

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO TRIBUTARIO EUROPEO

Ciclo XXIV

Settore Concorsuale di afferenza: 12/D2 – DIRITTO TRIBUTARIO

Controlled foreign companies (CFC) e delocalizzazione delle attività economiche nel diritto interno e nell'ordinamento europeo

Presentata da: Daniela Scandiuzzi (matr. 0000379299)

Coordinatore Dottorato

Ch.mo Prof. Adriano Di Pietro

Relatore

Ch.mo Prof. Adriano Di Pietro

Esame finale anno 2012

INDICE

<i>Introduzione</i>	1
1. Ragioni economico-fiscali e strumenti giuridici della delocalizzazione delle attività economiche	3
1.1. Premessa di ordine metodologico.	3
1.2. Le ragioni economico-aziendalistiche della delocalizzazione delle attività (la delocalizzazione basata su valide ragioni economiche).....	9
1.3. <i>Segue</i> . Delocalizzazione delle attività (o dei beni) in funzione del risparmio fiscale (<i>ergo</i> , indipendente da ragioni economiche valide).....	12
1.4. Gli strumenti giuridici di delocalizzazione e di gestione della attività delocalizzata.	18
1.5. Il tendenziale contrasto da parte del legislatore nei confronti di localizzazioni “artificiose”. ..	22
2. Le misure di contrasto alla delocalizzazione delle attività	28
2.1. Premessa.....	28
2.2. Gli strumenti di reazione messi in campo dal legislatore, le loro ragioni ed il loro funzionamento.....	31
2.3. Le disposizioni in materia di <i>transfer pricing</i>	35
2.4. La presunzione di residenza riguardante le società.....	53
2.5. Le disposizioni riguardanti la (in)deducibilità dei costi sostenuti nei rapporti con soggetti residenti in territori a fiscalità privilegiata.	72
2.6. La <i>exit tax</i> di cui all’art. 166 d.p.r. 917/1986.....	85
2.7. Delimitazione dell’ambito di indagine alle disposizioni in tema di CFC	103
3. Le CFC nell’ordinamento italiano	111
3.1. Premessa.....	111

3.2. Le disposizioni in tema di imprese estere controllate e collegate introdotta dal legislatore italiano: loro genesi.	116
3.3. Funzionamento delle disposizioni in punto di <i>cfc</i> nell'ordinamento italiano fino alle modifiche introdotte dal d.l. 78/2009.	119
3.3.1. Presupposto soggettivo: i soggetti residenti coinvolti nella disciplina e i soggetti controllati esteri.	122
3.3.2. Il requisito del controllo.	129
3.3.3. L'estensione alle società collegate ad opera della Riforma Tremonti.....	133
3.3.4. L'imputazione dei redditi per trasparenza.....	137
3.3.5. Le problematiche relative alla determinazione del reddito delle CFC.....	141
3.3.6. Le cause esimenti (fino al d.l. 79/2009).....	150
3.4. Le modifiche introdotte dal d.l. 78/2009: un drastico inasprimento delle disposizioni. Dalla "stretta" sulle cause esimenti all'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione.	155
3.4.1. Le modifiche alla prima esimente. Il riferimento al <i>mercato</i>	157
3.4.2. La ulteriore limitazione all'impiego della esimente di cui al comma 5, lett. a), introdotta nel comma 5 <i>bis</i>	163
3.4.3. L'estensione dell'ambito soggettivo ai soggetti localizzati in paesi non <i>black list</i> prevista dal nuovo comma 8 <i>bis</i> e la specifica esimente.	168
3.5. L'interpello disapplicativo.	173
3.6. La natura e la <i>ratio</i> della disposizione	179
3.7. Possibili problemi di costituzionalità delle disposizioni riguardanti le CFC.	191
3.8. Disciplina <i>cfc</i> e convenzioni contro la doppia imposizione.....	195
4. CFC e principi comunitari.	203
4.1. Premessa. Sulla necessità di valutare la compatibilità comunitaria delle disposizioni nazionali in punto di <i>cfc</i>	203
4.2. <i>Cfc</i> , libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali.	204

4.3. Imprese estere controllate ed imprese estere collegate. I profili di incompatibilità della disciplina italiana.	215
4.4. Le cause di giustificazione. La prevenzione dell'abuso del diritto ed il principio di proporzionalità. I limiti tratteggiati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.	219
4.5. La normativa italiana a confronto con i limiti tratteggiati dalla Corte di Giustizia.	227
4.6. <i>Segue</i> . Proporzionalità e profili procedurali.	237
4.7. Alcune considerazioni in merito alla disciplina riguardante le imprese estere collegate e le imprese estere extracomunitarie.	241
4.8. Normativa <i>cfc</i> e Direttiva madre-figlia.	246
Conclusioni	250
Bibliografia	259

Introduzione

Nel presente lavoro i principi dell'ordinamento comunitario sono esaminati attraverso la lente della localizzazione delle attività economiche.

Le ragioni della delocalizzazione sono molteplici e di differente natura. Si delocalizza, in primo luogo, per ragioni di stampo economico, finanziario eccetera, ma questa spinta naturale alla delocalizzazione (naturale in quanto tutti gli imprenditori cercano di bilanciare le esigenze di lucro con quelle sociali) è controbilanciata, sul piano strettamente tributario, dall'esigenza di preservare il gettito e, *de plano*, da quella di controllare la genuinità della delocalizzazione medesima.

E' dunque sul rapporto tra "spinte delocalizzative" dell'impresa, da un lato, ed esigenze "conservative" del gettito pubblico, dall'altro, che si intende incentrare il presente lavoro.

Ciò alla luce del fatto che gli strumenti messi in campo dallo Stato al fine di contrastare la delocalizzazione (più o meno) artificiosa delle attività economiche devono fare i conti con i principi comunitari introdotti con il Trattato di Roma e tratteggiati negli anni dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In quest'ottica, la disciplina delle CFC costituisce un ottimo punto di partenza per guardare ai fenomeni di produzione transnazionale della ricchezza e agli schemi di ordine normativo preposti alla tassazione di codesta ricchezza. Ed infatti, le norme

sulle CFC non fanno altro che omogeneizzare un sistema che, altrimenti, sarebbe lasciato alla libera iniziativa degli uffici fiscali. Tale “normalizzazione”, peraltro, giustifica le esigenze di apertura che sono incanalate nella disciplina degli interpelli disapplicativi.

Con specifico riferimento alla normativa CFC, assumono particolare rilievo la libertà di stabilimento ed il principio di proporzionalità anche nella prospettiva del divieto di abuso del diritto. L’analisi dunque verterà sulla normativa CFC italiana con l’intento di comprendere se codesta normativa, nelle sue diverse sfaccettature, possa determinare situazioni di contrasto con i principi comunitari. Ciò anche alla luce delle recenti modifiche introdotte dal legislatore con il d.l. 78/2009 in un quadro normativo sempre più orientato a combattere le delocalizzazioni meramente fittizie, in quanto attuate senza un effettivo e genuino spostamento delle attività economiche e al solo fine di ottenere un risparmio d’imposta, ovvero orientate verso paesi non collaborativi a livello di scambio di informazioni.

CAPITOLO 1

1. Ragioni economico-fiscali e strumenti giuridici della delocalizzazione delle attività economiche.

1.1. Premessa di ordine metodologico.

L'espressione "delocalizzazione" richiama alla mente un tema ampiamente indagato nell'ambito delle scienze aziendalistiche⁽¹⁾. Il termine indica, in forma sintetica, le decisioni che attengono alla collocazione geografica delle attività aziendali concorrenti alla produzione del valore⁽²⁾.

¹ La dottrina, sul tema della delocalizzazione, è molto ampia. Per un approfondimento si veda, per tutti, G. Tattara - G. Corò - M. Volpe, *Andarsene per continuare a crescere. La delocalizzazione internazionale come strategia competitiva*, Roma, 2006, *passim*, oltre ai riferimenti bibliografici in esso contenuti.

² È stato evidenziato in dottrina come si possano intercettare diverse definizioni attribuite dalla letteratura al concetto di "delocalizzazione", una più ristretta e una maggiormente allargata. La prima collegherebbe il concetto di delocalizzazione allo spostamento all'estero di linee o fasi della produzione. La seconda, invece, comprenderebbe altresì la creazione di nuove imprese, la stipula di accordi commerciali o di *partnership* (per una ricostruzione delle linee abbracciate dalla letteratura si veda F. Schiavone, *Un caso meridionale di delocalizzazione produttiva. Finalità, strategie e ipotesi*, in *Economia e Società Regionale*, 3/2004, p. 67). Vi è inoltre chi ha affermato che, affinché si possa parlare di delocalizzazione, è necessario che si verifichino le seguenti circostanze: a) che l'impresa nazionale e l'impresa estera siano inserite nell'ambito del medesimo processo produttivo (nella prospettiva di un'integrazione verticale o orizzontale dello stesso); b) che l'impresa nazionale controlli (giuridicamente o comunque di fatto) l'impresa estera. Su questi aspetti si veda S. Lorenzoni, *Effetti della delocalizzazione internazionale nei sistemi locali*, in *Economia e Società Regionale*, 1/2003, p. 142. In generale, si distinguono le delocalizzazioni effettuate mediante investimenti diretti (cosiddetti *Ide*) dalle delocalizzazioni effettuate mediante rapporti di sub-fornitura (cfr P. Crestanello - G. Tattara, *Connessioni e competenze nei processi di delocalizzazione delle industrie venete di abbigliamento calzature in Romania*, in *Economia e Società Regionale*, 2/2005, p. 64; E. Gomirato, *La delocalizzazione dell'abbigliamento in Romania: il caso Stefanel*, in *Economia e Società Regionale*, 2/2004, 66). Sugli investimenti diretti, si veda altresì la definizione offerta dal c.d. *Studio Forrester - Relazione finale del CESE (Comitato economico sociale europeo) sull'analisi settoriale della delocalizzazione del 19 maggio 2006*), in particolare, si veda l'allegato 1. Il documento è reperibile al seguente indirizzo http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/a_sectoral_survey_of_relocation_a_factual_background_final_report_summary_it.pdf. Altra condizione che, secondo la letteratura, deve essere rispettata affinché si possa parlare di delocalizzazione è che <<la progettazione ed il marchio appartengano a committenti nazionali

In una prospettiva che può essere di ricerca della massima efficienza (intesa nel senso della minimizzazione dei costi di produzione), ovvero di preservazione del controllo qualitativo dei processi produttivi, le scelte di “delocalizzazione” geografica delle attività produttive e distributive dell’impresa sono fondamentali.

E’ piuttosto agevole pensare ad ipotesi in cui si decide di delocalizzare la funzione aziendale di acquisto su determinati mercati stranieri, giacché capaci di garantire il miglior profilo qualitativo delle materie prime, ovvero i prezzi più favorevoli. Oppure, con la stessa facilità, si può immaginare la delocalizzazione di particolari fasi del processo produttivo in ambiti geografici particolarmente ricchi di manodopera qualificata o a basso costo.

Ancora, si può immaginare che, nel quadro dei rapporti di gruppo, l’esercizio della funzione finanziaria venga demandata ad entità collocate in ambiti nazionali connotati dal minor costo del denaro.

Insomma, vi è una complessa logica aziendale che, nella fisiologica evoluzione delle strutture imprenditoriali, governa le scelte di “delocalizzazione”. Scelte le quali si collocano inequivocabilmente nell’ambito della autonomia privata dell’imprenditore il quale, nell’ottica dello sviluppo e della internazionalizzazione della propria attività, è libero di scegliere la strada che risulta maggiormente idonea alla massimizzazione del profitto. Compresa, dunque, quella di elevare l’attività economica su una più ampia prospettiva internazionale.

La questione è di tutto rilievo, basti considerare che la stessa è stata oggetto di specifici studi, non solo in ambito nazionale, bensì anche in ambito europeo.

*che esercitano sul fornitore un forte controllo tecnico/organizzativo>> (così, P. Crestanello – P. E. Dalla Libera, La delocalizzazione produttiva all’estero nell’industria della moda: il caso di Vicenza, in *Economia e Società Regionale*, 2/2003, p. 5 ss). Sulle modalità di delocalizzazione e sugli effetti fiscali ad esse connessi si tornerà nel prosieguo del presente capitolo.*

Del fenomeno della delocalizzazione, invero, si è ampiamente occupato il CESE (Comitato economico sociale europeo, organo istituzionale consultivo istituito dal Trattato di Roma), il quale, soprattutto attraverso la Commissione consultiva per le trasformazioni industriali (CCMI), ha approfondito le cause, gli effetti ed altresì i rimedi legati al fenomeno della delocalizzazione, sia all'interno dei paesi UE (implementata al fine di trovare condizioni migliori) sia verso paesi terzi (spesso legata ad una pressione fiscale più mite, a più bassi costi della manodopera o comunque volta ad investire nei mercati emergenti nella prospettiva di importanti e rapidi sviluppi).

La delocalizzazione, se da un lato può essere vista positivamente, essendo un fenomeno legato alla globalizzazione ed alla mobilità delle persone e dei capitali, dall'altro lato può provocare effetti dirompenti sia a livello economico, sia a livello sociale (basti pensare agli effetti sull'occupazione).

A livello comunitario, per questi motivi, è stato dato particolare rilievo al fenomeno della delocalizzazione. E ciò è stato fatto, ad esempio, attraverso il Parere CESE del 2005, intitolato, appunto, *Portata ed effetti della delocalizzazione delle imprese* (CCMI/014) - CESE 851/2005. Nel citato documento, il comitato ha altresì fornito, al punto 1.18, la definizione di <<delocalizzazione>> come: <<(...)fenomeno che consiste nella cessazione, totale o parziale di un'attività e della sua successiva ripresa all'estero per mezzo di un investimento diretto. Nell'Unione europea, si potrebbe distinguere tra due tipi di delocalizzazione: a) delocalizzazione interna: trasferimento totale o parziale dell'attività in un altro Stato membro; b) delocalizzazione esterna: trasferimento totale o parziale dell'attività verso paesi non membri. (...)

Oltre alla delocalizzazione interna e a quella esterna, va menzionato anche un fenomeno venuto alla luce recentemente in alcuni siti di produzione: la "delocalizzazione inversa", che si verifica quando l'imprenditore spinge i suoi dipendenti ad accettare condizioni di lavoro meno soddisfacenti dinanzi al rischio di una delocalizzazione. Questo fenomeno ha conseguenze particolarmente deleterie perché si basa sulla creazione di un clima di concorrenza fra i lavoratori e perché può produrre un effetto "a macchia d'olio">>(3).

Ma del fenomeno della delocalizzazione si è occupato altresì il Parlamento europeo [Risoluzione del Parlamento europeo sulle delocalizzazioni nel contesto dello sviluppo regionale (2004/2254(INI)(4)], il quale, ponendo enfasi sugli effetti negativi della delocalizzazione, ha raccomandato alla Commissione di sanzionare le imprese che, dopo aver beneficiato di aiuti pubblici, delocalizzano le proprie attività all'esterno dell'Unione europea(5).

In definitiva, il fenomeno della delocalizzazione delle attività è un fenomeno di importante rilievo il quale investe molteplici profili, sia di rilevanza strettamente nazionale, sia di rilevanza europea.

Sono diverse le spinte che entrano in gioco. Se da un lato vi è la necessità di implementare e soprattutto salvaguardare la mobilità delle persone e dei capitali nella prospettiva della creazione e della implementazione del mercato unico, dall'altro lato non bisogna trascurare che tale mobilità può determinare effetti negativi o distorsivi per l'economia e per la società. E' nella prospettiva del

³ Ma si veda anche il già citato *Studio Forrester*, Relazione finale del CESE sull'analisi settoriale delle delocalizzazioni, del 19 maggio 2006.

⁴ Gazzetta ufficiale n. 291 E del 30/11/2006 pag. 0123 - 0133

⁵ Su tali aspetti si veda la c.d. *Relazione Hutchinson*, in tema di delocalizzazione nel contesto di sviluppo regionale. Nell'ambito di tale relazione, appunto, si raccomanda di sanzionare chi, dopo aver beneficiato di aiuti, delocalizza la propria attività sia in ambito UE, sia in ambito extra-UE.

bilanciamento tra diverse esigenze, pertanto, che la delocalizzazione delle attività economiche deve essere valutata.

Prima di analizzare il fenomeno della “delocalizzazione” dal punto di vista delle conseguenze di carattere fiscale è tuttavia necessario indugiare sugli aspetti che si trovano “a monte” rispetto ad esso. Ci riferiamo, in primo luogo, alle ragioni di stampo economico-aziendalistico che, in contrapposizione (o talvolta assieme) alle ragioni esclusivamente fiscali, sottostanno alle scelte di localizzare l’attività economica (o una parte di essa) in un altro paese e, in secondo luogo, agli strumenti giuridici che l’imprenditore impiega (a) nel momento in cui decide di sviluppare la propria attività su scala internazionale e (b) per gestire successivamente l’attività delocalizzata.

La necessità di soffermarsi su questi profili emerge per diversi motivi.

Il primo motivo è riconducibile al fatto che il diritto tributario è una materia che, per così dire, vive di luce riflessa. In questa prospettiva, si potrebbe affermare che prima viene il mercato e poi viene il diritto tributario che, attraverso le sue regole, intercetta i fatti economici e su di essi esercita la funzione impositiva⁽⁶⁾.

Il secondo motivo è riconducibile al fatto che le “ragioni economiche-aziendali” sottostanti le scelte di delocalizzazione rientrano sempre più spesso nelle valutazioni che attengono alla legittimità, dal punto di vista fiscale, delle operazioni medesime. In altre parole, come si andrà più approfonditamente ad esporre nel corso del presente lavoro, le “ragioni economiche” che inducono l’impresa ad effettuare una scelta di localizzazione della propria attività piuttosto che un’altra

⁶ Sullo stretto legame esistente tra diritto tributario ed economia si veda M. Beghin, *Principi, istituti e strumenti per la tassazione della ricchezza*, Torino, 2011, p. 2 ss, dove l’Autore evidenzia come il diritto tributario presenti una connotazione *giuridica* ma un oggetto *economico*.

spesso costituiscono l'ago della bilancia nella valutazione circa la bontà dell'operazione stessa. Ciò a maggior ragione laddove la citata valutazione sia innestata nelle maglie di disposizioni a carattere antielusivo che il legislatore domestico mette in campo al fine di "proteggere" il proprio gettito da delocalizzazioni meramente fittizie, in quanto attuate senza un effettivo e genuino spostamento delle attività economiche e al solo fine di ottenere un risparmio d'imposta. Localizzazioni che, pertanto, non rispondono a logiche di matrice economica bensì a ragioni di stampo esclusivamente fiscale.

Su tale, ultimo aspetto, peraltro, si tornerà ampiamente nel corso del presente lavoro.

Il terzo motivo è riconducibile al fatto che quando l'imprenditore decide di localizzare la sua attività su scala internazionale, a seconda delle modalità operative abbracciate, corrispondono strumenti giuridici diversi e conseguenze giuridiche altrettanto diverse. È evidente infatti che, innanzitutto, localizzare una attività all'estero significa abbracciare regole giuridiche diverse. In altre parole, significa affidarsi ad altri ordinamenti i quali possono essere più o meno vicini al nostro sotto il profilo del diritto privato, del diritto commerciale e finanche del diritto tributario. La scelta di orientare in tal senso la propria attività è una scelta che esprime appieno l'autonomia privata, ciò nondimeno è una scelta che può determinare conseguenze assai diverse a seconda degli strumenti giuridici prescelti dall'imprenditore sia "per delocalizzare" sia per gestire successivamente l'attività delocalizzata.

Nel paragrafo che segue, svolgeremo qualche considerazione in merito al primo

punto più sopra riportato, attinente, dunque, alle ragioni economico-aziendali⁽⁷⁾ che, negli ultimi decenni, hanno indotto gli operatori economici a scegliere quale localizzazione della propria attività (o di un segmento di essa) un altro paese.

1.2. Le ragioni economico-aziendalistiche della delocalizzazione delle attività (la delocalizzazione basata su valide ragioni economiche).

Abbiamo accennato più in alto che le ragioni economico-aziendali della delocalizzazione possono essere ricondotte a diversi elementi.

Si può affermare che la delocalizzazione internazionale ha trovato la sua fonte d'innescò nella crescita della concorrenza ad opera dei paesi in via di sviluppo che, nel corso degli anni 90, hanno avuto la possibilità di impiegare, soprattutto nelle produzioni *labour-intensive*, manodopera a più basso costo⁽⁸⁾. La delocalizzazione della produzione o di alcune fasi di essa verso paesi più ricchi di manodopera (sia pure non qualificata) a più basso costo è stata dunque la principale risposta alla pressione competitiva⁽⁹⁾. Tale fenomeno è inoltre stato implementato da circostanze

⁷ È evidente che le ragioni economiche, nell'ottica dell'imprenditore, non sono sempre distinte dalle ragioni di matrice fiscale. Invero, queste ultime ben possono rientrare nella valutazione delle scelte organizzative. Anzi, si può facilmente affermare che le ragioni di stampo fiscale spesso giocano un ruolo molto importante nelle scelte imprenditoriali. Ciò per il semplice fatto che il risparmio dal punto di vista fiscale determina senz'altro un'ottimizzazione dal punto di vista economico. È chiaro, dunque, che l'analisi delle ragioni economico-aziendali della delocalizzazione viene trattata in questo paragrafo in modo separato rispetto alle ragioni fiscali, ma, nella realtà, le connessioni tra le due motivazioni sono spesso evidentissime. Esse si intrecciano e, spesso, non sono di semplice individuazione. Sull'importanza della variabile fiscale nella pianificazione delle attività economiche cfr M. Beghin, *Principi...* op. cit., p. 2, spec. nota 2; D. Stevanato, *Fisco e delocalizzazione*, in *Economia e Società Regionale*, 3/2004, p. 85.

⁸ cfr S. Lorenzoni, *Effetti della delocalizzazione internazionale nei sistemi locali*, in *Economia e Società Regionale*, 1/2003, p. 140.

⁹ P. Crestanello - G. Tattara, *Connessioni e competenze nei processi di delocalizzazione delle industrie venete di abbigliamento calzature in Romania*, in *Economia e Società Regionale*, 2/2005, p. 64; C. Gianelle, *Il Veneto che produce all'estero: una ricerca empirica sulla delocalizzazione delle imprese di abbigliamento*, in *Economia e Società Regionale*, 2005, 38.

di tipo sociale: il mercato del lavoro ha infatti risentito dell'esigenza espressa dalle nuove generazioni le quali, sempre di più, sono andate alla ricerca di occupazioni a carattere più intellettuale, a discapito dei lavori manuali⁽¹⁰⁾.

Uno degli elementi che, pertanto, ha influito in modo particolare sulle scelte di localizzazione è senz'altro individuabile nel costo del lavoro.

Questa tipologia di scelta di localizzazione fa parte, assieme alla localizzazione incentrata sulle necessità di reperire manodopera specializzata, delle cc.dd. delocalizzazioni "orientate al reperimento di fattori produttivi specializzati o a basso costo"⁽¹¹⁾. Queste ultime si distinguono dalle delocalizzazioni "orientate al mercato", vale a dire quelle delocalizzazioni spinte dalla necessità di avvicinare la produzione a specifici mercati, al fine di soddisfare più rapidamente la clientela o al fine di risparmiare su determinati costi (ad esempio i costi di trasporto)⁽¹²⁾. Quest'ultima tipologia di delocalizzazione ha portato allo spostamento delle attività produttive non necessariamente verso paesi emergenti, bensì verso paesi ricchi⁽¹³⁾.

Ma vie è dell'altro.

Anche motivi di carattere finanziario, infatti, possono spingere le attività economiche a localizzazioni in altri paesi. In questa prospettiva, la localizzazione in un determinato paese può essere conveniente al fine di accedere a particolari fonti

¹⁰ Così S. Lorenzoni, *Effetti della delocalizzazione internazionale...*, op. cit., p. 140; E. Gomirato, *La delocalizzazione dell'abbigliamento in Romania: il caso Stefanel*, op. cit., 64.

¹¹ Cfr P. Crestanello - P. E. Dalla Libera, *La delocalizzazione produttiva all'estero nell'industria della moda: il caso di Vicenza*, in *Economia e Società Regionale*, 2/2003, p. 5 ss.

¹² Crestanello - P. E. Dalla Libera, *La delocalizzazione produttiva all'estero nell'industria della moda: il caso di Vicenza*, op. cit., p. 5 ss.

¹³ In questa prospettiva sono infatti state spiegate le prime fattispecie di delocalizzazione. Queste, invero, hanno riguardato i principali mercati di sbocco, contraddistinti da elevati livelli di consumo. Cfr, al riguardo, E. Gomirato, *La delocalizzazione dell'abbigliamento in Romania: il caso Stefanel*, op. cit., 64.

di finanziamento⁽¹⁴⁾, nell'ottica di rendere maggiormente efficiente la strategia finanziaria a livello di gruppo.

Insomma, le motivazioni economico-aziendali sottostanti le scelte di localizzazione possono essere ricondotte a molteplici esigenze, tutte comunque orientate alla massimizzazione del profitto.

All'abbattimento dei costi del lavoro, che senz'altro ha giocato un ruolo fondamentale nelle strategie delocalizzative, si affiancano esigenze di avvicinamento ai mercati di sbocco, di ottenimento di vantaggi di costo, del reperimento di particolari materie prime, dell'approvvigionamento riferito a risorse energetiche, di rafforzamento (o creazione) di alleanze strategiche con altre imprese localizzate all'estero e finanche di ricerca di paesi nei quali la burocrazia e le regole risultano più semplici e, di conseguenza, nei quali risulta più agevole esercitare un'attività economica.

Tutto ciò, evidentemente, tenendo conto delle specifiche necessità dell'attività: non tutte le tipologie di attività economica si prestano in egual modo alle scelte di delocalizzazione⁽¹⁵⁾. Ci sono attività che più o meno sono radicate nel territorio, dimodoché, minore è la necessità del collegamento con il territorio, maggiore sarà la

¹⁴ In questo senso si veda D. Stevanato, *L'impresa multinazionale*, in L. Carpentieri - R. Lupi - D. Stevanato (a cura di), *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003.

¹⁵ Sul punto, si veda l'allegato 1 al già menzionato *Studio Forrester - Relazione finale del CESE* (Comitato economico sociale europeo) *sull'analisi settoriale della delocalizzazione del 19 maggio 2006*. In particolare, si veda il paragrafo "Fattori associati alla decisione di rilocalizzare", nel quale il Comitato fa una rassegna degli studi svolti in merito alle imprese che presentano le caratteristiche maggiormente adattabili alla rilocalizzazione (termine che coincide con la delocalizzazione).

possibilità di ragionare sulla diversa localizzazione della produzione o degli *assets*⁽¹⁶⁾.

Le ragioni economico-aziendalistiche non sono tuttavia le uniche a spingere l'imprenditore a localizzare la propria attività su scala internazionale. Particolare rilievo assumono infatti, in quest'ottica, anche quelle di carattere fiscale.

1.3. Segue. Delocalizzazione delle attività (o dei beni) in funzione del risparmio fiscale (ergo, indipendente da ragioni economiche valide).

Le ragioni che inducono un'impresa a localizzare la propria attività (o una parte di essa) nel territorio di un altro Stato possono essere esclusivamente economiche, possono essere un mix tra ragioni economiche e ragioni fiscali, ma possono essere altresì solamente ragioni di stampo fiscale.

Risulta del tutto evidente, infatti, come eventuali "scarti" nel trattamento tributario applicabile ai processi aziendali possano influenzare le decisioni strategiche dell'impresa in merito alla "localizzazione" delle attività. A parità di altre condizioni, l'imprenditore (soggetto strutturalmente orientato al profitto) darà alle proprie attività l'assetto (anche in punto di collocazione geografica) più *conveniente* sotto il profilo fiscale. Procedendo in questa direzione, si può ben comprendere come anche la variabile fiscale possa costituire l'"ago della bilancia" nelle scelte concernenti la localizzazione delle attività.

¹⁶ Su tali aspetti si veda R. Lupi, *Concorrenza tra ordinamenti, Comunità europee e prelievo tributario*, in *Rass. Trib.*, 3/2004, p. 989 ss; G. Zizzo, *Delocalizzazione delle attività produttive e fattore fiscale*, in *Il Fisco*, 14/2007, p. 1953.

La variabile fiscale ha costituito, soprattutto a seguito della globalizzazione e della apertura dei mercati⁽¹⁷⁾, una variabile fondamentale nelle scelte di localizzazione strategica delle attività economiche.

Quando si discute della localizzazione dell'attività in altri paesi, è evidente che lo scarto tra le aliquote di imposta costituisce senza dubbio un primo fattore di rilievo. In questa prospettiva, la localizzazione dell'attività potrebbe essere orientata verso paesi che, in linea generale, prevedono aliquote di imposta inferiori.

La differenza tra aliquote nelle imposte sul reddito è oggi un fattore ineliminabile non solo con riguardo ai paesi extra-ue, bensì anche con riferimento ai paesi che fanno parte della Comunità europea. Ed infatti, gli scarti esistenti tra le aliquote previste dalle legislazioni nazionali sono un elemento connaturale al fatto che l'imposizione rappresenta uno degli elementi che maggiormente rispecchiano la sovranità dei singoli paesi⁽¹⁸⁾. Ciò a maggior ragione nel comparto delle imposte dirette per il quale lo stesso Trattato di Roma non ha previsto compiti di armonizzazione, bensì di solo ravvicinamento delle legislazioni dei singoli Stati membri⁽¹⁹⁾.

¹⁷ Cfr, sul punto, P. Adonnino, *La pianificazione fiscale internazionale*, in V. Uckmar (a cura di), *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, p. 64. Sulle conseguenze determinate dalla globalizzazione in punto di sempre più difficile riconducibilità ad una dimensione spaziale definita della ricchezza creata, si veda A. Uricchio, *Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali*, Bari, 2010, p. 16 - 17; su tali aspetti si veda anche S. Cipollina, *I confini giuridici nel tempo presente. Il caso del diritto fiscale*, Milano, 2003, p. 17 ss; G. Tremonti - G. Vitaletti, *La fiera delle tasse*, Bologna, 1991, 12 e 46; G. Zizzo, *Delocalizzazione delle attività produttive e fattore fiscale*, in *Il Fisco*, 2007, p. 1953 ss, il quale evidenzia chiaramente che, a seguito dell'apertura dei mercati, gli operatori economici possono "scegliere" gli ordinamenti ai quali "affidare la tassazione della ricchezza che producono" e non sono più costretti a "subire le scelte di politica tributaria operate dal loro Paese di residenza".

¹⁸ Su questi aspetti si veda D. Stevanato, *Fisco e delocalizzazione*, op. cit. 85.

¹⁹ L'art. 93 del Trattato di Roma sancisce infatti l'obiettivo della armonizzazione delle legislazioni dei singoli stati membri in ordine alla disciplina delle imposte indirette. È evidente che la citata regola è preordinata al raggiungimento di un assetto normativo tendenzialmente omogeneo all'interno degli stati membri, nel tentativo di ridurre le specificità a singoli aspetti che non sono idonei ad incidere

È vero dunque che lo scarto tra aliquote d'imposta può costituire un elemento di incentivo alla delocalizzazione a parità di altri elementi. Ciò nondimeno, il citato scarto non è l'unico fattore di carattere fiscale che può incidere sulle scelte di localizzazione delle attività produttive. Ben possono sussistere ulteriori elementi che, sempre sotto il profilo fiscale, inducono ad una scelta di localizzazione piuttosto che ad un'altra. Si pensi, ad esempio, agli incentivi fiscali accordati da un determinato paese e riservati ad investitori che si localizzano nei loro territori⁽²⁰⁾, alla mancanza di accordi volti allo scambio di informazioni tra amministrazioni fiscali di paesi diversi, agli oneri connessi agli adempimenti di carattere fiscale⁽²¹⁾ e, finanche, alle regole particolari sulla determinazione della base imponibile⁽²²⁾.

sulla struttura del tributo o sulla sua funzione. La funzione dell'armonizzazione è chiaramente quella di assicurare l'integrazione comunitaria e l'instaurazione ed il funzionamento del mercato comune.

Quanto alle imposte dirette, invece, il successivo art. 94 prevede la possibilità di procedere al ravvicinamento delle legislazioni nazionali. Ciò nella misura in cui tale ravvicinamento sia <<necessario o comunque utile rispetto al processo di instaurazione del mercato comune>> (così, P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010, p. 207). In argomento si veda anche F. Gallo, *Mercato unico e fiscalità: aspetti del coordinamento fiscale*, in *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, Milano, 2001, p. 35; A. Carinci, *Il diritto comunitario alla prova delle exit tax, tra limiti, prospettive, e contraddizioni*, in *Studi Tributari Europei*, 1/2009, p. 1.

Non sono molto frequenti gli interventi normativi in ambito comunitario riguardanti il comparto delle imposte dirette. In questo comparto, però, la Corte di Giustizia ha più volte affermato che <<sebbene l'imposizione diretta ricada nella competenza dei singoli stati membri, questi devono ciononostante esercitarla in maniera congruente al diritto comunitario>> (in questo senso, tra le altre, sent. 7 settembre 2004, causa C-319/02 *Manninen*; sent. 16 luglio 1998, causa C-264/96 *Ici*, par. 19). Sulla disomogeneità tra ordinamenti nel comparto delle imposte dirette e sul fatto che tale disomogeneità costituisce un evidente fattore di concorrenza fiscale si veda B. Santacroce, *La politica di concorrenza nella Ue*, in *Lo stato della fiscalità nell'unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione* (coordinato da A. Di Pietro), 2003. Tomo II, p. 1047.

²⁰ Tale fattore di competizione fiscale è stato evidenziato da D. Stevanato, *Fisco e delocalizzazione*, op. cit., p. 98, il quale pone in evidenza come codesti vantaggi di carattere fiscale abbiano talvolta riguardato, per un certo periodo, anche paesi che sono entrati a far parte dell'Unione europea.

²¹ P. Adonnino, *La pianificazione fiscale internazionale*, in V. Uckmar (a cura di), *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, p. 65.

²² Spunti in tal senso si possono trovare in G. Zizzo, *Delocalizzazione delle attività produttive e fattore fiscale*, in *Il Fisco*, 2007, p. 1953 ss.

Quando si ragiona sulle scelte che, da punto di vista fiscale, permettono di minimizzare i costi, ci troviamo in quel particolare complesso di iniziative, studi, ricerche e progettazioni denominato pianificazione fiscale⁽²³⁾.

Si tratta di tema molto indagato in dottrina, sia con riferimento alle operazioni di pianificazione domestica, sia laddove si discuta di pianificazione fiscale internazionale, vale a dire quell'insieme di iniziative volte ad ottimizzare il carico fiscale tenendo conto delle caratteristiche dei sistemi impositivi presenti in diversi ordinamenti tributari e del coordinamento tra di essi, tenendo conto altresì degli accordi stipulati in via bilaterale tra diversi paesi.

È su quest'ultima tipologia di pianificazione fiscale che s'intende focalizzare l'attenzione⁽²⁴⁾.

La pianificazione fiscale trova la sua ragion d'essere nelle differenze tra ordinamenti le quali, a loro volta, dipendono dalla cosiddetta "concorrenza fiscale"⁽²⁵⁾. Mediante talune scelte di delocalizzazione, le imprese riescono ad ottenere il massimo beneficio dai fattori di competizione fiscale che, nel corso degli

²³ Sul tema si veda P. Adonnino, *La pianificazione fiscale internazionale*, in V. Uckmar (a cura di), *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, p. 63 ss ed i riferimenti bibliografici citati in nota.

²⁴ P. Adonnino, *La pianificazione fiscale internazionale*, *op. cit.*, p. 63 ss. Si veda inoltre, R. Lupi, *Concorrenza tra ordinamenti, Comunità europee e prelievo tributario*, in *Rass. trib.*, 3/2004, p. 989 ss.

²⁵ P. Adonnino, *La pianificazione fiscale internazionale*, in V. Uckmar (a cura di), *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, p. 68-69, il quale sottolinea come la citata concorrenza fiscale non è un elemento tipico scaturente dalla contrapposizione tra paesi in via di sviluppo e paesi sviluppati. La concorrenza fiscale, infatti, ben può esistere anche nel confronto tra paesi sviluppati. Sul fatto che la competizione fiscale è stata implementata con la globalizzazione dei mercati e con l'espansione del commercio elettronico, F. Gallo, *Mercato unico e fiscalità: aspetti del coordinamento fiscale*, in *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, Milano, 2001, p. 33-34; C. Sacchetto, in *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, *op. cit.*, p. 108. Per un'analisi degli effetti negativi provocati a livello economico dalla concorrenza fiscale cfr S. Giannini, *Mercato interno e fiscalità: aspetti economici*, in *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, *op. cit.*, p. 61. Sulla concorrenza fiscale si veda anche B. Santacrose, *La politica di concorrenza nella ue*, *op. cit.*, p. 1049 - 1050 ss, il quale evidenzia come tale concorrenza sia maggiormente evidente laddove si prendano a riferimento i c.d. paradisi fiscali (vale a dire quei paesi che presentano un livello inferiore [o nullo] di tassazione, ovvero la totale mancanza di accordi volti allo scambio di informazioni), ma evidenzia altresì come il fenomeno della concorrenza fiscale sia presente, altresì, all'interno della unione europea.

anni e soprattutto con l'avvento della globalizzazione dei mercati, sono andati ad intensificarsi⁽²⁶⁾.

Peraltro, ciò che si vuole mettere in luce è che, laddove si voglia minimizzare il carico fiscale, non si può non considerare che, alle esigenze di risparmio di imposta che costantemente manifestano gli operatori economici, si affiancano le esigenze dei singoli Stati, i quali sono restii a cedere le proprie prerogative impositive e, dunque, sono restii a rinunciare, in modo più o meno marcato, alla propria sovranità su un terreno che, come quello dell'imposizione, è di fondamentale rilevanza.

Da qui sorge un'evidentissima tensione che si muove tra la pianificazione fiscale, l'elusione e l'abuso del diritto⁽²⁷⁾: se da un lato ci sono spinte verso la scelta dei percorsi meno impegnativi sul piano fiscale, dall'altro lato vi è la tendenza degli Stati di preservare il proprio gettito e la propria sovranità, specie laddove le localizzazioni siano artificiali.

Nelle scelte di pianificazione fiscale sovranazionale si deve dunque fare i conti con le disposizioni messe in campo al fine di contrastare pratiche evasive e pratiche elusive/abusivo. In questa prospettiva, da un lato, troviamo le disposizioni nazionali, spinte dall'esigenza di preservare il gettito e "proteggere" la funzione solidaristica dell'imposta. Dall'altro lato, troviamo altresì disposizioni promananti da organismi sovranazionali (si pensi alle disposizioni antielusive talvolta contenute nelle direttive o nelle convenzioni bilaterali). Queste ultime disposizioni rispondono a necessità che, per taluni aspetti, sembrano mosse da obiettivi parzialmente diversi: se dalla prospettiva del legislatore nazionale il centro del

²⁶ Cfr D. Stevanato, *Fisco e delocalizzazione*, op. cit. p. 85.

²⁷ Cfr R. Lupi, *Concorrenza tra ordinamenti, Comunità europee e prelievo tributario*, op. cit., dove l'Autore evidenzia come lo sfruttamento delle differenze esistenti tra ordinamenti diventi più "audace" e finisce per violare lo spirito del sistema tributario.

ragionamento è la persona ed il corretto riparto del prelievo tributario, dal punto di vista del legislatore europeo, il centro del ragionamento si trova nel mercato e nel suo corretto funzionamento, dimodoché la variabile fiscale non finisca per creare distorsioni alla concorrenza⁽²⁸⁾. In ogni caso, però, si può chiaramente notare come,

²⁸ Su tali aspetti, si veda A. Di Pietro, *Conclusioni*, in Id. (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 442, dove l'Autore evidenzia che <<La legalità ed il consenso all'imposizione restano, così, prerogative nazionali, tant'è che non sono stati riconosciuti, esplicitamente e formalmente, dalla Costituzione come patrimonio giuridico dell'Unione. (...) la Costituzione non avrebbe potuto che confermare – (...) – il ruolo economico del tributo, che risale addirittura al Trattato Ceca: come fenomeno, insomma, che incide nella formazione dei prezzi e che influenza, tra l'altro, la circolazione delle merci. Un simile ruolo del tributo trova sostegno, anche se non fondamento, proprio nelle fonti del Trattato, che la Costituzione avrebbe voluto confermare. Rispetto a quelle tradizionali non può quindi sorprendere il deficit democratico – (...) – perché qui non valeva la logica del consenso al finanziamento pubblico, come in sede nazionale: piuttosto, si affermava l'esigenza di garantire il rispetto delle regole del mercato, evitandone l'alterazione per effetto delle scelte impositive nazionali. Rispetto alle fonti non previste dal Trattato, ma pure ignorate dal progetto di Costituzione, che si sono variamente affermate e che sono ricomprese generalmente come soft law, la logica ispiratrice è stata ancora quella del mercato: mantenere comunque gli obiettivi là dove la scarsa efficacia o il rifiuto nazionale delle fonti tradizionali ne avrebbe compromesso la realizzazione>>. Si veda inoltre P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010, p. 21. L'Autore evidenzia infatti che <<Nell'Unione europea la fiscalità assume un ruolo decisamente peculiare: rispetto al perseguimento delle quattro libertà comunitarie (libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali) ed al fondamentale obiettivo di favorire la liberalizzazione del mercato e della concorrenza tra le imprese, l'utilizzazione della leva tributaria viene considerata come un possibile ostacolo suscettibile di produrre distorsioni ed impedimenti(...)>>. Su tali aspetti si veda altresì A. Fantozzi, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, p. 756-757; F. Gallo, *Ordinamento comunitario e principi fondamentali tributari*, Napoli, 2006, p. 22. Sui principi comunitari come limite all'azione normativa nazionale ispirata a motivi di concorrenza fiscale, si veda A. Di Pietro, *La nuova disciplina Ires: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, in Riv. Dir. Trib., 2004, p. 593 ss, in particolare par. 1. Sulla tensione tra principi comunitari e principi costituzionali, Vasco Branco Guimaraes, *The Economic Integration, Eu Law and the Constitutional Principles*, in Y. Edrey – M. Gregg (a cura di), *Bridging a Sea. Constitutional and supranational limitations to taxing power of the states across the mediterranean sea*, Roma, 2010, p. 135 ss. Nonostante vi sia, ad una prima analisi, una divergenza tra gli interessi protetti a livello nazionale e quelli protetti a livello europeo, non si esclude che anche a quest'ultimo livello vi sia il perseguimento di fondo di obiettivi legati alla persona e, in particolare, legati all'imposizione sulla base della capacità contributiva del singolo individuo. Su tale aspetto, si rinvia ad un recente studio pubblicato da autorevolissima dottrina: G. Falsitta, *I principi di capacità contributiva e di eguaglianza tributaria nel diritto comunitario e nel diritto italiano tra "ragioni del fisco" e diritti fondamentali della persona*, in Riv. Dir. Trib., 2011, I, 519 ss (postilla a L. Peverini, *Presupposto, soggettività passiva e capacità contributiva nelle accise: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in Riv. Dir. Trib., 2011, I, p. 449 ss). In questo lavoro l'Autore dimostra che il principio della capacità contributiva è saldamente radicato nell'ordinamento comunitario e a tale dimostrazione giunge mediante l'analisi di tre distinti aspetti. In particolare, secondo il Prof. Falsitta, nonostante il principio della capacità contributiva non trovi espresso riconoscimento nei Trattati, esso trova comunque la sua piena conferma. Ciò sulla base degli argomenti che andiamo qui di seguito ad illustrare. In primo luogo, l'Autore evidenzia come il principio della capacità contributiva sia stato speso più volte dalla giurisprudenza della Corte di

sia pure per ragioni parzialmente diverse, l'esigenza di contrastare le operazioni non genuine dal punto di vista fiscale sia oggi giorno particolarmente sentita.

1.4. Gli strumenti giuridici di delocalizzazione e di gestione della attività delocalizzata.

Nella prospettiva del diritto tributario, altro è costituire società controllate all'estero (ovvero acquistare partecipazioni in società estere), altro è limitarsi all'impianto di stabili organizzazioni. Ancora, altro è trasferire la sede dell'impresa all'estero.

Parimenti, un gruppo societario può riorganizzare le proprie attività operando sui beni di primo grado (conferimento d'azienda o ramo d'azienda), di secondo grado

Giustizia. Sul punto, infatti, richiama la sentenza *Schumacker*, nella quale la Corte valorizza la capacità contributiva come criterio guida per la decisione concernente un problema di uguaglianza tributaria e, nella specie, un problema riguardante la libertà di circolazione. Allo stesso modo, viene richiamata la sentenza *Groot*, nella quale la Corte richiama, ancora una volta, la necessità di considerare la situazione personale e familiare. L'Autore evidenzia infatti che <<Anche in questa sentenza ogni perdita delle esenzioni, deduzioni e vantaggi fiscali reali e personali nello Stato di residenza non collegati alla capacità contributiva diventano automaticamente discriminazioni violatrici della libertà (e neutralità) della circolazione>>. In secondo luogo, l'Autore evidenzia come tutti i principi fondamentali desumibili dalle Costituzioni degli Stati membri siano <<automaticamente ribaltati e incastonati nella Costituzione della Unione>>, ciò richiamando il Preambolo della Carta di Nizza. In terzo luogo, giunge a dare risposta affermativa in merito alla esistenza del principio di capacità contributiva anche a livello europeo mediante un ragionamento incentrato sul principio di eguaglianza. In particolare, l'Autore afferma chiaramente che <<(…) il principio di eguaglianza, fondamento e sostanza dell'idea di giustizia, impone che debbano essere trattati in modo paritario tutti coloro che appartengono alla stessa categoria: ma come debbono essere rintracciate e codificate le categorie? (...) La risposta data pressoché universalmente, in materia di uguaglianza tributaria, è la seguente: a ciascuno deve essere dato un trattamento conforme alla sua capacità contributiva>>. Ancora, <<In merito alla eguaglianza, non si può prescindere dalla constatazione che la perequazione tributaria è un "sotto principio" della eguaglianza in generale. Partendo dal sotto principio si approda alla "capacità contributiva", che col primo ha una indubbia relazione genetica perché essa costituisce il "criterio di concretizzazione del principio di eguaglianza">>. Da qui, l'Autore afferma l'esistenza del principio di capacità contributiva al livello europeo. Ciò in quanto esso (principio) costituisce attuazione del principio di eguaglianza tributaria. Principio, quest'ultimo, pienamente riconosciuto nel Trattato. Sulla necessità di considerare la capacità contributiva come valore di riferimento anche a livello europeo, cfr F. Moschetti, *I principi di giustizia fiscale della Costituzione italiana, per "l'ordinamento giuridico in cammino" dell'Unione europea*, in Riv. Dir. Trib., 2010, p. 427 e, in particolare, par. 9.

(conferimento o scambio di partecipazioni), ovvero sui soggetti (fusioni e scissioni).

La scelta tra questi schemi operativi determina diverse reazioni nell'ordinamento fiscale di origine, le quali possono andare dalla neutralità alla rilevanza fiscale.

Le modalità di delocalizzazione sono di diverso tipo e variano a seconda delle finalità perseguite, siano esse di natura economica o di natura prettamente fiscale. È evidente che laddove l'attività necessiti di una presenza fissa sul territorio di un altro paese, saranno poste in essere strategie diverse rispetto a quelle pensate per un'attività che, viceversa, non necessiti di tale presenza. Ciò dipende - è evidente - non solo dal grado di internazionalizzazione che si vuole raggiungere, bensì anche dalla tipologia di attività esercitata.

In questa prospettiva, una prima (meno intensa) forma di delocalizzazione può avvenire mediante rapporti di sub-fornitura. Vi sono poi forme di internazionalizzazione più intense, le quali si sviluppano mediante la creazione di alleanze oppure mediante l'impianto di stabili organizzazioni, fino ad arrivare a forme di delocalizzazione più penetranti, attuate attraverso la costituzione di società controllate o collegate, ovvero mediante l'acquisto di partecipazioni di società già esistenti. Insomma, a seconda degli obiettivi, siano essi di carattere economico o di carattere fiscale, le scelte in punto di modalità di delocalizzazione possono assumere caratteristiche assai diverse. È chiaro, però, che ad ogni scelta corrispondono diverse reazioni dal punto di vista tributario, sia da parte del paese di origine, sia da parte del paese nel quale la delocalizzazione si sviluppa.

Prima di parlare delle conseguenze della delocalizzazione dal punto di vista fiscale, però, è necessario focalizzare la nostra attenzione su un altro aspetto, il quale

riveste importanza notevole, ma si potrebbe dire anche pregiudiziale, rispetto a quello di carattere squisitamente tributario.

Il riferimento va agli strumenti giuridici impiegati “per delocalizzare” e agli strumenti giuridici che, in un secondo momento, costituiscono la rete di rapporti sui quali si svolge l’attività delocalizzata.

Abbiamo accennato più in alto, nell’ambito delle premesse, come l’imprenditore, il quale decida di sviluppare la sua attività su scala internazionale, si trovi di fronte a strumenti giuridici diversi e, pertanto, a conseguenze giuridiche altrettanto diverse, a seconda delle modalità operative che intenda abbracciare.

Ma abbiamo altresì evidenziato come localizzare un’attività all’estero significhi sottostare a regole giuridiche diverse. In altre parole, significa affidarsi ad altri ordinamenti i quali possono essere più o meno vicini al nostro sotto il profilo del diritto privato, del diritto commerciale e finanche del diritto tributario⁽²⁹⁾, ma significa altresì dover tener conto dell’intreccio che si assiste tra i diversi ordinamenti allorché l’attività presenti punti di contatto contemporaneamente con diversi paesi e, dunque, con diversi sistemi giuridici.

Tale problematica assume importanza, dunque, non solo dal punto di vista dell’ordinamento tributario ma, in prima battuta, dal punto di vista delle altre regole giuridiche che, rispetto al diritto tributario, costituiscono la base di appoggio.

²⁹ Basti pensare, a titolo esemplificativo, alle regole preposte al trasferimento della sede sociale all’estero. Non tutti i paesi infatti acconsentono a tale trasferimento e, in taluni casi, quello che a livello nazionale potrebbe costituire il trasferimento di sede, a livello internazionale può diventare una vera e propria estinzione del soggetto giuridico seguita dalla costituzione di un nuovo soggetto nel paese di destinazione. Su tali aspetti, si veda F.M. Mucciarelli, *Società di capitali, trasferimento all’estero della sede sociale e arbitrari normativi*, Milano, 2010, *passim*. Considerazioni sul punto si possono ritrovare anche in R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, p. 360-361.

La scelta di orientare in maniera internazionale la propria attività è una scelta che esprime appieno l'autonomia privata ed è pertanto una scelta che deve essere valorizzata nella prospettiva dello sviluppo e della internazionalizzazione. Ciò nondimeno è una scelta che può determinare conseguenze assai diverse a seconda degli strumenti giuridici prescelti dall'imprenditore. E tale diversità prende corpo sia per quanto riguarda le strutture vere e proprie create per effetto della delocalizzazione (strutture che rappresentano, dunque, la delocalizzazione), sia per quanto riguarda le reti contrattuali che governano le attività dell'impresa estera (l'attività delocalizzata, per l'appunto) e i rapporti tra essa e soggetti residenti che ad essa siano legati. Nel primo caso, assumono rilievo gli strumenti giuridici prescelti dall'imprenditore per attuare la delocalizzazione (costituzione di società controllate, localizzazione di una stabile organizzazione, stipulazione di accordi di *joint venture*, trasferimenti di sede eccetera), nel secondo caso, invece, assume rilievo il substrato contrattuale che regola l'attività esercitata all'estero.

Se il primo aspetto assume rilievo (anche dal punto di vista fiscale, come vedremo) nel momento della delocalizzazione, poiché a fronte della scelta dello strumento giuridico corrispondono precise conseguenze, il secondo aspetto assume particolare rilievo anche nel senso di valutare - ancora una volta, anche dal punto di vista fiscale - la effettività della delocalizzazione, giacché potrà fornire un importante inquadramento della concretezza della delocalizzazione della attività all'estero, anche alla luce della necessità di contrastare pratiche abusive (nella prospettiva di distinguere soggetti che rappresentano meri centri di imputazione di redditi passivi e soggetti che, viceversa, esercitano una attività economica effettiva).

1.5. Il tendenziale contrasto da parte del legislatore nei confronti di localizzazioni “artificiose”.

È evidente che le conseguenze dal punto di vista fiscale, laddove si scelga una modalità di delocalizzazione piuttosto che un'altra, possono variare sensibilmente. Ed infatti, quando la delocalizzazione viene realizzata mediante la stipulazione di semplici accordi di sub-fornitura, dal punto di vista fiscale potrebbero entrare in gioco, quando sussistano i requisiti, le disposizioni che limitano la deducibilità dei costi sostenuti dal soggetto residente in Italia che si avvalga, appunto, di sub-fornitori residenti in paesi a fiscalità privilegiata⁽³⁰⁾.

Quando la delocalizzazione viene realizzata mediante la creazione in un altro paese di una stabile organizzazione, invece, le conseguenze dal punto di vista fiscale mutano in maniera evidente. La creazione di una sede fissa di affari, infatti, è idonea a far sorgere pretese impositive da parte del paese nel quale tale sede fissa di affari si colloca e cambiano, dunque, i rapporti con il principio di territorialità che, in generale, regola la sovranità impositiva dei singoli Stati. È in questa prospettiva di collegamento con il territorio dei diversi stati, infatti, che viene di regola “spartita” la funzione impositiva. Funzione impositiva che tuttavia, in molteplici situazioni, risulta una funzione concorrente⁽³¹⁾, dato il principio della tassazione dell'utile mondiale largamente adottato dai diversi paesi.

³⁰ Non opera in questi casi la disciplina sul *transfer pricing*, poiché l'applicazione di tale disciplina necessita dell'esistenza di un rapporto partecipativo tra soggetti.

³¹ Nemmeno l'esistenza di convenzioni contro la doppia imposizione è in grado di eliminare tale problematica. Ed infatti, nonostante le convenzioni (basate sul modello Ocse) prevedano la tassazione dell'utile nel paese della fonte (cfr art. 7 dello schema di convenzione Ocse), la funzione impositiva dello stato della fonte non è esclusiva e comporta che il citato utile sia dichiarato altresì

È evidente che, procedendo in questa direzione, quand'anche vi fosse un risparmio di imposta legato ad aliquote inferiori applicate nel paese della fonte, codesto vantaggio finirebbe con l'essere annullato nel momento in cui il reddito viene tassato in Italia. Nel nostro paese, infatti, i redditi prodotti dalle stabili organizzazioni situate all'estero concorrono a formare la base imponibile della casa madre residente e, a fronte delle imposte assolute all'estero, il legislatore concede il credito di imposta. In questa prospettiva, la casa madre residente subisce una sorta di conguaglio: gli utili realizzati all'estero mediante una sede fissa di affari vengono comunque tassati in Italia, con la sola possibilità di scomputare dall'imposta il credito per le imposte versate all'estero. Si giunge, pertanto, ad una sorta di neutralità⁽³²⁾.

In definitiva, dunque, laddove s'intenda operare in un altro paese mediante l'installazione di una sede fissa di affari, il rischio è quello di incorrere, nel caso in cui il credito di imposta non sia riconosciuto, in situazioni di doppia imposizione giuridica⁽³³⁾. Ciò in quanto lo stesso reddito prodotto dalla stabile organizzazione è tassato in testa al medesimo soggetto, sia nello stato della fonte, sia nello stato di residenza della casa madre.

In ogni caso, quand'anche tale doppia imposizione non si realizzasse (a seguito dello scomputo del credito di imposta, appunto), il risparmio di imposta

nel paese di residenza. La doppia imposizione viene evitata mediante l'attribuzione di crediti di imposta o, più raramente, mediante sistemi basati sulla esenzione. Su tali aspetti si veda D. Stevanato, *Fisco e delocalizzazione*, op. cit., p. 91.

³² In questo senso, D. Stevanato, *Fisco e delocalizzazione*, op. cit.; G. Zizzo, *Delocalizzazione delle attività produttive e fattore fiscale*, op. cit.

³³ Sul tema della doppia imposizione giuridica si veda il recente lavoro di P. Tarigo, *La doppia imposizione giuridica internazionale come fattispecie disciplinata nei trattati bilaterali*, in Riv. Dir. Trib., 2009, I, 901 ss.

(sottoforma di minore aliquota) realizzato all'estero sarebbe immediatamente annullato dalla tassazione nel nostro paese dell'intero reddito prodotto.

Delocalizzare mediante la creazione di una sede fissa di affari determina dunque una serie di conseguenze dal punto di vista fiscale le quali sono tutt'altro che trascurabili. Si pensi, inoltre, anche al fatto che, nei rapporti con le stabili organizzazioni, operano le disposizioni sul *transfer pricing*.

Ancora sono diverse le conseguenze dal punto di vista fiscale laddove si proceda alla creazione di società controllate all'estero, ovvero si proceda all'acquisto di partecipazioni relative a società residenti all'estero. In questo caso, l'operatore economico non può non tenere conto del fatto che una simile scelta determina l'applicazione di diverse disposizioni fiscali spesso orientate ad evitare fenomeni di carattere elusivo.

Con la creazione di società controllate, in linea generale, non sussiste il problema della doppia imposizione giuridica. Ciò in quanto si tratta di soggetti autonomi nei confronti dei quali la competenza fiscale riguarda unicamente lo stato di residenza della società. In altre parole, per la tassazione dell'utile prodotto dalla società controllata, la competenza impositiva è riservata al paese nel quale tale società è residente. In questo caso, però, il problema della doppia imposizione (economica) riguarda la distribuzione dei dividendi ai soci residenti nel nostro paese. Tali dividendi, infatti, in mancanza di regole specifiche, potrebbero essere tassati sia nel paese di residenza della società controllata, sia nel paese di residenza dei soci⁽³⁴⁾.

Ma non finisce qui.

24 ³⁴ Tale problematica è stata affrontata, come vedremo, in ambito comunitario mediante la cosiddetta Direttiva madre-figlia (Direttiva 90/435, oggi rifusa nella direttiva 2011/96/UE).

La creazione di società controllate estere apre spazio alla disciplina riguardante le cc.dd. CFC, delle quali si parlerà ampiamente nel corso del presente lavoro, oltre che alla applicazione della disposizione in materia di *transfer pricing* e a quella relativa alla presunzione di residenza delle società.

Insomma, anche la creazione di gruppi su scala transnazionale determina specifiche conseguenze dal punto di vista fiscale. Tale fattispecie, inoltre, mette bene in luce il fatto che, quando si ragiona sulla pianificazione fiscale internazionale, non basta prendere in considerazione il sistema tributario nel quale la delocalizzazione avviene (vale a dire il sistema tributario dello stato in cui la controllata è insediata). Ed infatti è necessario tenere conto, oltre che degli accordi siglati tra i diversi paesi al fine di evitare doppie imposizioni, anche della fiscalità riguardante le operazioni poste in essere infragruppo, vale a dire tra la casa madre residente nel territorio dello stato e la controllata delocalizzata. In quest'ultima prospettiva, rileva il sistema tributario nazionale e, ancora una volta, il fatto che tra i diversi paesi siano state siglate convenzioni per evitare situazioni di doppia imposizione⁽³⁵⁾.

Diverso è ancora il caso in cui si assista al trasferimento della residenza della società all'estero. Tale operazione è infatti idonea a realizzare le plusvalenze latenti, salvo il caso in cui sia mantenuta nel territorio dello stato una stabile organizzazione⁽³⁶⁾. Senza considerare, inoltre, le problematiche attinenti alla c.d. esteroinvestizione.

³⁵ Sulla duplice prospettiva mediante la quale la variabile fiscale s'innesta nelle scelte imprenditoriali di delocalizzazione si veda G. Zizzo, *Delocalizzazione delle attività produttive e fattore fiscale*, op. cit., p. 1953 ss.

³⁶ Sull'argomento si veda, per un primo inquadramento, G. Zizzo, *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2012, p. 664. La questione del trasferimento della sede all'estero, con perdita della residenza fiscale, è una questione molto indagata dalla dottrina, soprattutto con riguardo alla ripercussione che la tassazione in uscita può avere nei riguardi delle libertà fondamentali sancite dal Trattato. Tale argomento ha inoltre

Su tali ultimi aspetti si tornerà nel corso del presente lavoro; ci limitiamo dunque in questo paragrafo a tracciare le linee per far comprendere come ogni scelta delocalizzativa comporti conseguenze assai diverse dal punto di vista strettamente tributario. Conseguenze che, evidentemente, non possono essere trascurate in sede di pianificazione fiscale almeno per due ordini di ragioni: in primo luogo, l'operatore economico porrà la propria attenzione sulle operazioni che, a parità di risultato, consentono di ottenere un carico fiscale meno gravoso; in secondo luogo, però, lo stesso operatore dovrà porre attenzione affinché le proprie scelte delocalizzative non finiscano con provocare situazioni di evasione fiscale o situazioni di aggiramento dei sistemi impositivi ed essere dunque contestate, in quest'ultimo caso, sotto la bandiera dell'abuso del diritto.

Una linea di fondo, comunque, potrebbe essere tratteggiata osservando come, in generale, le reazioni degli ordinamenti nazionali seguano due distinte direzioni. Talvolta, operando mediante reazioni "sistematiche", essi tendono a "trattenere" il gettito (si pensi, ad esempio, alle *exit taxes* previste nel caso di trasferimento all'estero delle persone giuridiche) e a mantenere le proprie prerogative impositive anche nell'ottica della corretta ripartizione della sovranità. Talvolta, operando mediante strumenti anti-abuso, essi tendono a contrastare le delocalizzazioni artificiali.

Il tendenziale contrasto del legislatore nazionale nei confronti delle localizzazioni artificiose si percepisce in modo evidente, come avremo modo di illustrare, da talune disposizioni introdotte nel corso degli anni dal legislatore nazionale⁽³⁷⁾.

In questa prospettiva, l'elemento di tensione è il seguente: fino a che punto la pianificazione fiscale è legittima e qual è il limite al di sopra del quale le scelte tra operazioni diverse può essere contestate sotto la bandiera della elusione fiscale o dell'abuso del diritto?

Si tratta di tematica di tutto rilievo poiché, nonostante anche la Corte di Giustizia (*Halifax*, causa C-255/02) abbia manifestamente tratteggiato il concetto di vantaggio fiscale idoneo a configurare situazioni di abuso del diritto, vale a dire il vantaggio tributario contraddistinto dallo sviamento rispetto alla finalità della disciplina fiscale, tale concetto è stato più volte deformato dai giudici nazionali⁽³⁸⁾. Questi ultimi, infatti, hanno spesso agganciato all'elusione ed all'abuso del diritto il mero risparmio d'imposta, dimodoché, seguendo questa linea operativa, ogni ricerca di risparmio tributario sarebbe illegittima.

³⁷ Si pensi, ad esempio, oltre che alle disposizioni riguardanti le c.d. CFC delle quali ci occuperemo diffusamente nel corso del presente lavoro, alle disposizioni riguardanti il *transfer pricing*, alle disposizioni riguardanti la deducibilità dei costi sostenuti con riguardo alle operazioni poste in essere con soggetti residenti in paesi non *white list*, alle presunzioni inserite in punto di residenza fiscale, volte a contrastare i fenomeni di c.d. esteroinvestizione. Di queste disposizioni si parlerà più diffusamente nel capitolo successivo.

³⁸ Sul punto si veda chiaramente M. Beghin, *Note critiche a proposito di un recente orientamento giurisprudenziale incentrato sulla diretta applicazione, in campo domestico, del principio comunitario di divieto di abuso del diritto*, in Riv. Dir. Trib., 2008, II, p. 465 ss; Id, *La disciplina del transfer pricing, tra profili sostanziali, profili procedurali, fattispecie di evasione e abuso del diritto*, in G. Gaffuri - M. Scuffi (a cura di), *Lezioni di diritto tributario sostanziale e processuale*, (Atti dei Corsi di perfezionamento e di alta formazione permanente per magistrati tributari e professionisti abilitati al patrocinio avanti al giudice tributario), Milano, 2009, p. 358; G. Zizzo, *L'abuso dell'abuso del diritto*, in GT - Riv. Giur. Trib., 2008, p. 465 ss; M. Basilavecchia, *Elusione e abuso del diritto: una integrazione possibile*, in GT - Riv. Giur. Trib., 2008, p. 741 ss; M. Poggioli, *Il modello comunitario della "pratica abusiva" in ambito fiscale: elementi costitutivi essenziali e forza di condizionamento rispetto alle scelte legislative ed interpretative nazionali*, in Riv. Dir. Trib., 2008, IV, p. 252 ss.

CAPITOLO 2

2. Le misure di contrasto alla delocalizzazione delle attività.

2.1. Premessa

Abbiamo già anticipato alcune considerazioni sul fatto che gli Stati sono restii a cedere le proprie prerogative impositive e, tipicamente, reagiscono mettendo in campo una specifica strumentazione legale di contrasto.

In quest'ottica è tuttavia di fondamentale importanza porre talune distinzioni preliminari tra le diverse normative di contrasto, poiché le preoccupazioni che hanno indotto il legislatore ad intervenire in tal senso presentano matrici diverse.

Se da un lato possiamo individuare normative spinte da esigenze ordinamentali (vale a dire sistematiche) volte alla ripartizione della potestà impositiva (l'esempio più evidente è quello delle *exit taxes*); dall'altro lato possiamo individuare normative riconducibili a quella particolare categoria di strumentazione volta ad osteggiare situazioni abusive.

Tale distinzione è di tutto rilievo poiché questi ultimi strumenti (anti-abuso, per l'appunto) sono idonei a determinare effetti dirompenti sulle strutture imprenditoriali e, dunque, sulle scelte di autonomia contrattuale. Effetti che necessitano di essere valutati sotto molteplici punti di vista: se nella prospettiva nazionale essi devono comunque sottostare ad un giudizio di ragionevolezza (nell'ottica del rispetto del principio di capacità contributiva), nella diversa prospettiva comunitaria essi devono essere valutati in armonia con le libertà fondamentali che rappresentano lo strumento di creazione e di implementazione

del mercato. Ancora, nella prospettiva bilaterale, le normative messe in campo devono essere valutate tenendo conto della funzione anti-abuso propria dei trattati siglati tra i diversi paesi.

Nell'ambito della strumentazione anti-abuso, peraltro, si è messo in luce come, nell'ottica dei singoli stati, la strumentazione di contrasto trovi legittima applicazione specie laddove la delocalizzazione sia meramente fittizia, in quanto attuata senza un effettivo e genuino spostamento delle attività economiche e al solo fine di ottenere un risparmio d'imposta, ovvero sia orientata verso paesi non collaborativi a livello di scambio di informazioni.

Da una parte, dunque, troviamo le esigenze dell'impresa di espandersi anche in senso sovranazionale, per meglio far fronte alle esigenze di cui abbiamo detto più sopra; dall'altra parte, vi è l'interesse dello Stato di origine a riservare a se il gettito derivante dal reddito prodotto dalle medesime attività.

È su questa tensione tra spinte diverse - dell'operatore economico, da un lato, e degli Stati, dall'altro lato - che agli strumenti "operativi" ordinari e tradizionali sono stati affiancati strumenti "normativi" più raffinati e specifici. Ciò nella prospettiva di attuare una sorta di normalizzazione, capace di semplificare il compito riservato al Fisco, nell'ottica di agevolare le attività di accertamento e controllo.

Ed infatti, è facile osservare, in linea generale, come molte situazioni oggi contrastate mediante disposizioni antielusive specifiche (o antievasive) ben potrebbero essere contrastate mediante gli ordinari strumenti di controllo. Tale contrasto, tuttavia, richiederebbe uno sforzo maggiore da parte degli organi

accertatori i quali, soprattutto con riferimento alle realtà produttive localizzate su sfera transnazionale, si trovano in una situazione deficitaria dal punto di vista informativo⁽³⁹⁾.

Si pensi, ad esempio, alle presunzioni di residenza introdotte dal nostro legislatore sia per le persone fisiche, sia per le società (*holding*). Si tratta di situazioni che il fisco avrebbe potuto controllare ed eventualmente contrastare con l'impiego dei normali poteri ad esso attribuiti. In alcuni casi, tuttavia, il legislatore ha preferito semplificare l'attività di controllo, mettendo in campo specifica strumentazione e creando, nelle situazioni che per qualche particolare ragione potessero determinare dubbi sulla effettività del trasferimento della residenza, l'inversione dell'onere della prova. Le valutazioni che attengono alla residenza di un soggetto sono valutazioni che, prima di ogni cosa, attengono ad una indagine fattuale. Sono valutazioni che, nell'impianto di un eventuale accertamento, devono essere specificamente motivate e che richiedono uno sforzo particolarmente intenso da parte dell'organo accertatore. La strumentazione legislativa messa in campo cerca dunque di facilitare questo compito.

³⁹ Basti pensare alle contestazioni relative alla residenza in Italia di persone fisiche e società. Il legislatore ha introdotto presunzioni relative per contrastare situazioni che avrebbe potuto contrastare ordinariamente, ma tale contrasto avrebbe richiesto sforzi notevoli dal punto di vista dell'accertamento di questioni strettamente fattuali. L'inversione dell'onere della prova mette nelle mani del fisco uno strumento che facilita enormemente il proprio compito. Ed infatti, mediante tale inversione, in presenza di taluni requisiti, la residenza si considera presunta in Italia e spetta al contribuente fornire la prova contraria. Lo stesso vale, ad esempio, per le disposizioni in punto di deducibilità dei costi sostenuti nell'ambito di rapporti con soggetti residenti in paesi a fiscalità privilegiata: è il contribuente che, in presenza di questi rapporti, deve dimostrare talune specifiche circostanze al fine di poter dedurre il costo dal proprio reddito e non già il Fisco. Quest'ultimo, invero, grazie a queste particolari inversioni di onere della prova, deve solamente dimostrare che il contribuente ricade nell'ambito applicativo della disposizione e non deve dimostrare altro. A questo punto, pertanto, la palla passa nelle mani del contribuente, il quale, talvolta mediante la presentazione di interPELLI preventivi, talvolta in fase di accertamento, deve difendere la propria posizione dimostrando che gli effetti contrastati dalla disposizione antielusiva o antievasiva nel suo caso non si verificano.

Come avremo modo di mettere in luce nel presente capitolo, sono molteplici le disposizioni che intervengono, soprattutto (ma non solo) nell'ambito di rapporti infragruppo, nelle operazioni sviluppate su scala transnazionale. Si tratta di situazioni che vedono – in taluni casi – inversioni nell'onere della prova e pongono il Fisco in una posizione agevolata. Ciò per lo più nella prospettiva di contrastare delocalizzazioni fittizie, orientate, più che alla delocalizzazione dell'attività, alla delocalizzazione del reddito nella prospettiva del risparmio di imposta.

2.2. Gli strumenti di reazione messi in campo dal legislatore, le loro ragioni ed il loro funzionamento.

Gli strumenti di reazione adottati dal legislatore sono assai diversi tra di loro. Talvolta essi sono messi in campo laddove le strutture societarie sono organizzate sottoforma di gruppi di società (sempre, però, quando i rapporti di controllo superano una certa soglia). Si pensi, a tale riguardo, alle disposizioni sulle CFC, alle disposizioni sui prezzi di trasferimento ed alla presunzione di residenza prevista per le società. Talvolta, invece, le disposizioni intervengono altresì laddove non vi sia alcuna struttura di gruppo, ma le operazioni poste in essere denotano contatti con paesi a fiscalità privilegiata. In questa prospettiva si destreggiano le disposizioni in punto di (in)deducibilità dei costi sostenuti nell'ambito di rapporti intrattenuti con soggetti localizzati nei cosiddetti paradisi fiscali.

Possiamo però trovare altre tipologie di disposizioni, spinte da finalità diverse, le quali sono comunque idonee ad incidere sulle scelte di delocalizzazione. Il riferimento va, in quest'ultimo caso, alla previsione delle cosiddette *exit taxes*. Più

che di finalità antielusive, in questo caso, ci troviamo di fronte ad uno Stato che, innanzi al trasferimento di residenza del soggetto e dunque innanzi alla perdita della sovranità impositiva, non vuole rinunciare alla tassazione dei plusvalori ancora latenti sui beni dell'impresa i quali si sono formati nell'esercizio dell'attività svolta nel proprio territorio.

Sono pertanto due le linee guida fondamentali che devono essere tenute in considerazione al fine di spiegare il funzionamento delle disposizioni messe in campo dal legislatore. In primo luogo, possiamo evidenziare come le disposizioni di contrasto dipendano dalla struttura giuridica impiegata e, dunque, dalle forme giuridiche impiegate per delocalizzare e per gestire la delocalizzazione. A seconda della forma giuridica adottata (per la delocalizzazione e per il governo dell'attività delocalizzata), il legislatore aggancia diverse reazioni le quali possono intervenire in modo più o meno penetrante sulle scelte di autonomia contrattuale dell'imprenditore.

In secondo luogo si possono distinguere tutte quelle disposizioni che, viceversa, scattano quando la delocalizzazione determina, sotto diversi aspetti, contatti con territori a fiscalità privilegiata. In quest'ottica operano tutte quelle disposizioni nelle quali il presupposto applicativo scatta allorché l'impresa estera (controllata/collegata o controparte nelle transazioni commerciali) sia localizzata in un paese nel quale il livello impositivo sia sensibilmente inferiore rispetto a quello previsto nel nostro paese o in un paese poco propenso allo scambio di informazioni (si pensi, in questa prospettiva, alle disposizioni sui cosiddetti costi *black list* e alle disposizioni in punto di *cfc*).

In ogni caso, le disposizioni fiscali che in qualche modo costituiscono un contrasto alla delocalizzazione possono essere suddivise tra disposizioni che agiscono nell'ambito di rapporti infragruppo e disposizioni che, viceversa, prescindono dai collegamenti esistenti tra i soggetti coinvolti nelle transazioni o nelle riorganizzazioni aziendali.

Con riguardo agli effetti provocati dalla strumentazione di contrasto, possiamo porre ulteriori distinzioni.

In questa prospettiva, possiamo infatti distinguere tra disposizioni che agiscono direttamente sui presupposti stabiliti per determinare la residenza della società, facilitando il compito riservato all'Amministrazione finanziaria (in questo modo opera, come vedremo, la presunzione di residenza in Italia introdotta dal dl. 223/2006). Tale disposizione, invero, non si limita ad attrarre il reddito in Italia, ma incide direttamente sulla residenza del soggetto estero, dimodoché il soggetto in questione diventa a tutti gli effetti un soggetto residente nel territorio dello Stato, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Troviamo poi disposizioni che, al contrario, non incidono sulla residenza del soggetto e si "limitano" ad attrarre per trasparenza il reddito prodotto all'estero (in questo modo operano le disposizioni in tema di *cfc*⁽⁴⁰⁾). Vi sono altresì disposizioni mediante le quali il legislatore incide su operazioni che, per una serie di motivi, potrebbero celare il trasferimento di ricchezza verso paesi a fiscalità privilegiata (nel novero di queste possiamo inquadrare le disposizioni in punto di costi sostenuti nell'ambito di rapporti con soggetti residenti in paesi a fiscalità privilegiata) oppure il trasferimento di ricchezza infragruppo sempre nell'ottica di veicolare il reddito in

⁴⁰ Sul rapporto tra presunzione di residenza e disciplina CFC si veda G. Melis *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*, Roma, 2008, p. 238-239, in particolare nota 265.

modo tale da ottenere un risparmio nel carico fiscale complessivamente considerato (così operano le disposizioni in punto di prezzi di trasferimento). Infine, vi sono disposizioni volte a ripartire la sovranità impositiva e previste al fine di “chiudere il sistema” dei beni relativi all’impresa nel momento in cui l’operatore economico trasferisce la propria sede e perde la residenza nel nostro paese (così si atteggia, come vedremo, da disposizione prevista dall’art. 166 Tuir, in punto di *exit tax*).

Come avremo modo di analizzare nel corso del presente lavoro, un altro tratto distintivo è dato dal fatto che l’armamentario di disposizioni orientato a combattere pratiche abusive ha richiesto un bilanciamento. In questa prospettiva, assieme alle disposizioni di contrasto il legislatore ha introdotto – sia pure in alcuni, limitati casi - un articolato sistema di interpelli, il quale permette al contribuente di intervenire *ex ante* per fornire la prova posta a suo carico e per chiedere la disapplicazione delle discipline “di protezione”(41). Ciò anche nella prospettiva del rispetto dei principi comunitari che, in linea generale, non sono contrari alle disposizioni le quali intendano contrastare fenomeni elusivi o evasivi, ma richiedono pur sempre il rispetto del principio di proporzionalità. Procediamo dunque con ordine, partendo dalla disamina delle disposizioni che il legislatore ha messo in campo valorizzando le operazioni poste in essere all’interno dei gruppi sviluppati su scala transnazionale.

⁴¹ Cfr. G. Zizzo, *Delocalizzazione delle attività produttive e fattore fiscale*, in *Il Fisco* 14/2007, p. 1953 ss, il quale evidenzia, nelle proprie conclusioni, come <<buona parte di dette misure (di protezione) sono disapplicabili, se l’impresa residente fornisce una giustificazione economica (variamente articolata nelle normative interessate) all’aspetto prescelto, recependo un’indicazione chiaramente desumibile dai richiamati interventi delle organizzazioni internazionali: la delocalizzazione, quando è effettiva, quando cioè implica l’effettivo esercizio di attività economiche mediante le strutture estere, permette di accedere alla fiscalità del Paese di insediamento e di goderne i vantaggi, senza interferenze da parte del Paese di origine>>.

Ciò tenendo a mente che il filo conduttore dell'esame sarà incentrato sul costante dualismo tra esigenze sempre più sentite di superare i confini nazionali da parte degli operatori economici ed esigenze di preservare il gettito manifestate dal legislatore, a maggior ragione laddove la delocalizzazione si dimostri fittizia, rappresentando piuttosto, nella realtà, la delocalizzazione del reddito più che la delocalizzazione dell'attività economica.

2.3 Le disposizioni in materia di *transfer pricing*

Tra le disposizioni che indubbiamente influenzano l'allocazione su scala transnazionale delle attività economiche possiamo senz'altro inserire le disposizioni in tema di prezzi di trasferimento⁽⁴²⁾. Si tratta di disposizioni che non incidono su tutte le operazioni internazionali, bensì intervengono nelle transazioni internazionali poste in essere tra parti contraenti legate da rapporti di controllo. Tali

⁴² In generale, sulla disciplina dei prezzi di trasferimento, si rinvia, per tutti, a G. ZIZZO, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale*, Padova, 2010, 517 ss; G. MAISTO, *Il <<transfer price>> nel diritto tributario e comparato*, Padova, 1985; F. Balzani, *Il transfer pricing*, in V. Uckmar (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 1999; CORDEIRO GUERRA, *La disciplina del transfer price nell'ordinamento italiano*, in Riv. Dir. Trib., 2000, I, p. 421 ss; L. Tosi, *Transfer pricing: disciplina interna e regime convenzionale*, in Il Fisco 7/2001, p. 2184 ss; G. Palumbo, *Imposizione di gruppo, sconti commerciali tra capogruppo e controllate e disciplina del transfer pricing*, in Il Fisco 40/2003, p. 6248 ss; D. Stevanato, *L'impresa multinazionale*, in L. carpentieri, R. Lupi, D. Stevanato, *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003; I. Caraccioli, *Transfer pricing e responsabilità delle società*, in Il Fisco 19/2004, p. 2938 ss; F. BALZANI, *Il transfer pricing*, in V. UCKMAR (a cura di) *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, p. 565 ss; A. BALLANCIN, *La disciplina italiana del transfer price tra onere della prova, giudizi di fatto e l'(in)esistenza di obblighi documentali*, in Rass. Trib., 2006, p. 1982 ss; M. Beghin, *La disciplina del transfer pricing, tra profili sostanziali, profili procedurali, fattispecie di evasione e abuso del diritto*, in G.GAFFURI - M.SCUFFI (a cura di), *Lezioni di diritto tributario sostanziale e processuale*, (Atti dei Corsi di perfezionamento e di alta formazione permanente per magistrati tributari e professionisti abilitati al patrocinio avanti al giudice tributario), Milano, 2009, p. 347 ss; E. Della Valle, *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, in Riv. Dir. Trib., 2009, p. 133 ss; R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, p. 416 ss; A. M. Gaffuri, *La nuova disciplina in tema di documentazione dei "prezzi di trasferimento"*, in Rass. trib. 6/2011, p. 1444 ss.

disposizioni, pertanto, possono impattare sui gruppi di società che intendano svilupparsi su scala transnazionale⁽⁴³⁾.

Mediante tali disposizioni, presenti nell'ordinamento italiano ma anche nella maggior parte degli ordinamenti stranieri, si mira ad evitare che, per il tramite dell' "aggiustamento" dei corrispettivi applicati infragruppo, la materia imponibile venga allocata, sulla base di valutazioni incentrate non già su logiche di mercato bensì su logiche di pianificazione fiscale, negli ordinamenti connotati da regimi impositivi maggiormente favorevoli.

Nell'ordinamento italiano, la disposizione alla quale si deve fare riferimento è l'art. 110, comma 7, Tuir, il quale, in deroga alle ordinarie regole preposte alla determinazione del reddito di impresa, prevede che, in presenza di determinati requisiti, il corrispettivo applicato sia sostituito dal valore normale siccome determinato ai sensi dell'art. 9 Tuir.

Tale disposizione, come rilevato da attenta dottrina, non mira ad intercettare comportamenti simulatori⁽⁴⁴⁾. Nessuno, invero, mette in dubbio l'effettività dei corrispettivi pattuiti. Lo scopo della disposizione è invece quello di evitare che, mediante la determinazione di corrispettivi appositamente disallineati (e dunque perfettamente voluti) rispetto alle logiche di mercato, il reddito venga trasferito in capo a soggetti fiscalmente residenti in paesi dove il prelievo fiscale risulta più mite.

⁴³ Come si andrà ad illustrare, nessun impatto dovrebbero produrre le disposizioni in parola con riguardo alle operazioni poste in essere tra soggetti facenti parte del medesimo gruppo ma residenti nel territorio dello stato. Si tratterebbe, in questo caso, di *transfer price* interno.

⁴⁴ Cfr M. Beghin, *La disciplina del transfer pricing*, op. cit., p. 350; D. Stevanato, *L'impresa multinazionale ed i prezzi di trasferimento ("transfer pricing")*, in L. Carpentieri, R. Lupi, D. Stevanato, *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p. 255; nello stesso senso, E. Della Valle, *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, in Riv. Dir. Trib., 2009, p. 133 ss, il quale evidenzia come il comportamento contrastato dalla disposizione non <<può essere ricondotto ad ipotesi simulatorie posto che, (...), il corrispettivo pattuito, seppure non at arm's length, è anche ciò che effettivamente un soggetto eroga all'altro>>.

Si badi, a differenza di altre tipologie di strumenti di contrasto, la normativa sul *transfer price* non fa espresso riferimento ad operazioni intrattenute con soggetti residenti in territori *black list* (o, per abbracciare la nuova formulazione delle liste dei territori "virtuosi", in territori non *white list*). Essa, infatti, si riferisce a tutte quelle transazioni le quali finiscono per determinare una diminuzione del reddito imponibile dichiarato nel nostro paese, indipendentemente dal paese di residenza della controparte commerciale. Si tratta pertanto, non già di valutazione di stampo automatico, agganciata alla residenza della controparte in taluni, particolari Stati o territori a fiscalità privilegiata individuati *ex ante* (come accade nel caso delle disposizioni legate alla residenza di un soggetto in un paese *black list*), bensì di valutazione la quale deve essere effettuata caso per caso, al fine di comprendere se la transazione posta in essere, con i corrispettivi effettivamente praticati, possa provocare il trasferimento di ricchezza verso altri paesi.

La disposizione in questione, da quanto finora detto, si aggancia pertanto ad una delle due ipotesi descritte nel precedente paragrafo, vale a dire quella legata alla struttura dell'attività e non già al contatto con particolari territori a fiscalità privilegiata.

Ed infatti, se, da un lato la disposizione sul *transfer price* si aggancia alla struttura delle attività economiche, colpendo - come detto - le attività organizzate sottoforma di gruppo, essa, dall'altro lato, non prevede che il presupposto scatti laddove la transazione commerciale sia posta in essere nell'ambito di rapporti intrattenuti con soggetti residenti in paesi a fiscalità privilegiata. In questa prospettiva, invero, ben possono imbattersi nell'ambito applicativo della disposizione di cui all'art. 110,

comma 7, Tuir, anche operazioni realizzate nei confronti di controparti residenti in paesi a fiscalità ordinaria.

Le ragioni che hanno indotto il nostro legislatore, ma anche i legislatori di moltissimi altri paesi, ad intervenire su questa tipologia di operazioni è legata pertanto al controllo e a come tale situazione giuridica (il controllo, per l'appunto) possa in qualche modo costituire un veicolo per lo spostamento del reddito laddove la tassazione sia maggiormente conveniente. Laddove non vi è il controllo, infatti, viene meno altresì il problema che tale disposizione intende contrastare, vale a dire lo spostamento della ricchezza attraverso una accurata politica di prezzo. Se non c'è controllo, in altre parole, non vi è convenienza per le società coinvolte nella transazione a praticare prezzi disallineati rispetto al valore normale.

È evidente che, come altre disposizioni delle quali ci occuperemo *infra*, anche la tassazione di un valore normale diverso dal corrispettivo applicato può creare problematiche legate alla capacità contributiva del contribuente. Esso infatti viene tassato non già su una ricchezza effettivamente incamerata, bensì su una ricchezza che "avrebbe dovuto incamerare" se solo avesse seguito le logiche del mercato nella determinazione dei prezzi. Tale tassazione tuttavia si giustifica laddove i rapporti di controllo esistenti tra i soggetti coinvolti nelle transazioni commerciali siano di tale portata da far discendere una comune convenienza nel veicolare verso un determinato paese la ricchezza mediante, appunto, la fissazione di prezzi disallineati rispetto a quelli che le logiche di mercato sarebbero portate a fissare.

Il controllo, in altri termini, rappresenta una sorta di indice di pericolosità fiscale capace di giustificare la tassazione non già sulla base del corrispettivo applicato,

come avviene di regola nella determinazione del reddito di impresa, bensì sulla base del valore normale.

Più precisamente, mediante la disposizione in parola, si vuole evitare che le componenti positive vengano “gonfiate” e veicolate verso paesi a fiscalità più mite e, allo stesso tempo, che maggiori componenti negative di reddito vengano imputate a soggetti residenti in territori nei quali il prelievo fiscale incide maggiormente.

E’ questa stessa funzione della disciplina in parola che permette, assieme al dato letterale, di escludere la sua applicabilità nei confronti dei rapporti tra società residenti nel territorio dello Stato italiano. Il problema del c.d. *transfer price* interno⁽⁴⁵⁾ è di una certa rilevanza giacché anche tra le società residenti nel territorio dello Stato potrebbe essere conveniente veicolare materia imponibile verso particolari soggetti. Si immagini, a titolo esemplificativo, la situazione nella quale una società del gruppo è titolare di perdite pregresse spendibili e che tuttavia non sia in grado di generare reddito compensabile e, accanto a questa società, vi sia un’altra società del gruppo che tale reddito è perfettamente in grado di produrre. Un’accorta politica di prezzi ben potrebbe “livellare” tale situazione, generando

⁴⁵ Sue questo argomento si è soffermata la giurisprudenza e anche la dottrina. Si veda, a tal proposito, Comm. trib. prov. Milano, sent. 18 marzo 1998, n. 577, sez. I, in Rass. Trib. 1999, fasc. 1, p. 235 ss con nota di D. Stevanato, *Rettifiche dei corrispettivi intragruppo e transfer pricing “interno”*. Si veda inoltre G. Russo, *Transfer pricing interno, valore normale e deducibilità delle componenti negative di reddito*, nota a Cass., sez. Trib., sent. 23 aprile 2002, n. 10802, in Riv. Dir. Trib., 2003, II, p. 361 ss; A. Garcea - R. Lupi, *Trasferimenti intragruppo in neutralità e <<transfer price>> interno*, in Dialoghi di dir. Trib. 2005, p. 195 ss; si veda, inoltre, Cass., Sez. Trib., sent. 11 aprile 2008, n. 9497, in Corr. Trib. n. 24/2008, p. 1943 con commenti di M. Beghin e M. Poggioli, *La Cassazione legittima la rettifica della dichiarazione per diversità tra prezzo e valore*; M. Beghin, *La disciplina del transfer pricing, tra profili sostanziali, profili procedurali, fattispecie di evasione e abuso del diritto*, in G. Gaffuri - M. Scuffi (a cura di), *Lezioni di diritto tributario sostanziale e processuale*, (Atti dei Corsi di perfezionamento e di alta formazione permanente per magistrati tributari e professionisti abilitati al patrocinio avanti al giudice tributario), Milano, 2009, p. 351 ss; F. Vitale, *Commento all’art. 110 Tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle Leggi tributarie. Tomo III. Tuir e Leggi complementari*, Padova, 2010, p. 603-604.

redditi laddove vi siano perdite fiscali spendibili. La medesima convenienza potrebbe aversi nel caso in cui una società del gruppo possa beneficiare di particolari agevolazioni. Si immagini, ad esempio, una agevolazione territoriale⁽⁴⁶⁾. La disposizione di cui all'art. 110, comma 7, Tuir non è tuttavia utilizzabile per contrastare tali pianificazioni fiscali.

Ed invero, oltre al dato letterale della disposizione, il quale fa inequivocabilmente riferimento ai rapporti tra imprese residenti e società non residenti, anche la funzione della disposizione milita nel senso della inapplicabilità del *transfer price* nell'ambito dei rapporti domestici. È chiarissimo il riferimento posto dal legislatore agli accordi conclusi con gli altri paesi nel caso in cui la rettifica determini una diminuzione del reddito in Italia⁽⁴⁷⁾.

Vi è inoltre da aggiungere che quest'ultimo caso – quello dei rapporti domestici, per l'appunto - è stato espressamente preso in considerazione dal legislatore laddove ha ritenuto opportuno intervenire: il riferimento va alla disciplina della *tonnage tax* nella quale, all'art. 160, comma 2, Tuir è previsto espressamente che, nei rapporti tra imprese che determinano anche parzialmente il reddito ai sensi dell'art. 156 Tuir e le altre imprese, ancorché entrambe residenti nel territorio dello Stato, si applica la disposizione di cui all'art. 110, comma 7, Tuir. Ebbene, la logica di tale disposizione è da ritrovare nel fatto che, secondo la disciplina della *tonnage tax*, la determinazione del reddito avviene in maniera forfetaria, dimodoché potrebbe essere conveniente, all'interno di un gruppo, veicolare componenti positive in

⁴⁶ Cfr M. Beghin, *La disciplina del transfer pricing, tra profili sostanziali, profili procedurali, fattispecie di evasione e abuso del diritto*, in G.GAFFURI – M.SCUFFI (a cura di), *Lezioni di diritto tributario sostanziale e processuale*, (Atti dei Corsi di perfezionamento e di alta formazione permanente per magistrati tributari e professionisti abilitati al patrocinio avanti al giudice tributario), Milano, 2009, p. 351.

⁴⁷ Su tali aspetti, si veda M. Beghin, op.ult.cit., p. 352.

queste società piuttosto che nelle società che, viceversa, determinano il reddito di impresa sulla base delle disposizioni ordinarie.

Al di là di questo particolare caso, però, il legislatore non ha previsto l'applicabilità della disciplina sui prezzi di trasferimento all'interno dei gruppi nazionali. Se, nel caso della *tonnage tax* il legislatore ha avuto bisogno di specificare l'applicabilità, tra società del gruppo residenti in Italia, dell'art. 110, comma 7, Tuir, significa che, in linea generale, tale disposizione non si applica a livello interno. Diversamente argomentando, non ci sarebbe stato bisogno del richiamo più sopra citato.

Di conseguenza, laddove s'intenda procedere alla rettifica dei corrispettivi infragruppo a livello nazionale, dovranno essere altri gli strumenti da impiegare⁽⁴⁸⁾. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di contestare l'inerenza dei costi facendo leva sulla antieconomicità delle operazioni⁽⁴⁹⁾.

⁴⁸ Su questi aspetti si veda M. Beghin, *La disciplina del transfer pricing, tra profili sostanziali, profili procedurali, fattispecie di evasione e abuso del diritto*, in G.GAFFURI – M.SCUFFI (a cura di), *Lezioni di diritto tributario sostanziale e processuale*, (Atti dei Corsi di perfezionamento e di alta formazione permanente per magistrati tributari e professionisti abilitati al patrocinio avanti al giudice tributario), Milano, 2009, p. 352, il quale evidenzia che il riferimento prestato alle "procedure amichevoli" sia un elemento che conferma ancor più la vocazione internazionale della disposizione in parola.

⁴⁹ Sulla antieconomicità cfr G. Zoppini, *Sul difetto di inerenza per "antieconomicità manifesta"*, in Riv. Dir. Trib., 1992, II, 937 ss; R. Lupi, *A proposito di inerenza...Il fisco può entrare nel merito delle scelte imprenditoriali?*, in Riv. Dir. Trib., 1992, II, p. 940; A. Voglino, *Ancora sulla insindacabilità, da parte della amministrazione finanziaria, della convenienza economica delle operazioni poste in essere dai contribuenti*, in Boll. Trib. n. 21/1993, p. 1642 ss; M. Beghin, *Atti di gestione "anomali" o "antieconomici" e prova dell'afferenza del costo all'impresa*, in Riv. Dir. Trib., 1996, I, p. 413 ss; R. Lupi, *Equívoci in tema di sindacato del fisco sull'economicità della gestione aziendale*, in Rass. Trib. 2001, p. 211 ss; Panizzolo, *Il principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali in diritto tributario: conferme e limiti*, in GT n. 8/2001, p. 1033 ss; R. Lupi, *L'inerenza e il sindacato delle scelte imprenditoriali sul versante dei costi*, in AA.VV. *Il reddito d'impresa* in F. Crovato – R. Lupi, Milano, 2002, p. 85 ss; D. Stevanato, *L'indeducibilità dei compensi <<abnormi>> agli amministratori-soci*, in Corr. Trib. 7/2002, p. 597 ss; A. Fantozzi, *Sindacabilità delle scelte imprenditoriali e funzione nomofilattica della Cassazione*, in Riv. Dir. Trib. 2003, II, p. 553 ss; A. Vignoli – D. Stevanato, *Comportamenti antieconomici e rettifiche fiscali*, in Dialoghi di Dir. trib. n. 3/2003, p. 359 ss; R. Schiavolin, *Comportamento "antieconomico" dell'imprenditore e potere di accertamento dell'amministrazione finanziaria*, in Giur. Imp. n. 1/2004, p. 245 ss; A. M. Gulino – R. Lupi – D. Stevanato, *Il sindacato del fisco sui compensi degli associati in partecipazione*, in Dialoghi di dir. trib. 2007, p. 659 ss; M. Beghin, *E' <<comportamento antieconomico>> l'attività di amministratore svolta senza percepire compensi?*, in Corr. Trib. 12/2008, p. 955 ss; Id., *Perdite su crediti, antieconomicità dell'operazione e giudizio d'inerenza*, in Corr. Trib. 5/2008, p. 377 ss; Id., *Spese di pubblicità e requisito*

Stabilito che l'operatività della disposizione dovrebbe limitarsi ai rapporti internazionali, è appena il caso di evidenziare che le problematiche che la normativa vuole contrastare, come è evidente, sorgono allorché i soggetti tra i quali si perfezionano le operazioni sono soggetti tra di loro non indipendenti. Si tratta di casi nei quali la formulazione dei corrispettivi risponde non già all'interesse del singolo, bensì ad un più alto interesse di gruppo e, dunque, ad uno schema di pianificazione fiscale unitario che supera le esigenze del singolo soggetto. Nella prospettiva del gruppo di società, invero, è facile immaginare che sia più conveniente allocare maggiori costi in capo ad un soggetto che è parte di una transazione commerciale se la controparte, appartenente al medesimo gruppo, può sottoporre i maggiori componenti positivi ad un prelievo fiscale inferiore. È nell'ottica del gruppo di società e dunque del risparmio complessivamente considerato che trovano la loro ragione d'esistere le disposizioni in punto di *transfer price*.

È evidente, infatti, che soggetti tra di loro indipendenti non avrebbero alcuna convenienza ad attuare simili politiche di prezzo.

Tali disposizioni, pertanto, trovano la loro ragion giustificatrice nel contrastare politiche di stampo elusivo che, mediante la modulazione dei prezzi, pianificano il carico fiscale agendo in modo tale da veicolare il reddito nel paese in cui risulta maggiormente conveniente. È chiaro, tra l'altro, che tale convenienza è data dal fatto che, nonostante vi sia un'unitarietà economica del gruppo, ogni soggetto deve

dell'inerenza: una lampante svolta giurisprudenziale, in Riv. Dir. Trib., 2008, II, p. 378 ss; R. Lupi, *Crediti verso clienti, interessi attivi ed economicità della gestione aziendale*, in Corr. Trib. 6/2008, p. 465 ss; D. Stevanato, *Il <<dover essere>> fiscale e la tassazione dei redditi figurativi*, in Dialoghi Trib. n. 2/2008, p. 34 ss; G. Ingraio, *Il regime fiscale delle perdite su crediti da rinunce e il sindacato dell'Amministrazione sull'economicità delle operazioni aziendali*, in G.T. 3/2008, p. 209 ss.

far fronte in maniera autonoma al proprio carico impositivo⁽⁵⁰⁾ nel paese di residenza e tra i diversi paesi può sussistere un dislivello più o meno evidente tra le aliquote di imposta⁽⁵¹⁾.

È nell'ottica dunque di evitare questi arbitraggi fiscali che il nostro legislatore ha previsto, in deroga alla ordinaria rilevanza del corrispettivo applicato, che, qualora sussistano rapporti di controllo, il corrispettivo applicato nelle operazioni internazionali venga sostituito dal valore normale. Tale disposizione – si badi – non interferisce sul versante civilistico⁽⁵²⁾, ma interviene, nell'ambito della dichiarazione fiscale, mediante il meccanismo delle variazioni in aumento e in diminuzione, nel senso di allineare i corrispettivi al fine di eliminare gli effetti che una accurata politica dei prezzi è idonea a provocare sul versante tributario.

Si tratta, pertanto, di una disposizione di stampo sostanziale la quale, lungi dall'essere riservata alla Amministrazione finanziaria nella fase di accertamento, è rivolta direttamente al contribuente nel momento in cui è chiamato a determinare il

⁵⁰ Fatta eccezione per i casi nei quali si assiste alla determinazione unitaria del reddito. Il riferimento va al consolidato mondiale, regime nel quale, peraltro, opera comunque la disposizione di cui all'art. 110, comma 7, Tuir (cfr, per la giustificazione di tale applicabilità, E. Della Valle, *Il transfer price, op. cit.*, p. 133 e ss., in particolare nota 48 per le indicazioni bibliografiche sul tema).

⁵¹ È sulla esistenza di tali divergenze che si innesta la convenienza a pianificare i prezzi nelle transazioni operate su scala internazionale. In mancanza di tali divergenze, invero, non vi sarebbe alcuna convenienza a trasferire la ricchezza in un altro paese. Salvo, naturalmente, il caso in cui il trasferimento della ricchezza non risponda tanto ad una aliquota di imposta inferiore ma alla esistenza di perdite fiscali compensabili in capo alla controparte. Tale convenienza – come è evidente – si configura anche nei rapporti domestici nel caso in cui i corrispettivi vengano modulati in modo tale da veicolare maggiori componenti positive laddove, ad esempio, vi sono perdite fiscali utilizzabili in compensazione.

⁵² Sul punto si veda M. Beghin, *La disciplina del transfer pricing, tra profili sostanziali, profili procedurali, fattispecie di evasione e abuso del diritto*, in G.GAFFURI – M.SCUFFI (a cura di), *Lezioni di diritto tributario sostanziale e processuale*, (Atti dei Corsi di perfezionamento e di alta formazione permanente per magistrati tributari e professionisti abilitati al patrocinio avanti al giudice tributario), Milano, 2009, p. 349.

reddito di impresa⁽⁵³⁾. Non si tratta di presunzione, bensì di criterio di determinazione della base imponibile⁽⁵⁴⁾. In questa prospettiva, non ci troviamo innanzi ad una previsione normativa che incide sulla ripartizione dell'onere della prova, ma ci troviamo davanti a specifici obblighi posti in capo al contribuente che debba determinare il reddito di impresa.

Il contribuente non ha la possibilità di disapplicare la disposizione⁽⁵⁵⁾, come avviene ad esempio per il c.d. costi *black list*, ma può eventualmente dimostrare che il prezzo applicato è allineato al valore normale e, dunque, che non esiste il presupposto applicativo dell'art. 110, comma 7, Tuir. È proprio sulla individuazione del valore normale che si incentrano pertanto le maggiori difficoltà applicative della disciplina in commento⁽⁵⁶⁾.

⁵³ M. Beghin, *La disciplina del transfer pricing*, op. cit., p. 350; M. Beghin - M. Poggioli, *La Cassazione legittima la rettifica della dichiarazione per diversità tra prezzo e valore*, in Corr. Trib. n. 24/2008, p. 1952 ss; in questo senso anche E. Della Valle, *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, in Riv. Dir. Trib. 2009, p. 133 ss.

⁵⁴ Autorevole dottrina ha classificato la disposizione in parola nella categoria delle cosiddette predeterminazioni normative. Così L. Tosi, *Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale*, Milano, 1999.

⁵⁵ Nonostante non sia possibile chiedere la disapplicazione della disciplina, è prevista per il contribuente la possibilità di adire all'istituto del *ruling* internazionale, il quale prevede la possibilità di giungere ad un accordo con l'Amministrazione finanziaria volto ad evitare controversie sulla determinazione dei prezzi di trasferimento (cfr art. 8, d.l. 269/2003). La procedura è totalmente diversa da quella dell'interpello. Mediante il *ruling* non viene chiesto il parere del Fisco, bensì si giunge ad un vero e proprio accordo, avente validità triennale, sul calcolo del valore normale dei beni e servizi soggetti alla disciplina del *transfer price*. Evidenzia i limiti della procedura E. Della Valle, *Il transfer price*, op. cit., p. 133 ss, laddove si consideri che la procedura di *ruling* sfocia nella determinazione di un accordo che, nonostante possa essere trasmesso alle autorità fiscali degli Stati di residenza della controparte, non può vincolare l'amministrazione estera dal momento che il medesimo accordo viene concluso unicamente tra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria italiana.

⁵⁶ Ai fini della applicazione del *transfer price* si deve fare riferimento al valore normale siccome determinato ai sensi dell'art. 9, comma 3, Tuir. Ciò nondimeno, il fatto che una simile normativa fosse presente nella quasi totalità degli ordinamenti ha indotto l'OCSE ad intervenire dettando indicazioni volte alla corretta applicazione. L'OCSE ha altresì indicato in metodi di determinazione del valore normale tra i quali, il più significativo, è il metodo del confronto del prezzo.

Su queste basi, il legislatore italiano ha dunque previsto che il corrispettivo pattuito venga sostituito dal valore normale nel caso in cui:

a) le operazioni vengano poste in essere <<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>> ⁽⁵⁷⁾;

b) le cessioni di beni o le prestazioni di servizi vengano poste in essere <<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>>⁽⁵⁸⁾.

La stessa *ratio* antielusiva⁽⁵⁹⁾ spiega l'unidirezionalità della disposizione in parola. Il riferimento va al fatto che la rettifica, sottoforma di variazione in aumento o in

⁵⁷ Sulla nozione di controllo rilevante ai fini della disposizione in parola si veda F. Vitale, *Commento all'art. 110 Tuir, op. cit.*, e le indicazioni bibliografiche e di prassi riportate nel commento. È facile osservare come nel testo della disposizione non siano riportate indicazioni precise in ordine alla definizione del requisito in parola. In questa prospettiva ed alla luce della *ratio* della disposizione sembra che il requisito rilevi in senso ampio. Nel senso di una nozione ampia di controllo si veda altresì R. Baggio, *Il principio di territorialità, op. cit.*, p. 426 ss e gli autori ivi citati alla nota n. 378. In quest'ottica, l'Amministrazione finanziaria ha sostenuto che rileverebbe altresì, ai fini del *transfer price*, la situazione di collegamento derivante da un'influenza notevole e ogni influenza economica potenziale o attuale (cfr, sul punto, la circolare n. 32/9/2267/1980 e la circolare n. 42/E/1981).

⁵⁸ In dottrina non è stata particolarmente indagata questa seconda fattispecie. Sul punto si è soffermato R. Baggio, *Il principio di territorialità, op. cit.*, p. 427, il quale ha evidenziato come questa parte della disposizione intenda includere l'applicazione del *transfer price* anche nell'ambito di rapporti tra soggetti legati da specifici rapporti contrattuali. In altre parole, non siamo nell'ambito di rapporti tra soggetti legati da partecipazioni, bensì di rapporti tra soggetti comunque legati da rapporti che determinano una influenza tale da condizionare la definizione dei prezzi. Il controllo vero e proprio non sussiste, ma i vincoli esistenti sono comunque tali da condizionare le scelte gestionali dei soggetti che intervengono nelle transazioni commerciali.

⁵⁹ Sulla funzione antielusiva della disposizione, si veda M. Beghin, *La disciplina del transfer price, op. cit.*, p. 348; L. Tosi, *Transfer pricing, op. cit.*, p. 2184 ss; M. Beghin - M. Poggioli, *La Cassazione legittima la rettifica della dichiarazione per diversità tra prezzo e valore*, in *Corr. trib.* 24/2008, p. 1952; P. Adonnino, *La pianificazione fiscale internazionale*, in V. Uckmar (a cura di), *Diritto tributario internazionale, op. cit.*, p. 89; R. Cordeiro Guerra, *La disciplina del transfer price nell'ordinamento italiano, op. cit.*, p. 428; F. Vitale, *Commento all'art. 110 Tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle Leggi tributarie. Tomo III. Tuir e Leggi complementari*, Padova, 2010, p. 603; R. Baggio, *Il principio di territorialità, op. cit.*, p. 417, nota 356, p. 421. Spunti in tal senso si possono ricavare altresì dalla giurisprudenza. Su questa linea si veda Cass. Sez. trib., sent. 13 ottobre 2006, n. 22023 e Cass. Sez. trib., sent. 16 maggio 2007, n.

diminuzione, deve essere apportata, in linea generale, solamente nel caso in cui tale rettifica determini un maggiore reddito e non già nel caso in cui, per effetto della variazione medesima, derivi un minore imponibile dichiarato in Italia⁽⁶⁰⁾. Tale ultima eventualità, invero, per espressa previsione normativa, può essere applicata solamente <<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>>.

Quanto all'onere della prova⁽⁶¹⁾, è piuttosto pacifica in dottrina la tesi stando alla quale spetta all'Amministrazione finanziaria che intenda procedere con la rettifica l'onere di dimostrare sia che il corrispettivo applicato si discosta dal valore normale, sia che, per effetto del comportamento adottato dal contribuente, si configura concretamente un vantaggio fiscale⁽⁶²⁾.

11226. Qualifica la manipolazione dei prezzi come comportamento evasivo, invece, E. Della Valle, *Il transfer price*, op. cit., p. 133 ss.

⁶⁰ Si immagini il caso in cui il prezzo applicato sia superiore al valore normale. In questa eventualità, l'allineamento del corrispettivo al valore normale porterebbe ad una diminuzione del reddito dichiarato in Italia.

⁶¹ Sulla questione dell'onere della prova nella applicazione delle disposizioni in tema di prezzi di trasferimento, si veda A. Ballancin, *La disciplina italiana del transfer price*, op. cit., p. 1982 ss.

⁶² Laddove s'intenda procedere sullo schema del *transfer price*, infatti, il Fisco non può sottrarsi dall'onere di dimostrare che la società ha effettivamente tratto un vantaggio dalla applicazione dei corrispettivi contestati. È pacifico, invero, che la prova della convenienza fiscale è a carico dell'Amministrazione, come risulta altresì dalla recente sentenza della Commissione tributaria regionale della Lombardia, sez. 11, 10 giugno 2011, n. 63, ma altresì dalla giurisprudenza della Suprema Corte (cfr Cass., sez. trib., sent. 13 ottobre 2006, n. 22023 e Cass., sez. trib., sent. 16 maggio 2007, n. 11226). Nella stessa direzione si veda altresì F. Vitale, commento all'art. 110 Tuir in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie. TUIR e leggi complementari*. Tomo III, Padova, 2010. La soluzione appena tratteggiata è tra l'altro conforme alle direttive OCSE. In questa prospettiva, il contribuente non ha l'onere di dimostrare che i corrispettivi applicati sono in linea con il valore normale fintantoché l'Amministrazione finanziaria non abbia per prima dimostrato tale difformità. Cfr, inoltre, E. Della Valle, *Il transfer price*, op. cit., p. 133 ss.

Un caso interessante riguardante l'applicabilità o meno della disciplina in parola è quello dei finanziamenti infruttiferi concessi tra consociate facenti parte di gruppi sviluppati, appunto, su scala internazionale⁽⁶³⁾.

È ben noto che, nell'ambito dei gruppi societari, la pratica di concedere finanziamenti infruttiferi è piuttosto diffusa. Ciò per ragioni che in molte occasioni esulano totalmente da logiche di stampo fiscale.

Ebbene, se il finanziamento infruttifero è concesso tra consociate residenti, nessun problema si pone⁽⁶⁴⁾. Quando però il finanziamento è concesso tra consociate residenti in paesi diversi, ci si deve chiedere se la disciplina in parola risulti applicabile nonostante si tratti di finanziamento appunto "infruttifero" e dunque incapace, per la sua stessa natura, di produrre reddito.

Orbene, è facile rilevare come la disciplina di cui si discute richieda, quali imprescindibili condizioni per la sua applicazione, la sussistenza di <<operazioni>> capaci di generare <<componenti del reddito>>. Il che, nel caso dei finanziamenti infruttiferi, non è.

Come è stato rilevato in dottrina ⁽⁶⁵⁾, la disposizione *de qua* trova applicazione con riferimento a tutti i componenti di reddito potenzialmente scaturenti da "operazioni", laddove sussista un rapporto di causa-effetto tra l'operazione posta in essere con il soggetto estero e la genesi della componente reddituale.

La disposizione è, sotto questo aspetto, inequivocabile: essa riguarda tutti e soli i casi nei quali, in presenza di ben determinati presupposti soggettivi e territoriali,

⁶³ La questione è trattata anche da F. Vitale, *Commento all'art. 110 Tuir*, op. cit., p. 604.

⁶⁴ Salvo quanto previsto dall'art. 46 Tuir in ordine alla specificazione, in bilancio, della natura infruttifera del finanziamento.

⁶⁵ Cfr. E. Della Valle, *Norme generali sulle valutazioni*, in G. Tinelli (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle Imposte sui redditi*, Padova, 2009, 1035; Id., *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, op. cit., p. 133 ss

emerge, a seguito dell'effettuazione dell'operazione, una componente avente rilevanza ai fini reddituali.

Su questo aspetto si innesta la questione dedicata ai finanziamenti infruttiferi concessi, ad esempio, a consociate estere.

La ragione della scelta operata in sede normativa è evidentissima, se solo si riflette sulle particolarità del caso in parola. Il finanziamento infruttifero rappresenta una fattispecie "neutrale". Dal finanziamento infruttifero non nascono costi o proventi in capo al soggetto che eroga le somme e in capo al soggetto che tali somme riceva.

La disciplina di cui all'art. 110, comma 7, cit. non potrebbe, di conseguenza, trovare applicazione. Ciò per almeno due fondamentali ragioni: *in primis* (argomento letterale), perché tali finanziamenti, non incidendo sulla situazione reddituale del finanziatore né su quella del finanziato, sono incapaci di acquisire qualsivoglia rilevanza reddituale; non v'è, dunque, alcun "componente del reddito" scaturente dal rapporto di "finanziamento infruttifero". *In secundis* (argomento attento alla *ratio legis*), perché, non essendoci alcun corrispettivo, nemmeno si pone il problema di osteggiare fenomeni di *transfer pricing* (66).

Sul piano dottrinale, l'Autore da ultimo citato ha evidenziato come, proprio nel caso di finanziamenti infruttiferi concessi da società italiane a beneficio delle consociate non residenti nel territorio dello Stato, la <<tesi fatta propria dall'Amministrazione finanziaria nella c.m. n. 32 del 1980 [che riteneva applicabile la disposizione altresì per i citati finanziamenti] risulta nient'affatto che pacifica, appunto

⁶⁶ In particolare, in ordine alla *ratio* della disciplina, E.Della Valle, *Norme generali sulle valutazioni*, in G.Tinelli (a cura di), *Commentario*, cit., 1036 ricorda, infatti, come quest'ultima consista nell'<<evitare che mediante l'alterazione dei prezzi di trasferimento si possano canalizzare flussi di reddito all'estero a danno del Fisco italiano, sicché laddove un prezzo non vi sia, tale rischio deve essere escluso a priori>>. Ma è proprio quest'ultimo il caso di specie, nel quale - come detto - nessun corrispettivo può emergere per effetto dell'operazione.

in ragione del fatto che la predetta regola impone la sostituzione del prezzo praticato per una determinata transazione commerciale con il valore di mercato del bene o del servizio scambiato; onde, in mancanza di corrispettivo, non vi è luogo ad alcuna sostituzione>>>⁽⁶⁷⁾.

Sul versante giurisprudenziale, con specifico riferimento alla inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 110, comma 7, cit. ai finanziamenti gratuiti, si veda, ad esempio, la sentenza della Comm.Trib.Prov. di Reggio Emilia, Sez. VII, 17 marzo 1997, n. 55 (disponibile in banca dati *fisconline*). Nella sentenza da ultimo citata, i giudici hanno provveduto all'annullamento dell'avviso di accertamento concernente il recupero a tassazione di interessi attivi non riscossi, ma presunti a valore normale, a fronte di un finanziamento concesso da una società nazionale ad una consociata non residente, sulla base della circostanza che ne era stata espressamente prevista la gratuità.

Dalle suddette indicazioni dottrinali e giurisprudenziali ed altresì in considerazione della portata della disciplina di cui all'art. 110, comma 7, cit. può, dunque, ricavarsi il seguente principio: in presenza di finanziamenti infruttiferi intercorsi tra una società residente e le proprie consociate estere, la disciplina di cui all'art. 110, comma 7, Tuir non dovrebbe trovare spazio, trattandosi di fattispecie nelle quali, venendo a mancare il corrispettivo, viene meno anche la finalità che la disciplina del *transfer pricing* persegue.

Se il corrispettivo non esiste, nemmeno si pone il problema di sostituire il valore normale al corrispettivo contrattualmente pattuito.

⁶⁷ Sulla medesima linea si è espresso, altresì, G. Fransoni, *La determinazione del reddito delle stabili organizzazioni*, in *Rass.trib.* 2005, 73 ss. e spec. 80-81.

È sulla base di un ragionamento incentrato proprio sui finanziamenti infruttiferi infragruppo che la dottrina ha evidenziato possibili incompatibilità della disciplina in parola con il principio di non discriminazione e con il diritto di stabilimento. L'applicazione della disposizione nel caso dei finanziamenti infruttiferi determinerebbe senza dubbio la penalizzazione dei gruppi con consociate residenti in diversi paesi della Unione Europea rispetto ai gruppi allocati esclusivamente nel territorio italiano.

In ogni caso, al di là delle problematiche attinenti alle singole operazioni e dunque all'ambito oggettivo di applicazione della disposizione, ciò che ci preme mettere in luce è che la disciplina in parola è idonea, per la sua stessa natura, a creare situazioni di doppia imposizione le quali non possono essere trascurate laddove l'impresa intenda localizzarsi sottoforma di gruppo su scala transnazionale.

Ed infatti, è facile immaginare che, se in Italia una componente positiva viene aumentata per essere allineata al valore normale, nel paese di residenza della controparte vi è un soggetto che ha dedotto un costo pari al corrispettivo applicato e non già allineato al più elevato valore normale. In altre parole, se da una parte abbiamo un soggetto (il cedente) che si vede rettificare in aumento il proprio reddito, dall'altra dovremmo trovare una rettifica simmetrica idonea a diminuire il reddito della consociata.

Su tale aspetto, un ruolo fondamentale è indubbiamente giocato dalla convenzione di Bruxelles (n. 436 del 29 luglio 1990, ratificata in Italia attraverso la l. n. 99 del 22 marzo 1993), la quale è stata introdotta al fine di eliminare le situazioni di doppia imposizione determinate dalle disposizioni in punto di prezzi di trasferimento tra

stati appartenenti alla Unione Europea. È vero infatti che, come più sopra evidenziato, in presenza di “procedure amichevoli” è possibile procedere altresì alla rettifica in diminuzione del reddito e dunque alla eliminazione delle situazioni di doppia imposizione che si vengono a creare. Ciò nondimeno, tale affermazione implica l’esistenza di accordi internazionali che comunque prevedono procedure articolate che non terminano automaticamente con l’eliminazione della situazione di doppia imposizione⁽⁶⁸⁾. La convenzione di Bruxelles opera altresì laddove l’accordo amichevole non esiste⁽⁶⁹⁾ e mira a ricomporre le distorsioni create appunto dalle normative nazionali. Si tratta di disciplina, quella prevista dalla Convenzione multilaterale, procedimentale e non già sostanziale che tuttavia soffre di limiti che le istituzioni Comunitarie cercano costantemente di monitorare e risolvere. Per questo motivo ed a causa della insoddisfazione per i risultati concreti raggiunti dalla disciplina, è stato istituito un *Forum congiunto sui prezzi di trasferimento*, al fine di contribuire ad una regolamentazione maggiormente soddisfacente del fenomeno.

Alla luce di quanto finora detto, possiamo senz’altro affermare che le disposizioni in punto di prezzi di trasferimento sono disposizioni che incidono in modo

⁶⁸ Sulla inadeguatezza delle procedure amichevoli, si veda E. Della Valle, *Il transfer price*, op. cit., p. 133 ss, il quale evidenzia come le procedure amichevoli bilaterali risultino nella realtà poco efficaci.

⁶⁹ In argomento si veda, P. Adonnino, *La pianificazione fiscale internazionale*, op. cit., p. 89 ss; V. Uckmar, *I trattati internazionali in materia tributaria*, in *Diritto tributario internazionale*, cit., p. 219-220; F. Balzani, *Il transfer pricing*, in *Diritto tributario internazionale*, op. cit., in particolare a p. 610 ss.; Carmini, *Il diritto tributario comunitario e la sua attuazione in Italia*, Padova, 2002, *passim*; R. Cordeiro Guerra, *La disciplina del transfer price nell’ordinamento italiano*, op. cit., p. 430 ss; E. Della Valle, *Il transfer price*, op. cit., p. 133 ss, ove si trovano riferimenti altresì al Codice di Condotta adottato da Consiglio dell’Unione Europea il 7 dicembre 2004 al fine di risolvere taluni problemi applicativi concernenti, appunto, la Convenzione arbitrale. Cfr altresì P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010, p. 278 ss, dove si trovano i riferimenti al Codice di Condotta emanato dalla Commissione Europea in data 7 novembre 2005 <<che fissa gli standard comuni relativi alla documentazione del transfer pricing negli Stati membri al fine di definire la base informativa da assumere per una congrua valutazione dei prezzi di trasferimento e dunque per attuare concretamente il criterio dell’arm’s length>>.

importante sulle scelte di delocalizzazione. Si tratta di disposizioni che il legislatore ha messo in campo per evitare la delocalizzazione dell'imponibile e, essendo disposizioni sulla determinazione del reddito che non ammettono prova contraria di alcun genere (salvo dimostrare che i prezzi sono allineati al valore normale), nemmeno possono essere disapplicate facendo leva sulla effettività della delocalizzazione delle attività economiche. Da ciò consegue che, laddove si decida di organizzare l'attività sottoforma di gruppo su scala internazionale, si dovrà tenere conto di questa disciplina che, nel tentativo di arginare fenomeni elusivi di pianificazione fiscale, finisce tuttavia con il determinare situazioni di evidente doppia imposizione. È vero che sono stati messi in campo strumenti per scongiurare tali effetti, sia a livello internazionale sia a livello comunitario, ciò nondimeno, i risultati derivanti dalla applicazione di tali strumenti non sono ad oggi pienamente soddisfacenti dimodoché la normativa sul *transfer price*, oggi, può senz'altro incidere in modo negativo sulle scelte di delocalizzazione, anche se tale delocalizzazione è effettiva e non già meramente fittizia e orientata all'ottenimento di benefici fiscali⁽⁷⁰⁾.

⁷⁰ È vero che il legislatore fa riferimento, nel testo della disposizione, all'allineamento dei prezzi laddove l'applicazione del valore normale è idonea a determinare un maggiore imponibile. In questo modo, il legislatore fa un implicito riferimento a localizzazioni agganciate a risparmi d'imposta anche se non distingue esplicitamente, per l'applicazione della disposizione, i paesi a fiscalità ordinaria da quelli a fiscalità privilegiata. Ciò nondimeno, la localizzazione in paesi dove la fiscalità è più mite ben potrebbe essere spiegata da esigenze economiche e/o finanziarie. Abbiamo visto nell'ambito del primo capitolo, infatti, che le ragioni extrafiscali della delocalizzazione ben possono essere spiegate alla luce di diverse esigenze imprenditoriali.

2.4 La presunzione di residenza riguardante le società.

Un'altra disposizione che incide sulle scelte di delocalizzazione, nell'ambito dei gruppi di società, è senz'altro da ritrovare nella presunzione di residenza introdotta dal nostro legislatore con riferimento alle *holding* estere che detengono partecipazioni di maggioranza in società italiane e che, a loro volta, sono esse stesse controllate o amministrate da soggetti residenti in Italia.

Il riferimento va alle modifiche inserite, ad opera del dl 223/2006, direttamente nel corpo dell'art. 73 Tuir, il quale si occupa, appunto, di definire i soggetti passivi dell'Ires.

Per comprendere al meglio come si atteggia tale presunzione e come essa possa in qualche modo interferire sulle scelte di localizzare l'attività al di là dei confini nazionali, è necessario spendere qualche osservazione su quelli che, secondo la regola generale, sono i presupposti ai quali il legislatore aggancia la residenza, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato.

L'importanza di tale inquadramento è di tutta evidenza se solo si considera che, nel nostro paese, vige il principio della tassazione del reddito mondiale, secondo il quale, laddove il soggetto sia considerato residente nel territorio dello stato, esso (soggetto) è sottoposto ad imposizione nel nostro paese non solo per i redditi prodotti all'interno del territorio italiano, bensì per i redditi ovunque prodotti⁽⁷¹⁾.

Risulta di fondamentale importanza, pertanto, distinguere i soggetti residenti dai soggetti non residenti poiché i primi sono assoggettati all'imposizione in Italia per i

⁷¹ Cfr. L. Carpentieri, R. Lupi, D. Stevanato, *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p. 138 ss; R. Baggio, *La perdita e l'acquisto della residenza fiscale: quadro d'insieme ed aspetti controversi*, in Riv. Dir. Trib., 2006, I, p. 537 ss; Id., *Il principio di territorialità, op.cit.*, p. 270 ss; sulla tassazione mondiale, la tassazione territoriale e le loro interrelazioni si veda G. Marino, *Residenza fiscale, libertà fondamentali e normative antielusive nazionali*, in Riv. Dir. Trib. Int., 2001, p. 195.

redditi ovunque prodotti, mentre i secondi sono assoggettati ad imposizione nel nostro paese solamente per i redditi prodotti nel territorio.

Detto questo, possiamo immediatamente osservare come il legislatore, affianco alla regola generale, abbia introdotto una presunzione legale relativa che, in presenza di specifici presupposti, ha lo scopo di facilitare il Fisco nel compito di verificare la residenza di taluni soggetti che, per le particolari caratteristiche, denotano un forte collegamento con il territorio dello Stato.

Tale presunzione opera, come andremo a chiarire, nei confronti delle strutture imprenditoriali sviluppate sottoforma di gruppo localizzate su scala transnazionale, non guarda al reddito prodotto a seguito di particolari operazioni, non distingue a seconda del paese di localizzazione ed incide direttamente sulla residenza della *holding*, laddove sussistano specifici requisiti legati al controllo e/o all'amministrazione della società.

Come la disciplina sul *transfer price* e a differenza della disciplina *cfc* e dei costi *black list*, dunque, la presunzione di residenza non si rivolge alle società localizzate in particolari Stati o territori a fiscalità privilegiata, ma si rivolge a quei soggetti che, sulla base di determinati presupposti, configurano importanti collegamenti con il territorio dello Stato. In altre parole, il discrimine per l'applicazione della disciplina non è dato dalla tipologia di reddito delocalizzato - come in qualche modo si tiene in considerazione nel caso delle *cfc* laddove si cerca di colpire la delocalizzazione dei redditi cc.dd. "passivi" - e nemmeno è dato dal paese di residenza della società estera.

Infatti, nonostante il legislatore si sia riferito espressamente alle società che

detengono partecipazioni di maggioranza in società residenti in Italia (le *holding*, per l'appunto) - in tal modo riferendosi a soggetti che, per la loro natura, potrebbero in qualche modo incamerare redditi passivi -, esso non si è preoccupato di distinguere tra soggetti nel cui patrimonio sono comprese solamente partecipazioni, esercitando esclusivamente o prevalentemente l'attività di *holding*, e soggetti che esercitano effettive attività nel paese estero, con riferimento ai quali la partecipazione di maggioranza può rappresentare solamente una piccola parte del patrimonio.

Parimenti, la disciplina in parola non richiama, come accade nell'ambito di altre normative di contrasto, i territori *black list* (o territori non *white list*). La presunzione di residenza delle società, al contrario, si limita ad attrarre la residenza laddove i rapporti partecipativi siano tali da far presumere l'esterovestizione del soggetto, indipendentemente dal livello di tassazione applicato nel paese di localizzazione della *holding*. Anche in questo caso, pertanto, il rapporto di controllo è indice di pericolosità fiscale. Questa volta, a differenza di quanto accade nel *transfer price*, non si teme che il reddito venga veicolato attraverso singole operazioni verso altri ordinamenti, si teme che il rapporto di controllo nasconda un soggetto nella realtà residente nel nostro paese il quale, per conseguenza, nel nostro paese dovrebbe assolvere al proprio dovere contributivo.

Ebbene, cerchiamo dunque di far luce su tale presunzione, partendo da qualche rapida considerazione sulla residenza dei soggetti Ires.

Per comprendere come si destreggiano le disposizioni in punto di residenza⁽⁷²⁾ delle società, è necessario prendere le mosse dall'art. 73 TUIR, stando al quale si considera residente nel territorio dello Stato la società che, per la maggior parte del periodo d'imposta, abbia, nel territorio medesimo, la <<sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale>>.

Si tratta di criteri alternativi: la presenza di uno solo di essi è sufficiente per attrarre il soggetto nel novero dei soggetti fiscalmente residenti nel territorio dello Stato⁽⁷³⁾.

Tali criteri, come detto, devono sottostare altresì ad una condizione di carattere temporale: non basta verificare se la sede legale, la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale siano presenti in Italia, ma è necessario che questo criterio di collegamento si sia verificato per la maggior parte del periodo di imposta.

Quanto al criterio della sede legale, esso rappresenta un criterio formale: laddove la sede legale sia stabilita in Italia per la maggior parte del periodo di imposta, la residenza fiscale risulta automaticamente radicata in Italia.

Viceversa, i criteri della amministrazione e dell'oggetto principale sono criteri che richiedono uno sforzo maggiore ai fini della loro individuazione. Ciò per il semplice fatto che essi possono sganciarsi dal dato formale per configurare una diversa situazione concreta.

⁷² Sul tema si veda G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999; G. Melis, *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi. Profili critici e ipotesi ricostruttive*, Roma, 2008, p. 181 ss; R. Baggio, *Il principio di territorialità*, op. cit., p. 270 ss.

⁷³ Sembra in parte in contrasto con tale linea Cass., sez. III pen., sent. 23 febbraio 2012, n. 7080, in Corr. trib. n. 24/2012 p. 1882 ss, con nota di M. Pennesi - C. Benigni, *Esterovestizione: la sede dell'amministrazione determina la residenza fiscale*. Nella richiamata sentenza, la Suprema Corte sembra affermare che il criterio dell'oggetto principale è un criterio residuale, il quale entra in azione solamente nel caso in cui non scattano gli altri due criteri previsti dal legislatore.

Il primo dei due requisiti - il criterio della amministrazione - riguarda il luogo dal quale <<è governata l'attività>>⁽⁷⁴⁾, il secondo, invece, si riferisce al luogo nel quale l'attività di impresa è concretamente svolta⁽⁷⁵⁾.

È nella definizione dei requisiti poc'anzi citati che si innesta la presunzione di residenza introdotta dal nostro legislatore.

La presunzione di residenza in Italia fissata dall'art. 73, comma 5-bis, TUIR, introdotta dal legislatore con il d.l. 223/2006⁽⁷⁶⁾ al fine di contrastare i fenomeni di

⁷⁴ G. Zizzo, in G. Falsitta (a cura di), *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2010, p. 269.

⁷⁵ La valutazione attinente a questo criterio di collegamento può risultare problematica laddove il patrimonio delle società estere sia costituito essenzialmente da partecipazioni in società italiane. Ed infatti, nel caso in cui le partecipazioni si riferiscano a soggetti residenti in Italia, si potrebbe sostenere che l'oggetto principale ricade nel territorio italiano in quanto le società controllate sono società residenti nel nostro Stato. È chiaro che, nel procedere in tale direzione, l'oggetto principale della società sarebbe individuato non già con riferimento al luogo in cui è esercitata l'attività di *holding*, bensì con riferimento al luogo nel quale la società partecipata svolge la propria attività economica. Si tratta, lo sottolineiamo, di una tesi controversa, che lascia spazio anche a differenti soluzioni quali, per esempio, quella tratteggiata da G. MELIS, *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*, Roma, 2008, 245. Tale ultimo autore sostiene, sia pure segnalando posizioni maggiormente prudentziali della dottrina internazionalprivatistica, la linea argomentativa in base alla quale l'oggetto della società *holding*, della cui residenza si discute, non dipende dal luogo nel quale opera la società partecipata, bensì dal luogo nel quale si trova la partecipazione. Tale soluzione ci sembra condivisibile. Parimenti è stato osservato come la presenza nel territorio dello Stato della maggior parte dei beni non dovrebbe essere decisiva ai fini della valutazione della residenza poiché, nonostante questa circostanza, l'attività potrebbe comunque svilupparsi in modo prevalente all'estero (su questo aspetto, cfr G. Zizzo, *op. cit.*, p. 270). Su questa linea si è espressa, sia pure con riguardo alla disciplina CFC, l'Amministrazione finanziaria con la Risoluzione n. 18/E del 29 gennaio 2003, affermando che <<Come si è riscontrato dall'esame del bilancio allegato all'istanza, (...), l'attività di detta società è limitata alla mera detenzione delle partecipazioni, tra cui quella nella Z do Brazil, conseguendo redditi (dividendi ed interessi) che non possono considerarsi "prodotti" ai fini di che trattasi nello Stato del Brasile. Tali redditi infatti, in quanto derivanti da una fonte produttiva (il capitale) situata in Lussemburgo, devono considerarsi essi stessi prodotti in Lussemburgo. Gli interessi pagati dalla società brasiliana e contabilizzati quali dividendi dalla controllata lussemburghese, in particolare, si considerano prodotti nello Stato del percipiente e, quindi, in Lussemburgo, in capo alla società che rientra nella fattispecie a fiscalità privilegiata di cui alla citata black list>>. Sulla necessità di distinguere il luogo nel quale l'attività viene esercitata dal luogo in cui sono localizzati i beni dell'impresa, si veda M. Antonini, *Note critiche sulla presunzione in tema di residenza fiscale di società ed enti introdotta dal DL 4 luglio 2006, n. 223*, in Riv. Dir. Trib., 2006, IV, p. 185. Si veda inoltre, sulla stessa linea, R. Baggio, *Il principio di territorialità*, *op. cit.*, p. 321-322; E. Iascone, *La residenza fiscale delle società: il caso delle holding di partecipazioni*, in Riv. dir. trib. 2008, V, p. 181.

⁷⁶ Sulle modifiche introdotte successivamente, ad opera dell'art. 82, comma 22, del d.l. 112/2008, il quale è intervenuto inserendo il comma 5-*quater*, si veda M. Greggi, *Recenti sviluppi e questioni di*

esterovestizione⁽⁷⁷⁾, infatti, non rappresenta un autonomo requisito, bensì incide direttamente sul requisito della sede della amministrazione⁽⁷⁸⁾. In altre parole, mediante la citata presunzione, il legislatore fissa una situazione nella quale l'amministrazione della società si considera esistente in Italia dimodoché il soggetto sia a sua volta considerato, ai fini fiscali, residente nel territorio dello Stato.

Le modalità con le quali la presunzione incide sulla residenza del soggetto sono ben evidenti dalla lettura della disposizione in parola la quale sancisce che <<Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa:

compatibilità comunitaria delle disposizione di contrasto alla "esterovestizione" societaria, in Rass. trib., 1/2009, p. 105 ss; G. Franson, Esigenze sistematiche e finalità antielusive della disciplina sui fondi immobiliari chiusi, in Corr. trib. 2008, p. 3858 ss. Tale nuova disposizione interviene - considerandole salvo prova contraria residenti in Italia - sulle società con sede legale all'estero che hanno la maggior parte del loro patrimonio investita in fondi di investimento immobiliare chiusi nel caso in cui siano controllate (direttamente o indirettamente) tramite società fiduciarie o interposta persona da soggetti residenti in Italia.

⁷⁷ Sul tema si veda A. Di Pietro - A. Carinci, *Un intervento in linea con l'Europa*, in Il Sole24ore del 18 agosto 2006; D. Stevanato, *La presunzione di residenza delle società esterovestite: prime riflessioni critiche*, in Corr. Trib., 2006, p. 2952 ss; M. Antonini, *Note critiche sulla presunzione in tema di residenza fiscale di società ed enti introdotta dal DL 4 luglio 2006, n. 223*, in Riv. Dir. Trib., 2006, IV, p. 178 ss; G. Marino - R. Lupi, *Quale valore sistematico per le nuove disposizioni sulla residenza in Italia delle "Holding estere"?*, in Dial. Dir. Trib., 2006, p. 1013 ss; A. Viotto, *Considerazioni di ordine sistematico sulla presunzione di residenza in Italia delle società holding estere*, in Riv. Dir. Trib., 2007, I, p. 269 ss. Si vedano inoltre gli scritti raccolti in E.M. Bagarotto (a cura di), *La presunzione di residenza fiscale delle società <<esterovestite>>*, Padova, 2008 (scritti rielaborati ed ampliati del convegno intitolato <<La nuova presunzione di residenza delle società estere>>, tenutosi in data 9 febbraio 2007 presso la sede di Treviso della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova); M. Greggi, *Recenti sviluppi e questioni di compatibilità comunitaria delle disposizione di contrasto alla "esterovestizione" societaria*, in Rass. trib., 1/2009, p. 105 ss. Sui profili penal-tributari, si veda I. Caraccioli, *Applicazioni giurisprudenziali tributarie dell' "esterovestizione": preliminari considerazioni penalistiche a futura memoria*, in Riv. Dir. Trib., 2008, 104 ss; L. Tosi, *I profili penali della norma sulla esterovestizione*, in E. M. Bagarotto (a cura di), op. cit., p. 113 ss.

⁷⁸ Il criterio della sede della amministrazione è un criterio molto importante e molto valorizzato anche dalla giurisprudenza. È sulla base di questo criterio che anche la più recente giurisprudenza, a prescindere dalla presunzione e dunque sulla base delle regole generali, ha risolto questioni attinenti alla residenza di importanti società. Si veda, da ultimo, Cass. Penale, sent. 28 febbraio 2012, n. 7739, sez. II (caso Dolce e Gabbana).

a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato; b) sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato>>.

La presunzione di residenza qui sopra richiamata opera, dunque, con riferimento alle *holding* estere che controllano ai sensi dell'art. 2359, 1° comma, cod. civ. una società residente in Italia nel caso in cui la stessa *holding* sia controllata, anche indirettamente, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, cod. civ. da soci residenti in Italia oppure, in alternativa, sia amministrata da un organo amministrativo prevalentemente composto da persone residenti in Italia.

Tale presunzione si configura come presunzione relativa ed incide, come detto, sul criterio di collegamento dato dalla sede dell'amministrazione⁽⁷⁹⁾. Altrimenti detto, salvo prova contraria, laddove sussistano i requisiti anzidetti, la sede dell'amministrazione si considera esistente in Italia e la *holding* diventa, *de plano*, soggetto residente, con tutte le conseguenze che da tale qualifica normalmente derivano⁽⁸⁰⁾.

⁷⁹ È interessante osservare, tra l'altro, come il criterio di collegamento relativo alla sede della amministrazione potesse determinare difficoltà nella sua identificazione proprio con riferimento alle attività economiche sviluppate sotto forma di gruppi di società. Il problema infatti sorgeva (e sorge tuttora nei casi in cui, per mancanza di un requisito, non operi la presunzione) nel momento in cui si deve identificare, in una struttura di gruppo collocata su un livello transnazionale, da dove provengano gli impulsi volitivi. Spesso, invero, ci si scontra con situazioni nelle quali vi è una importante interferenza da parte del soggetto controllante nelle decisioni attinenti alle controllate. In questa prospettiva, non è sempre agevole stabilire se l'organo amministrativo della controllata sia indipendente o fino a dove <<gli organi amministrativi della controllata possano essere privati delle proprie funzioni decisionali tipiche senza determinare l'attrazione della residenza della controllata nello stato della controllante>> (così, G. Melis, *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*, Roma, 2008, p. 231).

⁸⁰ Oltre a dover dichiarare in Italia i redditi ovunque prodotti, si renderanno applicabili tutte le disposizioni fiscali che il legislatore ha previsto per i soggetti fiscalmente residenti in Italia. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla possibilità di aderire alla disciplina di consolidato fiscale sia come consolidante che come consolidata, alla applicabilità delle disposizioni in punto di società non

La scelta di innestare la presunzione proprio sul criterio della sede dell'amministrazione non è casuale. Si tratta invero di criterio riconosciuto come criterio di collegamento principale anche nell'ambito del diritto internazionale, basti pensare al fatto che, nel caso di doppia residenza, tale criterio viene adoperato dalle stesse convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione per dirimere i conflitti di residenza. La sede dell'amministrazione, in altri termini, viene adoperata come *tie breaker rule* ⁽⁸¹⁾.

La presunzione in parola è stata ampiamente indagata in dottrina e, nonostante ad essa sia stato attribuito un carattere di ragionevolezza⁽⁸²⁾, sono stati molteplici i profili di criticità sollevati⁽⁸³⁾.

operative eccetera. La mancata perdita della residenza fiscale in caso di trasferimento della sede all'estero, dovuta alla operatività della presunzione di residenza fa inoltre in modo che non si renda applicabile l'art. 166 Tuir, recante la disciplina della *exit tax*.

⁸¹ Tali aspetti sono chiaramente evidenziati da A. Di Pietro - A. Carinci, *Un intervento in linea con l'Europa*, in Il Sole 24 Ore del 19 agosto 2006, i quali evidenziano come la scelta di incidere sul criterio della sede dell'amministrazione sia <<una scelta necessitata, dal momento che tale criterio è quello assolutamente prevalente, determinante, nella prassi convenzionale, laddove il diverso criterio dell'attività principale - (...) - riveste invece un'utilità marginale. Tant'è che, in ultima analisi, l'opportunità dell'intervento sta proprio nella sostanziale inoperatività, alla stregua dell'esperienza convenzionale, del criterio espresso dal luogo dell'attività principale>>; si veda altresì R. Schiavolin, *Aspetti sistematici della norma*, in E. M. Bagarotto (a cura di), *La presunzione di residenza fiscale delle società <<esterovestite>>*, op. cit., p. 35.

⁸² Ragionevolezza nel senso che le situazioni da essa attratte sono situazioni che ben possono denotare un collegamento con il territorio dello Stato. Su tale aspetto si veda A. Di Pietro - A. Carinci, *Un intervento in linea con l'Europa*, op. cit., i quali sostengono che <<Le circostanze valorizzate, alla stregua dell'esperienza, rendono ragionevole ipotizzare che le decisioni fondamentali sulla gestione dell'impresa sono assunte in Italia. L'effetto della presunzione è solo di rendere tali circostanze di per sé sufficienti e così riversare sul contribuente l'onere di dimostrare che, nonostante queste circostanze, la sede effettiva, da cui promanano le decisioni chiave sul piano gestorio, è da localizzare altrove (ovvero, come chiarisce la Relazione tecnica, <<che la collocazione della controllata non sia puramente formale>>>>. Sulla ragionevolezza della presunzione si è espresso altresì D. Stevanato, *La presunzione di residenza delle società estero vestite: prime riflessioni critiche*, in Corr. Trib., 2006, p. 2953; si veda inoltre G. Melis, *Il trasferimento della residenza fiscale*, op. cit., p. 384 ss, dove l'Autore si occupa dei profili di costituzionalità. In questa sede, l'Autore evidenzia come l'inferenza legislativa possa dirsi ragionevole. Sulla stessa linea, R. Baggio, *Il principio di territorialità*, op. cit., p. 327 ss.

⁸³ Problematica risulta infatti già la identificazione dell'ambito applicativo della presunzione. La dottrina si è invero interrogata sui requisiti del controllo richiesti, domandandosi, in particolare, se essi debbano essere intesi altresì nel senso strettamente letterale dei termini riportati dalla

Innanzitutto, le diverse posizioni emerse in dottrina sulla natura della presunzione denotano come la stessa potrebbe essere inquadrata tra quelle disposizioni che autorevole dottrina definisce come disposizioni aventi natura “ibrida”⁽⁸⁴⁾.

In dottrina troviamo infatti chi sostiene la natura procedimentale della disposizione⁽⁸⁵⁾, ma troviamo altresì chi sostiene una sua <<indubbia valenza sostanziale>>⁽⁸⁶⁾.

D’altro canto, sono innumerevoli gli aspetti che potrebbero deporre in entrambe le direzioni dimodoché una classificazione automatica risulterebbe alquanto problematica⁽⁸⁷⁾.

disposizione oppure se debba essere aperto lo spazio altresì nei confronti delle situazioni nelle quali governa un controllo fattuale. E ancora, ci si è chiesti se i requisiti di controllo debbano essere verificati al termine del periodo di imposta di riferimento. Per l’esame delle diverse posizioni assunte dalla dottrina, si vedano i lavori citati nelle note precedenti.

⁸⁴ Sul carattere “ibrido” delle norme sulle prove, si vedano le considerazioni di G.Falsitta, *Manuale di Diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2010, p. 89 ss. L’Autore, dopo aver classificato le disposizioni tributarie in disposizioni sostanziali e procedurali, evidenzia come le disposizioni sulle prove presentino spesso un carattere ibrido tale da assumere una natura para-sostanziale. Da tale natura para-sostanziale emerge che <<per esse non vale la regola di efficacia della legge nel tempo espressa dal principio tempus regit actum>>. A ciò l’Autore aggancia altresì l’impossibilità di applicare retroattivamente le disposizioni in parola, sottolineando come tale applicazione porterebbe ad una evidente violazione del diritto di difesa ex art. 24 Cost. In questa prospettiva, a p. 91, l’Autore afferma che <<se le nuove norme introducono oneri probatori, a carico del contribuente o limitazioni nell’utilizzo delle prove, oneri e limiti inesistenti prima che le nuove disposizioni entrassero in vigore, pretendere di far valere per queste nuove disposizioni la regola del tempus regit actum consentendone l’applicazione a periodi di imposta e a presupposti di imposta anteriori alla loro entrata in vigore significa costringere il contribuente ad addurre prove (per lo più documentali, atteso il divieto di prova testimoniale) che egli non era tenuto a preconstituire al momento di perfezionamento della fattispecie sostanziale del tributo. La tesi qui contestata può condurre alla totale impossibilità di addurre quella prova contraria che le nuove presunzioni legali relative hanno posto a carico del contribuente; la sua collisione con l’art. 24 della Costituzione è evidente>>. A titolo di esempio l’Autore richiama, tra altre ipotesi, proprio la presunzione di residenza delle holding di cui stiamo discutendo (vedi nota 9, punto 3)).

⁸⁵ Sul punto si veda T. Tassani, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Milano, 2007, p. 257, n. 52; E.M. Bagarotto, *Considerazioni introduttive in ordine alla presunzione di residenza in Italia delle società c.d. esterovestite*, in E.M. Bagarotto (a cura di), *La presunzione di residenza fiscale delle società <<esterovestite>>*, Padova, 2008, p. 10-11.

⁸⁶ Cfr G. Melis, *Il trasferimento della residenza fiscale nell’imposizione sui redditi*, Roma, 2008, p. 355.

⁸⁷ La difficoltà di inquadramento della disposizione viene evidenziata anche da L. Tosi, *I profili penali*, in E. M. Bagarotto, op. cit., p. 118-119. L’Autore, infatti, sia pure propendendo per la soluzione stando alla quale la disposizione sarebbe inquadrabile tra le disposizioni sulla prova, evidenzia

Infatti, se si ragiona sulle motivazioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre la presunzione, si può osservare come essa sia stata introdotta al fine di contrastare i fenomeni di esterovestizione delle *holding*. In altre parole, il legislatore intendeva evitare che le *holding* venissero collocate all'estero al fine di beneficiare di regimi di *participation exemption* maggiormente favorevoli rispetto a quello previsto in Italia nel momento della cessione di partecipazioni⁽⁸⁸⁾. Si tratta di presunzione che opera laddove il collegamento con il territorio dello Stato è piuttosto evidente (è richiesta infatti una "doppia linea di collegamento" con il territorio italiano: la *holding* deve controllare una società residente nel territorio dello Stato, ma deve anche essere controllata - o amministrata - da soggetti a loro volta residenti in Italia⁽⁸⁹⁾) ed è volta a facilitare il compito del Fisco. È evidente infatti che, come accennato più sopra, il Fisco avrebbe potuto comunque intercettare la sede dell'amministrazione in Italia. Ciò nonostante, in mancanza della presunzione ed in mancanza della

come, di fatto, vi siano elementi altresì per sostenere che, dal punto di vista sostanziale, la presunzione potrebbe essere ascritta a quelle norme che incidono sulla <<definizione del concetto giuridico di residenza ai fini fiscali, integrandola>>.

⁸⁸ Collocandosi all'estero, la società controllante poteva - in caso di regimi più favorevoli per la cessione di partecipazioni - procedere alla vendita di partecipazioni o quote in un sistema di *participation exemption*, come detto, più vantaggioso dal punto di vista fiscale. Proprio su questo aspetto, parte della dottrina ha evidenziato come, nella realtà, la presunzione sia stata inserita in un sistema che aveva comunque già inserito nelle proprie maglie un sistema di *participation exemption* (nel nostro paese, infatti, già a partire dal 2004 era entrato in vigore in nuovo sistema di *exemption*). Peraltro si trattava comunque di regime soggetto a particolari requisiti (cfr art. 87 Tuir) e che, quasi fin da subito, non prevedeva esclusioni totali da imposizione come avveniva in altri paesi. Ecco dunque che permaneva, anche dopo l'introduzione della *pex*, la convenienza nell'allocare all'estero società *holding*. Su questi aspetti si veda M. Greggi, *Recenti sviluppi e questioni di compatibilità comunitaria delle disposizioni di contrasto alla "esterovestizione" societaria*, in *Rass. trib.*, 1/2009, p. 105 ss.

⁸⁹ In dottrina è stata in più occasioni sottolineata l'incapacità di determinare l'*id quod plerumque accidit* quando la presunzione è agganciata al controllo della *holding* da parte di soci residenti in Italia e non alla amministrazione da parte di amministratori residenti in Italia. Sul punto si veda chiaramente G. Melis, *Il trasferimento della residenza op. cit.*, p. 353, dove l'Autore afferma che <<Più corretta sotto il profilo sistematico è la seconda ipotesi considerata, che presume la residenza fiscale in Italia allorquando la maggior parte dei membri del consiglio di amministrazione sia formata da soggetti residenti nel territorio dello Stato, trattandosi proprio dei soggetti istituzionalmente deputati ad assumere quelle decisioni in cui si concreta la "sede dell'amministrazione" dell'ente collettivo>>.

inversione dell'onere della prova siccome determinato dalla novella legislativa, il compito sarebbe stato senza dubbio più arduo⁽⁹⁰⁾. Soprattutto alla luce delle innovazioni tecnologiche che permettono oggi di agire a distanza e di indire riunioni senza che gli organi amministrativi si riuniscano concretamente in un luogo fisico.

La presunzione è stata dunque introdotta, con funzione antielusiva⁽⁹¹⁾, per facilitare il compito della Amministrazione finanziaria che, a questo punto, deve solo dimostrare l'esistenza dei presupposti messi alla base della presunzione⁽⁹²⁾. Si tratta, in altre parole, di uno dei molti casi⁽⁹³⁾ nei quali, per risolvere problematiche che coinvolgono paesi diversi, il legislatore inverte onere della prova⁽⁹⁴⁾.

⁹⁰ Sul punto, si veda R. Schiavolin, *Aspetti sistematici della norma*, in E. M. Bagarotto, op. cit., p. 31, 39 e 40. In particolare, a p. 40 l'Autore evidenzia come <<Poiché queste nuove norme non si pongono come deroghe ai principi di diritto sostanziale, ma solo come facilitazioni probatorie per l'Amministrazione finanziaria rispetto a situazioni che giustificano la presunzione di localizzazione in Italia della sede dell'amministrazione, ai soggetti passivi occorrerà dimostrare che le decisioni concernenti la gestione sono effettivamente prese fuori del territorio italiano>>.

⁹¹ Sulla funzione antielusiva, si veda A. Di Pietro – A. Carinci, *Un intervento in linea con l'Europa*, op. cit.; A. Viotto, *Considerazioni di ordine sistematico sulla presunzione di residenza in Italia delle società holding estere*, in Riv. Dir. Trib., 2007, I, p. 271; E. M. Bagarotto, *Considerazioni introduttive in ordine alla presunzione di residenza in Italia delle società c.d. estero vestite*, op. cit., p. 17; M. Greggi, *Recenti sviluppi e questioni di compatibilità comunitaria delle disposizioni di contrasto al fenomeno della cosiddetta "esterovestizione" societaria*, in Rass. trib., 1/2009, p. 105 ss; in tal senso si è espressa anche la Commissione Biasco nella sua Relazione finale; colloca la disposizione nel novero delle disposizioni antievasive, invece, G. Melis, *Il trasferimento della residenza*, op. cit., p. 248, nota 32, sostenendo che si tratta di disposizione la quale intende superare una situazione di "residenza estera meramente apparente" che occulta l' "esatta dimensione del presupposto"; sulla base delle medesime considerazioni, le disposizioni sulla esterovestizione vengono considerate antievasive anche da M. Barassi, *Profili comparati della residenza fiscale delle società. La esterovestizione*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla Relazione Biasco alla Finanziaria 2008, Quaderni della Rivista di Diritto Tributario*, Milano, 2008, p. 318-319.

⁹² Cfr A. Viotto, *Considerazioni di ordine sistematico sulla presunzione di residenza in Italia delle società holding estere*, in Riv. Dir. Trib., 2007, I, p. 270, dove l'Autore afferma che la disposizione <<formalizza il ragionamento presuntivo, sollevando l'amministrazione finanziaria dall'onere motivazionale e probatorio in ordine al passaggio inferenziale dal fatto noto (controllo da parte di soci italiani e/o maggioranza di amministratori italiani) – la cui dimostrazione incombe pur sempre in capo all'Ufficio – al fatto ignoto (localizzazione della sede amministrativa in Italia)>>.

⁹³ Anche nelle disposizioni riguardanti i costi sostenuti nei rapporti con soggetti residenti in paesi a fiscalità privilegiata si configura, come vedremo, l'inversione dell'onere della prova. Ed infatti, non è

È vero anche però che la collocazione della presunzione, se deve essere qualificata tra le disposizioni procedurali, è alquanto infelice. La presunzione, invero, non è stata inserita nel decreto sull'accertamento, ma è stata inserita direttamente nel corpo dell'art. 73 Tuir. Essa incide, come detto, nella definizione dei presupposti affinché un soggetto possa essere qualificato quale soggetto residente nel territorio dello stato, dimodoché, in presenza dei requisiti, risulta difficile pensare che il contribuente non debba provvedere alla dichiarazione del reddito in Italia. In questo caso, dunque, il contribuente che si trovi nella situazione che fa scattare la presunzione, dovrebbe autonomamente procedere alla dichiarazione dei propri redditi in Italia.

Gli effetti collegati a tale classificazione sono di tutta evidenza poiché, laddove si abbracciasse la linea stando alla quale la disposizione è una disposizione procedurale, sarebbe il Fisco a doverla prendere in considerazione in fase di accertamento e non il contribuente a doverla considerare in fase di predisposizione

l'Amministrazione finanziaria che deve dimostrare la fittizietà delle operazioni, ma è il contribuente che, per poter dedurre il costo, deve passare obbligatoriamente attraverso la dimostrazione di una delle due esimenti previste dall'art. 110 Tuir. Anche nella disciplina *cfc*, poi, si assiste ad una sistematica inversione dell'onere della prova ed il contribuente è costretto, anche in questo caso, a dimostrare l'esistenza di specifiche cause esimenti. Su queste discipline si tornerà diffusamente *infra*, ci basta qui sottolineare che l'inversione dell'onere della prova rappresenta un sistema sempre più impiegato dal legislatore, specie laddove sono coinvolti nelle operazioni paesi esteri.

⁹⁴ L'inversione dell'onere della prova è uno strumento molto diffuso nelle operazioni che coinvolgono altri paesi. Ciò accade anche - come vedremo - anche per la deduzione dei costi sostenuti nell'ambito di operazioni con soggetti residenti in paradisi fiscali. È evidente però la differenza che sussiste tra quest'ultima ipotesi e la presunzione di residenza. In quest'ultimo caso, come già evidenziato, la presunzione opera anche se il paese di insediamento della *holding* è un paese a fiscalità ordinaria. Sulla tendenza ad invertire l'onere della prova al fine di porre rimedio a problematiche di diritto tributario internazionale, si veda G. Marino, *Le holding italiane nella concorrenza fiscale internazionale: cronaca di una morte annunciata*, in *Dialoghi Dir. Trib.*, 2006, p. 1016; Id., *Recessione internazionale e sostegno fiscale dell'economia: i <<Tremonti dividend>>*, in *Corr. Trib.*, 13/2009, p. 1064 ss, il quale evidenzia come la tendenza a "demonizzare" gli investimenti esteri finisca con il penalizzare anche gli investimenti "virtuosi"; Id., *Paradisi e paradossi fiscali. Il rovescio del diritto tributario internazionale*, Milano, 2009, p. 116 ss, dove l'Autore illustra gli oramai innumerevoli casi nei quali il legislatore, al fine di risolvere problematiche che coinvolgono altri paesi - in particolare paradisi fiscali - ha agito mediante l'inversione dell'onere della prova.

della propria scheda dichiarativa. Laddove, al contrario, si abbracciasse la linea della disposizione sostanziale, sarebbe il contribuente a doverla considerare già in sede dichiarativa.

Orbene, è vero che la logica sottostante la presunzione è, come detto, quella di facilitare il Fisco. È vero altresì, però, che, considerata la collocazione della disposizione e considerato il suo carattere specificatorio rispetto al criterio della sede dell'amministrazione, risulta difficile immaginare che il contribuente possa, in presenza dei requisiti preposti, ignorare la disposizione e non dichiarare i propri redditi in Italia. In tale ottica, pertanto, il contribuente dovrebbe procedere in autonomia alla applicazione della presunzione laddove non vi siano elementi che possono dimostrare che la sede della amministrazione è effettivamente collocata all'estero.

È evidente, però, che, in questa prospettiva, sarebbe stato maggiormente ragionevole introdurre la possibilità per il contribuente di presentare interpello specifico, in modo tale da poter intervenire *ex ante* e dare l'opportunità al contribuente medesimo di non attendere le pesanti conseguenze derivanti da un accertamento⁽⁹⁵⁾. Ciò a maggior ragione se solo si considera che la presunzione in

⁹⁵ In dottrina è stata prospettata l'ipotesi di agire mediante l'interpello ordinario di cui all'art. 11 dello Statuto del contribuente. Una soluzione in tal senso orientata è stata abbracciata da M. Trivellin, *Aspetti procedurali*, in E. M. Bagarotto, *La presunzione di residenza fiscale delle società <<esterovestite>>*, op. cit., p. 100. Ciò nonostante non è possibile non sottolineare come tale tipologia di interpello sia stata introdotta al fine di dirimere questioni attinenti alla interpretazione delle disposizioni e non già questioni fattuali, come del resto sono quelle riguardanti la residenza (con riguardo a tale aspetto, la dottrina da ultimo citata ha evidenziato come, in realtà, l'istituto dell'interpello ordinario sia stato impiegato anche problematiche non interpretative, bensì fattuali. In questa prospettiva, esso potrebbe essere impiegato anche per risolvere le problematiche attinenti alla presunzione di residenza con ciò ottenendo l'opportunità per il contribuente di instaurare una sorta di contraddittorio anticipato). Date le difficoltà legate all'impiego dell'interpello ordinario, parte della dottrina ha suggerito la possibilità di agire mediante *ruling internazionale* (eventualità tuttavia esclusa dalla amministrazione finanziaria mediante la Risoluzione n. 141/E del 10 aprile 2008). Sulla

parola si limita ad attrarre la residenza delle *holding* che soddisfano i requisiti di controllo/amministrazione più in alto richiamati, ma non si preoccupa di distinguere se la *holding* sia collocata in un paese a fiscalità ordinaria o a fiscalità privilegiata⁽⁹⁶⁾, non si preoccupa di verificare se effettivamente le situazioni contrastate dalla disposizione, nel caso specifico, possano concretamente realizzarsi⁽⁹⁷⁾ o di distinguere il caso in cui il paese di localizzazione della *holding* sia o meno un paese con il quale l'Italia ha stipulato una convenzione contro le doppie imposizioni⁽⁹⁸⁾.

inapplicabilità, nel caso della presunzione di residenza, dell'istituto dell'interpello ordinario e contrario altresì, viste le sue caratteristiche, all'impiego del *ruling* è D. Stevanato, *La presunzione di residenza, op. cit.*, p. 2952 ss. La stessa Amministrazione finanziaria ha escluso, mediante la Risoluzione n. 312/E del 5 novembre 2007, l'impiego dell'istituto dell'interpello ordinario ed ha escluso altresì l'utilizzabilità dell'interpello disapplicativo ex art. 37-bis, comma 8, dpr 600/1973. A conclusioni nel senso della inutilizzabilità, per la presunzione di residenza, dell'interpello ordinario arriva anche G. Melis, *Il trasferimento della residenza fiscale, op. cit.*, p. 411 ss. L'Autore, invero, dopo aver evidenziato come la procedura di interpello ordinario potrebbe essere attivata al fine di determinare l'idoneità di taluni elementi di fatto <<ad integrare in astratto gli elementi costitutivi della definizione dello status di residente>>, conclude nel senso che l'interpello ex art. 11 Statuto del contribuente mal si presta alla determinazione dello status di soggetto residente.

⁹⁶ Tale circostanza è stata spiegata in dottrina sostenendo che l'intento del legislatore è quello di attrarre come soggetti residenti tutti quei soggetti che fanno capo a centri decisionali italiani. In questa prospettiva, a nulla rileva il fatto che il paese di delocalizzazione sia un paese a fiscalità ordinaria o a fiscalità privilegiata (cfr. G. Melis, *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*, Roma, 2008, p. 347). Osservazioni in merito alla non rilevanza delle cc.dd. *black list* ai fini della disposizione in parola, si trovano anche in G. Marino, *Paradisi societari e paradisi fiscali: norme di contrasto o contrasto tra norme?*, in Riv. Dir. Trib., 2007, p. 967 ss.

⁹⁷ La presunzione, invero, si applica indipendentemente dal fatto che nel periodo di imposta si realizzi effettivamente una cessione di partecipazioni. Su tale aspetto, si vedano le critiche di A. Viotto, *op. cit.*, p. 280, il quale sottolinea come la presunzione in parola non dovrebbe applicarsi nei periodi di imposta in cui gli effetti contrastati dalla disposizione antielusiva non si verificano. In altre parole, la presunzione non dovrebbe applicarsi nei periodi di imposta antecedenti alla cessione delle partecipazioni poiché, in mancanza di cessione delle partecipazioni, non si verifica la sottrazione del reddito derivante dalla cessione collegata ad una disciplina di *exemption* maggiormente favorevole.

⁹⁸ Sulle interferenze tra convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni e presunzione di residenza, si veda M. Antonini, *Note critiche sulla presunzione in tema di residenza, op. cit.*, p. 194; A. Viotto, *op. cit.*, p. 278; R. Lupi, *Un'arma spuntata (in caso di convenzioni) e forse compatibile con la Pex*, in Dialoghi Dir. Trib., 2006, p. 1018; E. M. Bagarotto, *Considerazioni introduttive in ordine alla presunzione di residenza in Italia delle società c.d. estero vestite, op. cit.*, p. 12; M. Greggi, *Recenti sviluppi e questioni di compatibilità comunitaria, op. cit.*, p. 105 ss, in particolare par. 4.

Come è stato ampiamente rilevato in dottrina, infatti, tale presunzione è in grado di attrarre nel proprio spettro applicativo solamente una piccola parte di situazioni che denotano localizzazioni fittizie all'estero⁽⁹⁹⁾ e, allo stesso tempo, rischia di ricomprendere situazioni che, al contrario, con le localizzazioni fittizie non hanno nulla a che spartire⁽¹⁰⁰⁾. In quest'ottica, infatti, si può facilmente rilevare come la presunzione in parola non sia in grado di attrarre situazioni nelle quali la *holding* estera sia amministrata dall'Italia e detenga partecipazioni in società estere (e non già in società italiane). Anche in questo caso, però, sussisterebbero le medesime necessità di contrasto⁽¹⁰¹⁾ alla esteroinvestizione. Allo stesso tempo, la presunzione attrae come soggetti residenti nel territorio dello Stato altresì *holding* che esercitano non solo l'attività di gestione di partecipazioni bensì un'attività industriale effettiva nell'altro stato. E questo accade per il semplice fatto che la *holding*, tra le altre attività, detiene una partecipazione di maggioranza in una società residente. Ciò - si badi - indipendentemente dal peso che rappresenta la partecipazione sull'intero patrimonio e, dunque, anche nel caso in cui la partecipazione rappresenti solo una minima parte del patrimonio della società collocata all'estero⁽¹⁰²⁾.

⁹⁹ Sul fatto che la disposizione in parola non intenda precludere la localizzazione all'estero di strutture vere e proprie bensì la localizzazione all'estero di *holding* esteroinvestite, si veda A. Viotto, op. cit., p. 272; E.M. Bagarotto, *Considerazioni introduttive in ordine alla presunzione di residenza in Italia delle società c.d. estero vestite*, in Id. (a cura di), *La presunzione di residenza fiscale delle società <<estero vestite>>*, Padova, 2008, 11; R. Schiavolin, *Aspetti sistematici della norma*, op. cit., p. 41.

¹⁰⁰ Tale aspetto è stato chiaramente sottolineato nelle conclusioni dell'articolo di M. Antonini, op. cit., il quale, a pag. 196, ha affermato che <<Si tratta di norma miope che, da un lato tende a colpire situazioni in cui non sussiste alcun intento elusivo, dall'altro è incapace di attrarre nel suo ambito di applicazione situazioni "patologiche". (...) Per quanto riguarda le seconde, si ipotizzi il caso di una *holding* estera che possieda una sola partecipazione, del 49 per cento, in una società italiana. In tal scenario, anche se il rimanente 51 per cento della partecipazione fosse posseduto dal soggetto italiano che a sua volta controlla la *holding* estera, quest'ultima non sarebbe comunque considerata fiscalmente residente in Italia>>.

¹⁰¹ Anche queste società potrebbero essere collocate all'estero per sottrarre base imponibile allo stato italiano, come osserva puntualmente A. Viotto, *Considerazioni di ordine sistematico*, op. cit., p. 276.

¹⁰² Tali aspetti sono stati fortemente criticati dalla dottrina. Sul punto si vedano infatti le considerazioni di M. Antonini, *Note critiche sulla presunzione in tema di residenza fiscale*, op. cit., p. 188;

Questi ed altri elementi hanno sollevato dubbi sulla proporzionalità della disciplina⁽¹⁰³⁾ e sulla sua corretta applicazione.

È vero che non vi sono limitazioni espresse sui mezzi utilizzabili per offrire la prova contraria, dimodoché il contribuente dovrebbe poter procedere, oltre che mediante la prova documentale, anche mediante la prova basata su argomenti presuntivi⁽¹⁰⁴⁾; ciò nondimeno, la previsione di specifici strumenti di interpello preventivo avrebbe probabilmente bilanciato in modo più corretto il rapporto Fisco-contribuente⁽¹⁰⁵⁾.

Proprio la possibilità di offrire la prova contraria ha fatto sì che la disposizione fosse valutata nel senso della sua compatibilità altresì con le regole comunitarie⁽¹⁰⁶⁾. Il

A. Viotto, *Considerazioni di ordine sistematico*, op. cit., p. 277, il quale evidenzia come la disposizione, sotto questo profilo, si dimostri poco selettiva. Si veda altresì D. Stevanato, *La presunzione di residenza delle società esterovestite: prime riflessioni critiche*, in *Corr. trib.* 2006, p. 2957.

¹⁰³ A. Viotto, *Considerazioni di ordine sistematico*, op. cit., p. 279

¹⁰⁴ In questo senso, si veda E. M. Bagarotto, *Considerazioni introduttive in ordine alla presunzione di residenza in Italia delle società c.d. estero vestite*, op. cit., p. 14. Così anche la Commissione Biasco, nella Relazione finale.

¹⁰⁵ Su questi aspetti si vedano anche le considerazioni svolte da M. Greggi, *Recenti sviluppi e questioni di compatibilità comunitaria*, op. cit., p. 105 ss, il quale evidenzia come la mancanza di un procedimento specifico, come ad esempio quello previsto dalla normativa sulle *cfc*, crei problematiche che possono incidere altresì sulla compatibilità comunitaria della disciplina. Tale compatibilità, essendo strettamente agganciata alla possibilità per il contribuente di offrire la prova contraria, risente della disciplina che non ha positivizzato, a livello procedimentale, gli strumenti e le modalità che il contribuente può fare propri per uscire dall'ambito applicativo della presunzione relativa di residenza in Italia. Sugli aspetti procedurali connessi alla applicazione della disciplina, si veda M. Trivellin, *Profili procedurali di diritto interno conseguenti alla nuova presunzione di residenza in Italia delle società (art. 73, comma 5-bis, del Tuir)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, I, p. 639.

¹⁰⁶ Sulla compatibilità rispetto al diritto comunitario, si veda A. Di Pietro - A. Carinci, *Un intervento in linea con l'Europa*, op. cit. Si veda inoltre G. Bizioli, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Quaderni della Rivista di Diritto Tributario, Milano, 2008, p. 252-253. L'Aurore evidenzia come la disposizione in parola, se vista come disposizione volta a contrastare comportamenti abusivi, risulti non proporzionale, in quanto applicabile indipendentemente dal fatto che lo stabilimento nell'altro stato della *holding* sia fittizio o privo di rilevanza economica. Specifica inoltre che attrarre la residenza sulla base del criterio dettato dal comma 5-bis lett. b) (residenza degli amministratori) risulta compatibile con le libertà fondamentali, giacché il criterio di collegamento intercettato dalla presunzione di residenza si sostanzia come una specificazione legale di un presupposto costitutivo della residenza ex art. 73 Tuir. Tale qualificazione, però, secondo il richiamato autore, non può essere estesa al criterio di cui al punto a) dell'art. 5-bis (criterio del controllo), dimodoché il risultato

fatto che, mediante tale presunzione, viene colpita la localizzazione all'estero delle partecipazioni ben potrebbe, infatti, coinvolgere due delle libertà fondamentali sancite dal Trattato, vale a dire la libertà di stabilimento e la libertà di circolazione dei capitali⁽¹⁰⁷⁾.

Vi è stato, però, in dottrina, chi ha sollevato taluni dubbi di coerenza con il sistema comunitario laddove la presunzione di residenza venga valutata al fianco della direttiva comunitaria in materia di riorganizzazioni societarie (il riferimento va alla Direttiva n. 434/90⁽¹⁰⁸⁾). In questa prospettiva, è stato infatti rilevato come la presunzione di residenza risulterebbe applicabile anche nel caso in cui la struttura di gruppo derivi proprio da operazioni di conferimento di partecipazioni tra soggetti intracomunitari. Operazioni, queste ultime, considerate neutrali. Ebbene, l'applicazione della presunzione di residenza a situazioni di controllo che hanno

ottenuto è quello del trattamento uguale per situazioni differenti. Da ciò l'Autore ricava che tale situazione non risulta giustificabile (nonostante la possibilità di offrire la prova contraria) perché il legislatore non individua i casi nei quali lo stabilimento nell'altro stato della *holding* è una costruzione fittizia. Nel senso della compatibilità con le regole comunitarie si è espressa anche la Commissione Biasco, nella Relazione finale, affermando che <<La soluzione può, (...), secondo la Commissione, essere considerata compatibile con l'ordinamento comunitario, nonostante i dubbi che sono stati sollevati, secondo i quali il regime italiano restringerebbe la libertà di stabilimento e quella di circolazione dei capitali. Si tratta di costruzione fittizia e non di arbitraggio fiscale, il contrasto alla quale è considerato compatibile con l'ordinamento comunitario dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza Cadbury-Schweppes); la restrizione potrebbe essere giustificata proprio per le finalità antielusive del regime italiano>>. Sempre sulla compatibilità della presunzione con le regole comunitarie, si veda il lavoro di M. Greggi, *Recenti sviluppi e questioni di compatibilità comunitaria*, op. cit., p. 105 ss, in particolare, si veda par. 3 e 5, il quale evidenzia chiaramente come la compatibilità con i principi del diritto comunitario debba essere valutata sulla base della concreta applicazione della disciplina e, in particolare, delle modalità concesse al contribuente per l'assolvimento dell'onere della prova.

¹⁰⁷ Su tali aspetti, si veda G. Bizioli, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Quaderni della Rivista di Diritto Tributario, Milano, 2008, p. 248

¹⁰⁸ Sull'argomento si veda A. Fedele, *Riorganizzazione delle attività produttive e imposizione tributaria*, Riv. Dir. trib. 5/2000, p. 485 ss; A. Carinci, *Le riorganizzazioni societarie e le imposte sui redditi. Il regime comunitario*, in A. Di Pietro (a cura di), *Lo stato della fiscalità nell'Unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, Tomo II, 2003, p. 509 ss.

trovato la loro genesi a seguito di operazioni intracomunitarie espressamente considerate neutrali risulterebbe poco coerente⁽¹⁰⁹⁾.

In definitiva, alla luce di quanto finora esposto, possiamo affermare che la presunzione di residenza in parola, nonostante denoti profili di ragionevolezza nell'individuazione dei presupposti applicativi e nonostante sia stata valutata nel senso della compatibilità comunitaria, genera non poche problematiche per i soggetti i quali intendano, anche per motivi meramente economici, sviluppare la loro attività su scala transnazionale.

Il problema, come è evidente, emerge per i gruppi di società. Non importa che essi siano strutturati in tal modo per esigenze economiche, finanziarie o comunque per altre esigenze extrafiscali. La presunzione in parola, invero, non si preoccupa di valutare tali aspetti. Essa si limita ad attrarre in Italia il reddito del soggetto qualora vi siano specifiche situazioni di controllo. È vero che il contribuente ha la facoltà di addurre la prova contraria, dimostrando che gli impulsi volitivi non provengono dall'Italia bensì dal paese di stabilimento. È altresì vero, però, che non è sempre agevole per il contribuente offrire tale prova. Basti pensare ai casi nei quali le decisioni vengono prese per via telematica e le riunioni del consiglio di amministrazione avvengono in videoconferenza⁽¹¹⁰⁾. O, ancora, ai casi nei quali le riunioni avvengono realmente in un altro Stato, ma esse sono accompagnate da

¹⁰⁹ Tale problematica è stata sollevata da A. Viotto, *Considerazioni di ordine sistematico sulla presunzione di residenza*, *op. cit.*, p. 273 ss. Tali argomenti sono stati altresì ripresi da E. M. Bagarotto, *Considerazioni introduttive in ordine alla presunzione di residenza in Italia delle società c.d. estero vestite*, *op. cit.*, p. 27 ss; Id., *La residenza delle società nelle imposte dirette alla luce della presunzione di "esterovestizione"*, in Riv. Dir. Trib., 2008, I, p. 1184.

¹¹⁰ Sulla "crisi" del concetto di sede dell'amministrazione a causa della sempre più pregnante innovazione tecnologica, si veda A. Ballancin, *Note in tema di esterovestizione societaria tra criteri costitutivi della nozione di residenza fiscale e l'interposizione elusiva di persona*, in Riv. Dir. Trib., 2008,, p. 975 ss. Su tali aspetti si veda anche P. Valente - I. Caraccioli, *Ancora su residenza ed esterovestizione: ulteriori considerazioni sulle sentenze della Comm. trib. prov. di Belluno*, in Riv. Dir. Trib., 2008, p. 124 ss.

precedenti comunicazioni. Insomma, offrire la prova contraria può risultare un compito assai arduo per il contribuente, dimodoché anche le scelte di delocalizzazione ben potrebbero essere influenzate negativamente.

Del resto, tale difficoltà di dimostrare la sede della amministrazione è evidente non solamente quando opera la presunzione, ma ogni volta che si ha a che fare con gruppi di società nei quali vi è interferenza nelle decisioni gestionali attinenti alle società controllate.

Tale problematica, infatti, sorge nel momento in cui si deve identificare, in una struttura di gruppo collocata su un livello transnazionale, da dove provengano gli impulsi volitivi. Spesso, invero, ci si scontra con situazioni nelle quali vi è una importante interferenza da parte del soggetto controllante nelle decisioni attinenti alle controllate e, in questa prospettiva, non è sempre agevole stabilire se l'organo amministrativo della controllata sia indipendente o fino a dove <<gli organi amministrativi della controllata possano essere privati delle proprie funzioni decisionali tipiche senza determinare l'attrazione della residenza della controllata nello stato della controllante>>⁽¹¹¹⁾. Ciò spesso avviene nel caso in cui, da parte del soggetto controllante, vi è una attività di direzione e coordinamento nei confronti delle società controllate⁽¹¹²⁾.

¹¹¹ Così, G. Melis, *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*, Roma, 2008, p. 231. Su tali aspetti si veda altresì la recente Cass., sez. III pen., sent. 23 febbraio 2012, n. 7080, in Corr. trib. n. 24/2012 p. 1882 ss, con nota di M. Pennesi – C. Benigni, *Esterovestizione: la sede dell'amministrazione determina la residenza fiscale*.

¹¹² Su tali aspetti si veda P. Valente, *Esterovestizione e eterodirezione: equilibri(smi) tra sede di direzione e coordinamento, direzione unitaria e sede di direzione effettiva*, in Riv. dir. trib., 2010, IV, p. 231 (commento alla sentenza 1° luglio 2009 – 11 agosto 2009, n. 197, della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia). Nel caso affrontato dalla sentenza di Reggio Emilia, l'amministrazione finanziaria, avendo individuato la direzione e coordinamento svolta in Italia nei confronti di una *branch* elvetica, desumono che in Italia vi sia altresì la sede di direzione effettiva. Di conseguenza, l'Amministrazione finanziaria desume la residenza in Italia della richiamata *branch* elvetica. L'Autore poc'anzi

2.5. Le disposizioni riguardanti la (in)deducibilità dei costi sostenuti nei rapporti con soggetti residenti in territori a fiscalità privilegiata.

Tra le disposizioni messe in campo dal nostro legislatore nell'ottica di contrastare la delocalizzazione del reddito, troviamo la disciplina riguardante la indeducibilità dei componenti negativi derivanti da operazioni con imprese domiciliate in territori a fiscalità privilegiata.

La disposizione alla quale poniamo riferimento è racchiusa nell'art. 110 Tuir ed è una disposizione che ha formato oggetto, dopo la sua introduzione, di importanti modifiche le quali hanno inciso pesantemente sull'ambito applicativo della stessa oltre che, come vedremo, sulla sua stessa funzione⁽¹¹³⁾. Ed infatti, da disposizione

richiamato, criticando tale orientamento, fa leva sulla distinzione tra l'attività di direzione e coordinamento e l'attività di direzione effettiva. Solamente quest'ultima, secondo il citato Autore, è in grado di determinare l'esterovestizione della controllata estera. In altre parole, per presumere la residenza in Italia di una controllata estera, non è sufficiente far leva sulla attività di mera direzione e coordinamento svolta dalla controllate. Questa attività, invero, <<si manifesta in direttive di indirizzo di tipo gestionale della controllante, è principalmente diretta a consentire e verificare che le società partecipate svolgano le specifiche funzioni imprenditoriali ad esse assegnate all'interno del gruppo in forma coordinata e, comunque, orientata al soddisfacimento degli obiettivi unitari del gruppo di appartenenza. Tale obiettivo, pertanto, legittima la sovra ordinazione della controllante, fondata sulla concreta esplicazione ed esplicitazione di una pluralità di atti contraddistinti e fatti ispirati da volontà unitaria>>. Al contrario, l'attività di direzione nella quale si identifica l'attività di amministrazione rilevante ai fini della residenza del soggetto <<si estrinseca nella identificazione delle modalità imprenditoriali che consentono alle singole legal entities partecipate il conseguimento degli obiettivi strategici di più alto livello ad esse assegnati dalla società controllante e la realizzazione, in tal modo, del più ampio disegno imprenditoriale del gruppo di appartenenza>>.

¹¹³ Sulla disciplina in questione si veda, senza pretesa di esaustività, G. Maisto, *Il regime tributario delle operazioni intercorrenti tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato*, in Riv. Dir. trib. 1991, I, p. 757 ss; R. Cordeiro Guerra, *Prime osservazioni sul regime fiscale delle operazioni concluse con società domiciliate in paesi o territori a bassa fiscalità*, in Riv. Dir. trib. 1992, I, p. 277 ss; G. Zizzo, *Regole generali sulla determinazione del reddito d'impresa*, in F. Tesauro (a cura di), *Imposta sul reddito delle persone fisiche. Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, Torino, 1994, p. 582 ss; G. Moschetti, *Di un caso di "sproporzionato" rigore interpretativo: a proposito di costi con imprese site in Paradisi fiscali e di possibilità correttive*, in Riv. Dir. trib. 2006, I, p. 971 ss; E. Belli Contarini, *Punti fermi (e non) in tema di deducibilità delle spese relative ad operazioni con soggetti residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata*, in Riv. Dir. trib. 2007, I, p. 795 ss; M. Poggioli, *Il carattere "preventivo" del ruling in*

applicabile ai rapporti infragruppo, le modifiche introdotte nel 2000 hanno trasformato tale disposizione in una disposizione applicabile indipendentemente dalla esistenza di rapporti di controllo tra i soggetti che realizzano le operazioni transnazionali. In questo senso sono intervenute, per l'appunto, le modifiche operate dalla l. 21 novembre 2000, n. 342.

La disciplina in parola è diversa dunque dalle disposizioni in punto di prezzi di trasferimento, in quanto non è richiesto, per la sua applicazione, un rapporto di controllo tra i soggetti che pongono in essere le operazioni⁽¹¹⁴⁾. Ma è diversa altresì poiché la sua applicazione è condizionata al fatto che la controparte commerciale sia residente o localizzata in uno Stato o territorio a fiscalità privilegiata. In altre parole, ciò che rileva ai fini della normativa in parola non è più la struttura dei soggetti, bensì la localizzazione della controparte in uno Stato o territorio tra quelli menzionati nella attuale *black list*.

In definitiva, se, prima delle modifiche introdotte nel 2000, il rapporto di controllo costituiva, assieme al contatto con i territori a fiscalità privilegiata, un indice di pericolosità fiscale tale da giustificare la indeducibilità delle componenti negative di

punto di operazioni con imprese domiciliate nei cc.dd. paradisi fiscali e la problematica ponderazione dell'effettivo interesse economico, in Riv. Dir. Trib. 2008, II, p. 47 ss; C. Garbarino, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2008, p. 1601 ss; G. Marino, *Paradisi e paradossi fiscali*, Milano, 2009, p. 63; R. Baggio, *Il principio di territorialità*, op. cit., p. 441 ss; F. Vitale, Commento all'art. 110 Tuir, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario Breve alle Leggi tributarie. Tomo III. Tuir e leggi complementari*, Padova, 2010, p. 599 ss; M. Leo, *Le imposte sui redditi nel testo unico. Tomo II*, Milano, 2010, p. 2122 ss; A. Iannaccone, *La deducibilità dei costi black list: sulla rilevanza dell' "effettivo interesse economico di gruppo" e sulla tassazione congrua all'estero*, in Riv. Dir. trib. 2010, p. 75 ss; C. Scalinci, *Contestazione e non contestazione dei costi c.d. da black list: deducibilità e procedimento, tra sanzioni proprie e improprie*, in Giur. merito 2007, p. 1819 ss; F. Aramini, *Spese derivate da operazioni con soggetti residenti in Stati o territori a regime fiscale privilegiato*, in Riv. Dir. trib. 2011, V, p. 92 ss.

¹¹⁴ Ciò nondimeno, si può rilevare fin da subito come, una volta appurata la deducibilità del costo, sia possibile, come vedremo, che entri in azione altresì la normativa sui prezzi di trasferimento, dimodoché la deduzione potrebbe avvenire, in applicazione del *transfer price*, nei limiti del valore normale. Cfr, sul punto, F. Vitale, Commento all'art. 110 Tuir, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario Breve alle Leggi tributarie. Tomo III. Tuir e leggi complementari*, op. cit., p. 606.

reddito, dopo le modifiche richiamate la disposizione si basa unicamente sul contatto con i territori a fiscalità privilegiata, destreggiandosi quale disposizione orientata a combattere situazioni nelle quali il contatto appunto con quei determinati territori nasconde componenti negative fittizie, vale a dire legate a rapporti commerciali non effettivamente esistenti.

Finché la disposizione era comunque collegata alla esistenza di un rapporto di controllo tra i soggetti coinvolti nella transazione commerciale, si poteva pensare che, attraverso quelle operazioni si tentava di veicolare il reddito laddove per il gruppo risultava maggiormente conveniente. Da quando la disposizione non prevede più l'esistenza di questo rapporto giuridico tra le parti coinvolte nei rapporti commerciali, ci troviamo di fronte ad una disposizione che vuole osteggiare operazioni fittizie, non effettivamente realizzate ed a fronte delle quali, pertanto, non possono emergere costi deducibili nel nostro paese.

Infatti, a differenza di quanto accade con la normativa sul *transfer price*, con la quale si evita che il reddito venga veicolato verso altri paesi ma non si dubita della esistenza delle operazioni, con la disposizione in punto di costi *black list* si comprende come il legislatore tema che le operazioni commerciali non siano proprio state realizzate. Siamo dunque davanti ad una sorta di presunzione di fittizietà.

Procediamo dunque con ordine, partendo da alcune considerazioni intorno al funzionamento della disposizione in parola.

L'art. 110, comma 10, Tuir prevede l'indeducibilità delle spese e degli altri componenti negativi derivanti da operazioni poste in essere con imprese residenti

in stati non appartenenti all'Unione europea e allo Spazio Economico Europeo ed aventi regimi fiscali privilegiati⁽¹¹⁵⁾.

Si tratta di presunzione relativa che ammette la possibilità di ottenere la deducibilità delle citate componenti negative di reddito, dunque la prova contraria, laddove si dimostri la sussistenza di una delle due esimenti previste dal successivo comma 11⁽¹¹⁶⁾.

Le citate esimenti – lo evidenziamo fin da subito – sono alternative, nel senso che la dimostrazione di una delle due è sufficiente per ottenere la disapplicazione della disposizione⁽¹¹⁷⁾. Ciò che rileva è che entrambe le citate esimenti, sia pure richiedendo la dimostrazione di fatti diversi⁽¹¹⁸⁾, mirano ad avvalorare l'effettività dell'operazione⁽¹¹⁹⁾.

In particolare, il legislatore prevede che il contribuente possa dimostrare alternativamente che: (a) l'impresa (o il professionista) non residente svolge prevalentemente un'attività economica effettiva; (b) l'operazione dalla quale scaturiscono le componenti negative di reddito risponde ad un effettivo interesse economico e ha avuto concreta esecuzione.

¹¹⁵ La formulazione della citata disposizione è mutata con effetto dal 1° gennaio 2007 poiché dalla individuazione in positivo dei paesi a fiscalità privilegiata (*black list*) si è passati alla loro individuazione in negativo mediante il riferimento alla *white list*. Sulle problematiche attinenti a tale modifica, si veda C. Garbarino, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2008, p. 1615 ss.

¹¹⁶ A differenza che nella presunzione di residenza sulla quale ci siamo intrattenuti in precedenza, nel caso della (in)deducibilità dei costi ex art. 110, comma 10, Tuir, è lo stesso legislatore ad indicare la strada per l'ottenimento della deducibilità delle componenti di reddito.

¹¹⁷ Il punto è pacifico. Si veda, per tutti, C. Garbarino, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2008, 1621; F. Vitale, commento all'art. 110 Tuir in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario Breve alle leggi tributarie. TUIR e leggi complementari*, Tomo III, p. 608.

¹¹⁸ Sulla funzione delle esimenti e sul loro diverso atteggiarsi, la prima sul versante soggettivo e la seconda sul versante oggettivo, si veda M. Poggioli, *Il carattere "preventivo" del ruling*, op. cit. p. 52-53.

¹¹⁹ Tale aspetto è di particolare rilievo e mette ben in luce la differenza esistente tra la presunzione relativa di cui discutiamo ora e la normativa in punto di prezzi di trasferimento. Su tali aspetti, si tornerà nelle conclusioni del presente paragrafo.

Quanto alla prima esimente, la difficoltà nella dimostrazione della sua sussistenza è legata al fatto che essa non riguarda l'operazione posta in essere, ma riguarda la struttura del soggetto con il quale il rapporto commerciale è stato intrattenuto. In altre parole, la dimostrazione dell'esimente in parola non ha nulla a che vedere con il rapporto intrattenuto tra soggetto residente e soggetto residente nel paese avente regime fiscale privilegiato, ma riguarda esclusivamente in modo d'essere di quest'ultimo soggetto.

Di conseguenza, la dimostrazione - che necessita di adeguato supporto documentale - è strettamente connessa alla disponibilità del soggetto estero a fornire le notizie ed i documenti necessari a tal fine.

Ciò che emerge con particolare evidenza è l'intento del legislatore ad ostacolare le transazioni che, per le particolari caratteristiche degli interlocutori, possono destare dubbi sulla fittizietà delle operazioni medesime. Da qui l'enfasi posta, nella prima esimente, sulla attività effettivamente svolta dal soggetto domiciliato nel paradiso fiscale e, nella seconda esimente, sull'interesse economico sottostante l'operazione e, contestualmente, sulla sua effettività.

In particolare, sul concetto di "attività commerciale" svolta dal soggetto estero, il riferimento deve essere inteso ad ogni attività suscettibile di produrre reddito di impresa ai sensi dell'art. 55 Tuir. Mentre il richiamo alla "attività economica effettiva" sottende l'esigenza di guardare alla concreta attività svolta, senza fermarsi alla formale iscrizione nei registri delle imprese o alle formali indicazioni desumibili dall'atto costitutivo o dallo statuto sociale⁽¹²⁰⁾.

76 ¹²⁰ Cfr G. Zizzo, in Tesauro (a cura di), *Giurisprudenza Sistematica di Diritto Tributario. Imposta sul reddito delle persone fisiche*, Torino, 1994, p. 588.

Il riferimento alla “prevalenza” si riferisce, invece, al fatto che l’attività commerciale deve essere prevalente rispetto ad attività ulteriori⁽¹²¹⁾.

Tale disposizione, la quale rappresenta una sorta di presunzione di fittizietà ⁽¹²²⁾, ha creato non poche perplessità, soprattutto alla luce del suo ambito applicativo assai esteso. Mentre inizialmente l’indeducibilità dei componenti negativi era riservata alle operazioni poste in essere a livello infragruppo, oggi la disposizione riguarda indistintamente tutte le transazioni poste in essere anche tra soggetti indipendenti. Ciò rende ancor più difficile per il contribuente reperire le informazioni e la documentazione necessaria alla disapplicazione della disciplina in parola⁽¹²³⁾.

Da quanto finora detto emerge con chiarezza la difficoltà che si può incontrare nel voler procedere già con la dimostrazione della prima esimente. Ed infatti, oltre alla documentazione che attesti la formale esistenza del soggetto estero (vale a dire, a titolo esemplificativo, l’atto costitutivo, lo statuto eccetera), è necessario provvedere a documentare a livello *sostanziale* l’attività svolta⁽¹²⁴⁾.

¹²¹ Cfr C. Garbarino, *op. cit.*, p. 1625.

¹²² È evidente infatti che dietro alla disposizione richiamata si cela il “sospetto” di operazioni fittizie. Il fatto che l’interlocutore sia domiciliato in un paradiso fiscale implica infatti una evidente difficoltà di controllo della operazione.

¹²³ In questo senso G. Zizzo, in G. Falsitta (a cura di), *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2009, p. 502-503; su tali aspetti si veda anche S. La Rocca, *L’indeducibilità di spese e componenti negativi di reddito derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti in Paesi a fiscalità privilegiata*, in *Dir. prat. trib. int.* 2002, II, p. 337.

¹²⁴ In questa prospettiva potrebbero assumere rilievo, oltre a documenti di carattere pubblico, quali i bilanci o le dichiarazioni fiscali, anche documenti di carattere privato, come, ad esempio, contratti di locazione che dimostrino l’esistenza di una sede, le fatture relative alle utenze, contratti di lavoro dipendente, contratti di assicurazione, documenti doganali o certificazioni rilasciate da autorità italiane all’estero. Documenti che, per evidenti ragioni, devono essere forniti dal soggetto estero con il quale sono stati intrattenuti i rapporti commerciali. Il legislatore non ha steso un elenco della documentazione necessaria al fine di dimostrare questa prima esimente, pertanto il contribuente è libero di procedere con ogni mezzo di prova. È evidente, però, che la dimostrazione di questa esimente richiede un certo livello di collaborazione da parte del soggetto estero.

Anche la seconda esimente evidenzia l'intento del legislatore di contrastare fenomeni di delocalizzazione del reddito sganciati da effettivi interessi economici o, più semplicemente, fittizi. Anche nel caso della seconda esimente, tra l'altro, l'inversione dell'onere della prova determina non poche difficoltà a carico del contribuente. Quanto alla alternativa dimostrazione della seconda esimente, infatti, è necessario prendere in considerazione due ordini di questioni. In questo caso, infatti, è necessario dimostrare (a) che l'operazione posta in essere risponde ad un effettivo interesse economico e (b) che la stessa ha avuto concreta esecuzione.

Orbene, quanto alla "concreta esecuzione", laddove l'operazione sia stata realmente posta in essere, dovrebbe essere sufficiente la produzione dei documenti doganali, delle fatture di acquisto, dei contratti stipulati, della documentazione attestante l'avvenuto pagamento della fornitura. Risulta però maggiormente difficoltosa la dimostrazione dell'effettivo interesse economico sottostante l'operazione medesima. Ciò anche alla luce delle diverse prese di posizione della Amministrazione finanziaria dalle quali si desume che non sarebbe sufficiente, ad esempio, dimostrare la convenienza nei prezzi applicati dal fornitore⁽¹²⁵⁾.

"L'effettivo interesse economico", anche per una parte della dottrina, non rappresenta una mera specificazione della inerenza della spesa (la quale, evidentemente, deve essere comunque verificata a priori) o una semplice valutazione basata sulla convenienza/opportunità di una scelta imprenditoriale, bensì richiede al contribuente che ha posto in essere le operazioni in parola la

¹²⁵ Un'attenta ricognizione delle posizioni assunte anche dal Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive si può trovare in M. Leo, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Tomo II, Milano, 2010, p. 2123 ss.

dimostrazione di un interesse economico concreto, diverso da altri interessi di natura fiscale⁽¹²⁶⁾.

In altre parole, secondo questa parte della dottrina, non è sufficiente dimostrare la riconducibilità della spesa al programma imprenditoriale, bensì è necessario fare uno sforzo in più e dimostrare l'esistenza di ragioni economiche che giustifichino la scelta di quella particolare operazione⁽¹²⁷⁾. In questa prospettiva, possono risultare rilevanti, ad esempio, gli elementi che mettano in luce la particolare convenienza nei prezzi di approvvigionamento, tenendo conto, però, anche dei costi intermedi dei quali possono ricaricarsi gli originari prezzi applicati nel paese estero⁽¹²⁸⁾, lo scopo di penetrare un nuovo mercato per eventuali, successive commercializzazioni, la produzione di particolari beni in quella determinata area geografica⁽¹²⁹⁾.

Tale ricostruzione, tuttavia, può prestare il fianco a critiche.

In questa prospettiva, invero, è stato rilevato come, in realtà, il riferimento a "effettivo interesse economico" debba essere contestualizzato <<nel quadro funzionale espresso dalla disciplina in esame, volta a dischiudere all'operazione l'ordinario regime di deducibilità fiscale in presenza di elementi segnaletici sufficienti ad eliminare quella "patina" di fittizietà che la collocazione nel paradiso fiscale della controparte

¹²⁶ In questo senso G. Zizzo, *op. cit.*, 588

¹²⁷ Così D. Stevanato, *Servizi infragruppo resi da società a regime fiscale privilegiato ed indeducibilità dei costi*, in *Corr. trib.*, 2003, p. 700.

¹²⁸ Su questa esigenza ha fatto leva anche il Comitato consultivo per l'applicazione delle disposizioni antielusive nel parere n. 3 del 1° aprile 2004.

¹²⁹ L'Agenzia delle entrate, sul punto, con la recente circolare n. 1/E/2009 ha evidenziato la necessità di mettere in luce i benefici tratti dal soggetto residente nell'ambito del rapporto commerciale con il soggetto residente nel territorio a fiscalità privilegiata. Beneficio legato al prezzo praticato, alla puntualità nella consegna dei beni e alla qualità dei prodotti acquistati. Su questi aspetti si veda M. Leo, *commento all'art. 110 Tuir, in Le imposte sui redditi nel testo unico*, Tomo II, Milano, 2010, p. 2128 ss.

commerciale implicitamente suggerisce>>⁽¹³⁰⁾. Seguendo questa linea argomentativa, il riferimento normativo dovrebbe essere interpretato alla luce della funzione ad esso demandata. Poiché tale riferimento va valutato congiuntamente alla concreta esecuzione dell'operazione, dovrebbe essere sufficiente dimostrare l'astratta utilità della transazione commerciale sulla base del concreto ciclo produttivo dell'impresa⁽¹³¹⁾.

Da quanto fin qui esposto, emergono le evidenti difficoltà operative riversate sul contribuente a causa della presunzione relativa.

È vero che al contribuente è concesso di intervenire *ex ante* mediante la procedura del *ruling* (il riferimento va all'art. 21 della legge n. 413/1991). Ciò nondimeno, anche su questo versante non mancano le questioni problematiche.

Il legislatore ha espressamente previsto che il contribuente possa, mediante un particolare procedimento, adire, prima di porre in essere le transazioni in parola, l'Amministrazione finanziaria. Ciò al fine di superare lo "sbarramento" imposto dall'art. 110 Tuir. In questa sede, pertanto, il contribuente ha la facoltà di dimostrare la sussistenza di una delle due esimenti prima di porre in essere le transazioni, fermo restando che, per quanto riguarda la seconda esimente, esso potrà ottenere la "liberatoria" solamente con riferimento all' "interesse economico effettivo" e non già con riferimento alla concreta esecuzione dell'operazione, in ragione della necessaria valutazione *ex post* di questa parte dell'esimente.

Ciò che ha attirato l'attenzione della dottrina che di tale argomento si è occupata è l'enfasi posta sulla necessaria presentazione "preventiva" dell'interpello rispetto alla esecuzione delle operazioni. Invero, nonostante sia la legge a contemplare la

¹³⁰ Così M. Poggioli, *Il carattere "preventivo del ruling*, *op. cit.*, p. 52-53.

80 ¹³¹ Cfr M. Poggioli, *op. ult. cit.*, p. 53.

preventività, sembra eccessivo escludere che possa produrre effetti l'interpello presentato dopo aver posto in essere l'operazione.

Una diversa soluzione parrebbe irragionevole nel caso in cui si possa dimostrare che le operazioni già realizzate sono sovrapponibili a quelle future per le quali si chiede la deducibilità dei costi⁽¹³²⁾.

Quanto alla *ratio* della disposizione di cui all'art. 110, comma 10 e ss, Tuir, emerge con particolare evidenza l'intento di contrastare operazioni puramente fittizie, le quali si sostanziano in una delocalizzazione del reddito⁽¹³³⁾. Il mutamento intervenuto ad opera della l. 342/2000, la quale ha esteso l'applicazione della disciplina anche alle operazioni poste in essere tra soggetti indipendenti, ha finito per incidere sulla funzione della disposizione, tramutandola da disposizione antielusiva come quella sul *transfer price* a disposizione di contrasto alle operazioni meramente fittizie. Mentre con la disciplina in punto di *transfer price* non si mette in dubbio l'effettività dell'operazione e si ragiona sul trasferimento di reddito attuato mediante una politica di prezzo, con la disposizione in parola il legislatore manifesta espressamente il dubbio che le transazioni non siano realmente avvenute. Ciò lo dimostra chiaramente il tenore delle esimenti che, da un lato, guardano alla operatività del soggetto estero e, dall'altro lato, guardano alla concreta esecuzione delle transazioni commerciali.

La modifica intervenuta nel 2000, del resto, ha destato, per l'ampiezza del suo risultato, non poche perplessità. Ed infatti, se prima risultava ragionevole pensare

¹³² Cfr M. Poggioli, *op. ult. cit.*, p. 51; sulla irragionevole compressione della portata dell'istituto, si veda F. Pistolesi, *Gli interpelli tributari*, Milano, 2007, p. 24 ss.

¹³³ C. Garbarino, *Manuale di tassazione internazionale*, *op. cit.*, ritiene infatti che la disposizione in parola rappresenti <<uno dei principali strumenti previsti dalla normativa interna per contrastare l'utilizzo di operazioni finalizzate a delocalizzare materia imponibile, sottraendola in tal modo alla tassazione domestica, poste in essere con soggetti localizzati in Paesi RFP>> (cfr. p. 1602).

che, nell'ambito del gruppo, potevano realizzarsi arbitraggi fiscali volti all'ottenimento di risparmi di imposta, tale ragionevolezza sembra mancare quando si discute di transazioni poste in essere tra soggetti indipendenti.

In questa prospettiva, è probabile che tale intervento sia giustificato dalla difficoltà, per l'Amministrazione finanziaria, ad individuare i rapporti di controllo tra le società domiciliate in paesi nei quali vi è scarsa trasparenza e le società residenti nel nostro paese⁽¹³⁴⁾. Ciò nondimeno, la prova richiesta al contribuente risulta oggi ancor più difficile, soprattutto nel caso in cui vengano chieste informazioni sul fornitore estero che, in qualità di soggetto indipendente, non è tenuto, né probabilmente interessato, a fornire informazioni riservate sul suo conto.

Oltre a questa importante differenza esistente tra la disciplina in parola (di contrasto alle operazioni fittizie) e la disciplina sul *transfer price* che, al contrario, valorizza il rapporto di controllo quale presupposto applicativo (disciplina che, come si è detto, risponde ad una logica antielusiva), vi sono ulteriori differenze tra le due disposizioni che meritano di essere qui richiamate.

Come già accennato più in alto, mentre il *transfer price* incide sulla quantificazione dei prezzi per evitare che tali prezzi vengano modellati in modo tale da ridurre il carico impositivo - ma non mette in dubbio l'effettività dell'operazione - nella disposizione in parola il punto cardine sembra proprio incentrato sulla effettività dell'operazione medesima. In altre parole, l'art. 110, comma 10, Tuir mira a verificare che l'operazione sia stata concretamente posta in essere⁽¹³⁵⁾; l'art. 110,

¹³⁴ Cfr G. Zizzo, *La determinazione del reddito delle società*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2010, p. 522-523; D. Stevanato, *L'impresa multinazionale*, in L. Carpentieri, R. Lupi, D. Stevanato, *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, op. cit., p. 260, nota 77.

¹³⁵ Sul punto, si veda, D. Stevanato, *L'impresa multinazionale*, op. cit., p. 261, dove l'Autore colloca la disciplina nel novero delle disposizioni anti-evasione, introdotta <<(...) introdotta nei confronti di una

comma 7, Tuir (*transfer price*) mira a controllare che i prezzi applicati nelle operazioni (di cui, si badi, non si dubita della effettività) siano congrui rispetto al valore di mercato.

Ecco perché si può dire che, sia pure con punti di contatto, le due disposizioni operano autonomamente e distintamente. Ciò, si badi, senza escludere che, dopo l'applicazione del comma 10, e dunque dopo aver dimostrato l'effettività della transazione, l'Amministrazione finanziaria - laddove vi sia un rapporto di controllo⁽¹³⁶⁾ - possa procedere con l'applicazione del comma 7, limitando la deducibilità del costo nel limite del valore normale.

In presenza di rapporti di controllo, pertanto, potrebbe operare prima la disposizione sulla deducibilità dei costi e successivamente la normativa sui prezzi di trasferimento.

Si noti, tra l'altro, che gli effetti prodotti dalle due discipline sono ben distinti: la disciplina sulla deducibilità dei costi è tranciante, nel senso che la componente negativa di reddito può essere totalmente deducibile o totalmente indeducibile. In altre parole, sembra non esserci spazio per una zona "grigia": o l'operazione esiste ed allora il costo è deducibile o, viceversa, l'operazione è fittizia e la deducibilità del costo non spetta. La disciplina sul *transfer price*, al contrario, incide riportando il prezzo al valore normale e non lo disconosce totalmente⁽¹³⁷⁾.

prassi simulatoria che fa perno su soggetti (non necessariamente appartenenti al gruppo) localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata, per la creazione di costi deducibili in Italia a fronte di operazioni di cui la legge assume l'inesistenza>>>.

¹³⁶ È evidente che, nel caso in cui non vi fosse rapporto di controllo, potrebbe operare, se ne sussistono i presupposti, solamente la disposizione riguardante la deducibilità dei costi. Al contrario non potrebbe operare la normativa in tema di *transfer price*, richiedendo espressamente quest'ultima che i soggetti che pongono in essere l'operazione debbano essere tra loro legati da particolari rapporti partecipativi.

È interessante osservare, inoltre, che la normativa non incide sulla localizzazione del soggetto. Il legislatore teme però che ci sia una sorta di delocalizzazione del reddito: il timore è che, mediante operazioni fittizie, il reddito venga veicolato verso paesi a fiscalità privilegiata. La disposizione produce dunque evidenti effetti di disincentivazione nei confronti delle imprese che intendano delocalizzare parte della produzione mediante la creazione di controllate estere localizzate in particolari territori (fatta salva l'applicazione delle disposizioni in tema di CFC che esclude automaticamente l'applicazione dell'art. 110, comma 10, Tuir), ma, ancor più, nei confronti delle forme di delocalizzazione più *soft*. Ed infatti, tale disposizione è destinata ad operare ogni qualvolta l'impresa voglia esternalizzare talune fasi della produzione o intenda approvvigionarsi presso società localizzate in particolari territori. Se l'impresa intende procedere in tal senso, dovrà tenere a mente le "barriere" che il legislatore ha alzato nel momento in cui le transazioni coinvolgono taluni, particolari paesi.

È indubbiamente positivo il fatto che la disposizione non operi con riguardo ai paesi che fanno parte dell'Unione europea e dello Spazio Economico Europeo. Certo è che, molto probabilmente, tale esclusione è stata positivizzata al fine di evitare contrasti con il principio di non discriminazione e nella prospettiva della armonizzazione fiscale⁽¹³⁸⁾. Rimangono tuttavia le evidenti difficoltà concernenti la prova contraria. Tale prova, la quale può essere offerta scegliendo una delle esimenti previste espressamente dalla legge, risulta tutt'altro che di facile dimostrazione nel contesto di operazioni poste in essere su scala internazionale che spesso coinvolgono soggetti tra di loro indipendenti. I rapporti commerciali

sviluppati con soggetti collocati in territori *black list* sono in questo modo indubbiamente scoraggiati⁽¹³⁹⁾.

2.6. La *exit tax* di cui all'art. 166 d.p.r. 917/1986

La disposizione che affrontiamo in questo paragrafo è una disposizione diversa da quelle che abbiamo finora considerato. Ciò, in particolare, per la funzione che ad essa è demandata. Ed invero, come rilevato dalla maggior parte dottrina che di tale argomento si è ampiamente occupata, la disposizione in parola non ha una funzione antielusiva⁽¹⁴⁰⁾, bensì ha la funzione di “chiudere” il circuito dei beni dell'impresa quando, nonostante continui ad operare, l'impresa, a causa del trasferimento della residenza, perda il collegamento con il territorio dello Stato. Quando tale collegamento viene meno, non importa se il trasferimento avviene nei confronti di paesi a fiscalità privilegiata o a fiscalità ordinaria, è prevista l'emersione dei plusvalori latenti e la loro tassazione sulla base del valore normale. Sono due pertanto i tratti distintivi rispetto ad altre disposizioni che rappresentano le reazioni del sistema nazionale alla delocalizzazione. Il primo è dato dal fatto che la disciplina in parola non è una disposizione messa in campo per esigenze anti-abuso, ma è una disciplina di carattere “sistematico”, volta a regolare, per esigenze dell'ordinamento, la fuoriuscita dei beni (non tanto dall'impresa ma comunque)

¹³⁹ Cfr, in questa prospettiva, M. Poggioli, *Il carattere “preventivo” del ruling in punto di operazioni con imprese domiciliate nei cc.dd. paradisi fiscali e la problematica ponderazione dell'effettivo interesse economico*, in Riv. Dir. Trib. 2008, II, p. 56.

¹⁴⁰ Evidenzia invece una funzione antielusiva V. Ficari, *Trasferimento della sede all'estero, continuità della destinazione imprenditoriale e contrarietà al trattato CE dell' “exit tax” sulle plusvalenze latenti*, in Rass. trib. 2004, p. 2129 ss. Secondo l'autore, invero, l'intento del legislatore era quello di evitare che i soggetti trasferissero la propria residenza verso paesi a fiscalità privilegiata. Sulla elusività di taluni trasferimenti di residenza, si veda G. Marino, *Residenza fiscale, libertà fondamentali e normative antielusive nazionali*, in Riv. Dir. trib. Int., 2001, p. da 196 a 198.

dalla potestà impositiva del nostro paese. Del resto, né prima né dopo la recente presa di posizione della Corte di Giustizia (causa C-371/10), sono emerse finalità anti-abuso. Anche in quest'ultima circostanza, invero, il riferimento è andato piuttosto ad una disposizione orientata alla corretta ripartizione della potestà impositiva con riguardo a redditi che sono maturati in un certo territorio e rischiano, a causa del trasferimento di residenza per l'appunto, di sfuggire alla tassazione in quel determinato territorio.

Il secondo tratto distintivo è dato dal fatto che, come accade per esempio nel caso del *transfer price*, il legislatore non ha previsto come discrimine per l'applicazione o meno della disciplina il trasferimento di sede in particolari Stati o territori a fiscalità privilegiata. Ed infatti, la disposizione si limita a riferirsi al <<*trasferimento all'estero della residenza dei soggetti che esercitano imprese commerciali*>>, a nulla rilevando che lo Stato di destinazione sia uno stato a fiscalità ordinaria o a fiscalità privilegiata. Ciò che rileva, in altre parole, è che, con il trasferimento della sede, il paese di partenza rischia di perdere il gettito derivante da redditi che sono maturati nel proprio territorio, indipendentemente dalla circostanza che il paese di destinazione applichi le imposte a livelli ordinari o in misura più mite.

Nella relazione governativa al provvedimento che aveva introdotto il previgente art. 20-bis del Tuir (disposizione precedente rispetto all'attuale art. 166 Tuir) si leggeva in particolare che <<(…) *la disposizione tende a consolidare i rapporti tributari inerenti a presupposti verificatisi nel territorio dello Stato in capo a soggetti che, a seguito del trasferimento all'estero della residenza fiscale, non sono più assoggettabili alle imposte italiane, sempre che gli elementi aziendali relativi all'impresa non conservino la loro*

rilevanza ai fini impositivi nell'ambito di una stabile organizzazione>>>.

Il riferimento va oggi alla *exit tax* prevista dall'art. 166 Tuir, la quale ha tra l'altro subito una recentissima modifica legata indubbiamente a due spinte⁽¹⁴¹⁾. La prima, espressamente richiamata dal testo normativo, è agganciata alla recente presa di posizione della Corte di Giustizia in tema di *exit tax*⁽¹⁴²⁾. La Corte di Giustizia, come andremo ad illustrare, non ha sancito la incompatibilità in generale delle tassazioni in uscita, ma ha statuito che risulta incompatibile con i principi comunitari la tassazione immediata, nel periodo di imposta del trasferimento all'estero, dei plusvalori latenti. Il secondo fattore è individuabile, invece, nella procedura di infrazione n. 2010/4141 aperta dalla Commissione europea nei confronti della Repubblica Italiana proprio a fronte della normativa nazionale in punto di *exit tax*.

Procediamo dunque con ordine al fine di comprendere la logica sottostante la disposizione in parola, il suo funzionamento ed il rilevante impatto da essa provocato nei confronti dei soggetti che perdano la qualifica di soggetti residenti.

È necessario anzitutto chiarire che, quando ci riferiamo alle *exit tax*⁽¹⁴³⁾, intendiamo riferirci a quelle particolari disposizioni che i legislatori nazionali hanno messo in

¹⁴¹ Cfr P. Centore, *Imprese all'estero, prelievo sospeso*, in Il Sole24Ore del 5 febbraio 2012.

¹⁴² Corte di giustizia UE, Grande Sezione, Sent. 29 novembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus*.

¹⁴³ L'argomento delle *exit taxes* è stato ampiamente indagato dalla dottrina, sia nella prospettiva delle questioni domestiche, sia nella prospettiva dei principi comunitari, ed è un argomento che lascia dietro di sé uno strascico di problematiche interpretative ed applicative di vario genere. Sull'argomento, si veda, A. Di. Pietro, *Passato e futuro dell'exit tax*, in Studi Tributari Europei, 1/2009; A. Carinci, *Il diritto comunitario alla prova delle exit taxes, tra limiti, prospettive, e contraddizioni*, in Studi Tributari Europei 1/2009; G. Melis, *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*, Roma, 2008, p. 472 ss; Id., *Commento all'art. 166 Tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario Breve alle Leggi tributarie. Tomo III. Tuir e leggi complementari*, Padova, 2010, p. 813 ss; J. Van Horn Jr., *Il trasferimento di sede di società alla luce del diritto comunitario*, in Dir. Prat. Trib. 1998, II, p. 377 ss; F. Ardito, *Commento all'art. 166 Tuir*, in G. Tinelli (a cura di), *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, Padova, 2009, p. 1418 ss; R. Baggio, *La perdita e l'acquisto della residenza fiscale: quadro d'insieme ed aspetti controversi*, in Riv. Dir. trib. 2006, I, p. 537 ss; Id., *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, p. 343 ss; G. Zizzo, *Le riorganizzazioni societarie: il trasferimento*

campo al fine di tassare i plusvalori latenti che, al momento del trasferimento della residenza da parte del soggetto, rischiamo di sfuggire alla tassazione. Ed infatti, una volta persa la residenza fiscale, lo Stato perde il potere impositivo e del gettito derivante da eventuali realizzi collegati ai plusvalori latenti finisce per beneficiare lo stato nel quale il soggetto va a stabilirsi.

In questo modo si atteggia anche la disposizione di cui all'art. 166 Tuir, la quale, al comma 1, prevede che <<Il trasferimento all'estero della residenza dei soggetti che esercitano imprese commerciali, che comporti la perdita della residenza ai fini delle imposte sui redditi, costituisce realizzo, al valore normale, dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale, salvo che gli stessi non siano confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato. La stessa disposizione si applica se successivamente i componenti confluiti nella stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato ne vengano distolti. Si considerano in ogni caso realizzate, al valore normale, le plusvalenze

all'estero o dall'estero della sede, in Corr. trib. 44/2008, p. 3581 ss; Id, Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi. Trasformazioni, fusioni e scissioni, Milano, 1996, p. 340 ss; Id., Il trasferimento della sede all'estero, in C. Sacchetto - L. Alemanno (a cura di), Materiali di Diritto Tributario Internazionale, Milano, 2002, p. 209 ss; G. Porcaro, Trasferimento di sede all'estero, in R. Lupi - D. Stevanato (a cura di), La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa, Milano, 2002, p. 731 ss; V. Ficari, Trasferimento della sede all'estero, continuità della destinazione imprenditoriale e contrarietà al trattato CE dell' "exit tax" sulle plusvalenze latenti, in Rass. trib. 6/2004, p. 2129 ss; C. Garbarino, Manuale di tassazione internazionale, Milano, 2008, p. 291 ss; C. Romano, Sull'illegittimità delle imposizioni fiscali connesse al trasferimento di residenza all'interno dell'Unione Europea, in Rass. trib. 4/2004, p. 1291 ss; M. Greggi, Riflessi fiscali della mobilità all'interno della UE: per un nuovo Nomos europeo, in Studi Tributari Europei, 1/2009; F. Varazi, Reddito d'impresa e trasferimento di sede all'estero, in Rass. trib., 4/1995, p. 687 ss; C. Sozzi, In tema di libertà di stabilimento ed exit taxes: il caso "De Lasteyrie" (nota a Corte di Giust. CE, 11 marzo 2004, C-9/02), in Tributimpresa n. 3/2005; C. De Pietro, Compatibilità comunitaria di exit tax su partecipazioni rilevanti, in Rass. trib. 4/2006, p. 1377 ss; B. E. Pizzoni, La compatibilità delle exit tax con il diritto comunitario, in Riv. dir. trib. 2005, III, p. 38 ss; C. Ricci, Exit taxes tra diritto di cittadinanza e libertà di stabilimento: il caso Hughes De Lasteyrie Du Saillant, in Riv. Dir. Fin. Sc. Fin. 2004, p. 95 ss; C. Sallustio, Il regime fiscale dei beni in entrata in occasione del trasferimento di residenza fiscale transfrontaliero. Profili nazionali e comunitari, in Riv. dir. trib. 2011, p. 829 ss.

relative alle stabili organizzazioni all'estero. Per le imprese individuali e le società di persone si applica l'articolo 17, comma 1, lettere g) e l).>>(144).

In sostanza, mediante tale disposizione, il legislatore ha sancito che il trasferimento della sede all'estero, laddove tale trasferimento comporti la perdita della residenza fiscale, determina il realizzo a valore normale dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale.

Presupposto affinché si verifichi il realizzo dei beni è dunque la perdita della residenza fiscale. E' proprio con la perdita di tale *status*, infatti, che lo Stato perde la sua potestà impositiva nei confronti del soggetto. Da ciò discende il fatto che non si può parlare del realizzo dei beni, ad esempio, nel caso in cui il soggetto passivo risulti residente nel territorio dello Stato anche per il semplice effetto della applicazione della presunzione di residenza ex art. 73, comma 5-bis, Tuir⁽¹⁴⁵⁾. La logica è evidente: finché il soggetto è residente, lo stato italiano non perde la sua potestà impositiva.

È legata alla *ratio* della disposizione anche la parte in cui si esclude la tassazione dei plusvalori nel caso in cui i componenti dell'azienda siano confluiti in una stabile organizzazione nel territorio dello Stato⁽¹⁴⁶⁾. Ed invero, il fatto che i beni

¹⁴⁴ Tale disposizione trova il suo precedente già, come detto, nel previgente art. 20-bis Tuir, introdotto con d.l. 23 febbraio 1995, n. 41.

¹⁴⁵ Tali conclusioni sono desumibili direttamente dalla *ratio* della disposizione, ma sono state avvalorate dalla stessa Amministrazione finanziaria ad esempio nella Risoluzione n. 409/E del 30 ottobre 2008. È interessante anche la fattispecie nella quale la perdita della residenza avviene a causa della applicazione delle convenzioni contro la doppia imposizione. Può succedere infatti che un soggetto, a causa delle regole previste dai diversi paesi, si trovi ad essere residente in entrambi e, al fine di risolvere il conflitto di residenza, applichi la convenzione bilaterale. In questo caso, la perdita di residenza, secondo la dottrina, dovrebbe comunque comportare l'applicabilità delle *exit taxes*. Sul punto si veda R. Baggio, *La perdita e l'acquisto della residenza fiscale*, op. cit., p. 549

¹⁴⁶ La confluenza nella stabile organizzazione si intende come "mera imputazione contabile". Sul punto, cfr G. Zizzo, *Le riorganizzazioni societarie*, op. cit., p. 3581 ss, dove l'Autore precisa altresì che <<(…) la presenza della stabile organizzazione, e l'attrazione dei beni al suo interno, che solitamente svantaggia la società non residente, agganciando al territorio dello Stato una fetta del suo reddito d'impresa, in

confluiscono in una stabile organizzazione fa sì che lo Stato, oltre a mantenere la sua potestà impositiva sui redditi ordinariamente prodotti dalla stabile organizzazione, mantenga altresì saldo il suo diritto ad incamerare le imposte legate ad eventuali realizzi sui beni. Infatti, la stabile organizzazione – come già detto nel primo capitolo – è un soggetto che rileva ai fini della determinazione del reddito di impresa.

Tale disposizione ha suscitato particolare interesse da parte della dottrina, anche alla luce della sua possibile incompatibilità con le regole comunitarie. Invero, molti autori, soprattutto a seguito della nota sentenza “*De Lasteyrie du Saillant*” della Corte di Giustizia⁽¹⁴⁷⁾, nell’affrontare il tema del trasferimento della sede all’estero, si sono interrogati sulla compatibilità della disposizione in parola con la libertà di stabilimento, siccome tratteggiata dal Trattato di Roma. Ciò a maggior ragione dal momento che la stessa Commissione europea, con la propria Comunicazione COM(2006)825, aveva sottolineato come i principi espressi mediante la citata sentenza *Lasteyrie*, che trattava il caso di una persona fisica, avessero implicazioni altresì sulle tassazioni in uscita applicabili alle società. In particolare, mediante la richiamata sentenza, la Corte aveva offerto una interpretazione della libertà di stabilimento partendo dalla normativa francese riservata alla tassazione delle plusvalenze mobiliari non ancora realizzate nel caso di trasferimento del domicilio del contribuente al di fuori dello Stato francese.

questa ipotesi lo avvantaggia, almeno nell'immediato, precludendo il realizzo dei beni stessi al valore normale>>.

¹⁴⁷ Cfr, Corte di Giustizia, sent. 11 marzo 2004, causa C-9/02, alla quale ha fatto seguito la Comunicazione della Commissione COM(2006) 825 del 19 dicembre 2006, intitolata “*Exit taxation and the need for coordination of Member States’ tax policies*” (Tassazione in uscita e necessità di coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri). Sulla citata sentenza si veda C. Romano, *Sull’illegittimità delle imposizioni fiscali connesse al trasferimento di residenza all’interno dell’Unione Europea*, op. cit., par. 4.

Nella richiamata sentenza, poi confermata altresì dalla successiva sentenza *N*, la Corte aveva stabilito che l'immediata tassazione, scoraggiando il trasferimento dei contribuenti, provocava una restrizione alla libertà fondamentale. La Corte non sanciva la incompatibilità in via generale della *exit tax*, bensì condannava la riscossione immediata della stessa. In questa prospettiva, entrambe le citate sentenze, sancivano altresì che il rinvio della riscossione non poteva essere subordinato a particolari garanzie, poiché anche queste, limitando la disponibilità del patrimonio al contribuente, provocavano un effetto restrittivo. In altre parole, i mezzi adoperati per preservare il gettito, dovevano essere proporzionati. Secondo la Corte, ad esempio, era proporzionato chiedere al contribuente, al momento dell'uscita, una dichiarazione dei redditi che permettesse di fotografare la situazione. Tale dichiarazione, necessaria per determinare l'imposta da "sospendere" fino al realizzo, non avrebbe provocato gli effetti restrittivi che invece provocava l'immediata riscossione delle imposte.

In questa prospettiva, l'analisi della *exit tax* italiana è spesso stata incentrata sulla natura della disposizione. In particolare, al fine di escludere la incompatibilità⁽¹⁴⁸⁾ con il diritto comunitario o comunque di giustificare l'eventuale restrizione, è stato sovente posto l'accento sul fatto che la disposizione in parola, lungi dall'aver natura antielusiva, è una disposizione che trova le proprie radici proprio nella coerenza del sistema impositivo.

Procedendo in questa direzione, è stato dato peso al fatto che la perdita della residenza fiscale da parte del soggetto che dichiara reddito di impresa fa sì che si

¹⁴⁸ Esclude che si possa configurare una restrizione alla libertà di stabilimento nel caso della *exit tax* italiana T. Tassani, *Trasferimento di residenza ed exit tax nel diritto comunitario: l'esperienza italiana*, in *Studi Tributari Europei* 1/2009.

verifichi una sorta di espulsione dei beni dal regime di impresa. Espulsione che, come noto, determina la tassazione. In quest'ottica, è stato evidenziato come, a fronte della eventuale restrizione alla libertà di stabilimento⁽¹⁴⁹⁾ che si verifica ogniqualvolta il soggetto trasferisca, con perdita di residenza, la propria sede, si contrappone la giustificazione data dalla necessità di salvaguardare la coerenza del sistema impositivo⁽¹⁵⁰⁾.

Tale coerenza sarebbe legata al fatto che, nel sistema italiano, ogni evento che espunga i beni dal circuito dell'impresa, è un evento al quale il legislatore aggancia il realizzo e pertanto la tassazione.

Tale impostazione, la quale risponde senz'altro ad una sua logica, mette poco in luce il fatto che, nella realtà, con il trasferimento della sede all'estero non si assiste alla fuoriuscita dei beni dal circuito dell'impresa. L'impresa, infatti, non cessa di operare ed i beni rimangono legati funzionalmente al fine imprenditoriale. Non ci troviamo, dunque, al cospetto di una vera e propria espulsione dei beni dal regime di impresa, ma ci troviamo piuttosto innanzi al distacco dei suddetti beni dalla potestà impositiva dello Stato. In quest'ottica, la disposizione sembra tutelare la ripartizione della territorialità impositiva dei singoli stati dimodoché, al momento dell'uscita del bene (non dall'impresa...bensì dalla sovranità impositiva del paese di uscita) viene assicurata l'imposizione sul plusvalore fino a quel momento

¹⁴⁹ Su questo aspetto, si veda C. Sozzi, *In tema di libertà di stabilimento*, op. cit., dove l'Autore sottolinea che <<(…) una volta assunta la nozione ampia di libertà di stabilimento fatta propria dalla Corte, si debba affermare che è in contrasto con l'art. 43 del Trattato qualsiasi normativa assuma quale presupposto d'imposta il trasferimento all'estero del contribuente, poiché, appunto, può avere l'effetto di dissuadere il soggetto dal trasferire la propria residenza fiscale in altro Stato membro>>.

¹⁵⁰ Cfr. G. Zizzo, *Le riorganizzazioni societarie*, op. cit. Sulla base di questa natura di norma di chiusura, talvolta la disposizione è stata considerata meramente interpretativa o comunque già applicabile prima della sua introduzione (in questo senso si veda M. Miccinesi, *Le plusvalenze d'impresa*, Milano, 1993, p. 160 ss. Per la rassegna delle diverse posizioni assunte dalla dottrina in ordine alla natura della disposizione in parola, si veda G. Melis, *Commento all'art. 166 Tuir*, op. cit., p. 813-814.

maturato ma non ancora monetizzato. Ciò al fine di evitare che su quel plusvalore possa trarre beneficio il nuovo paese di stabilimento.

La linea stando alla quale vi sarebbe, con il trasferimento all'estero, un'ipotesi di realizzo dei beni agganciata alla destinazione a finalità estranee all'esercizio dell'impresa è stata contrastata, pertanto, da quella parte della dottrina che ha messo in luce le diversità esistenti tra effetti provocati dal trasferimento della sede ed effetti provocati dagli altri eventi ai quali il legislatore ha agganciato il realizzo e, dunque, la tassazione delle plusvalenze⁽¹⁵¹⁾.

In tale quadro è tuttavia intervenuta una recente modifica nel corpo dell'art. 166 Tuir. Ed infatti, con l'art. 91 del d.l. 1/2012 è stato introdotto il nuovo comma 2-*quater*, il quale sancisce che: *<<I soggetti che trasferiscono la residenza, ai fini delle imposte sui redditi, in Stati appartenenti all'Unione europea ovvero in Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al decreto emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, comma 1, con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo sulla reciproca assistenza in materia di riscossione dei crediti tributari comparabile a quella assicurata dalla direttiva 2010/24/UE del Consiglio, del 16 marzo 2010, in alternativa a quanto stabilito al comma 1, possono richiedere la sospensione degli effetti del realizzo ivi previsto in conformità ai principi sanciti dalla sentenza 29 novembre 2011, causa C-371-10, National Grid Indus BV>>*⁽¹⁵²⁾.

Tale modifica normativa, che produce effetti con riferimento ai trasferimenti di sede posti in essere dopo l'approvazione del decreto, risponde probabilmente – come più sopra accennato – a due ordini di ragioni. In primo luogo, la stessa lettera della

¹⁵¹ Sul punto si vedano le critiche piuttosto marcate avanzate da V. Ficari, *Trasferimento della sede all'estero*, op. cit., p. 2129 ss.

disposizione fa capire come l'intervento del legislatore sia collegato alla posizione recentemente assunta dalla Corte di Giustizia nella causa C-371/10. In secondo luogo, non si deve trascurare che nei confronti dell'Italia era stata aperta una procedura di infrazione concernente proprio la *exit tax* prevista dall'art. 166 Tuir (procedura di infrazione 2010/4141). In particolare, la Commissione era del parere che *<<l'Italia sia venuta meno agli obblighi che le incombono a norma dell'art. 49 del T.F.U.E. e dell'art. 31 dell'Accordo SEE in quanto le plusvalenze latenti sono incluse nella base imponibile dell'esercizio finanziario qualora una società italiana trasferisca la residenza in un altro Stato membro dell'UE o dello SEE o qualora una stabile organizzazione cessi le proprie attività in Italia o trasferisca i propri attivi situati in Italia in un altro Stato membro dell'UE o dello SEE, mentre le plusvalenze latenti risultanti da operazioni effettuate esclusivamente all'interno del territorio nazionale non sono incluse nella detta base imponibile>>*.

Quanto alla sentenza della Corte di Giustizia poc'anzi richiamata, possiamo riassumere la linea fatta propria dal giudice del Lussemburgo nel modo seguente.

La Corte ha affermato anzitutto che sussiste, in via generale, una restrizione vietata dal Trattato alla libertà di stabilimento nel caso in cui sia richiesta dalla legislazione nazionale, al momento del trasferimento della sede all'estero, la tassazione sui plusvalori latenti. Ciò laddove un'analogha tassazione non sia richiesta nel caso del trasferimento di sede all'interno del territorio dello Stato (olandese, in quel caso specifico). In particolare, al punto 37, la Corte afferma che *<<Tale disparità di trattamento relativa alla tassazione delle plusvalenze è tale da scoraggiare una società di diritto olandese dal trasferire la propria residenza in un altro Stato membro>>*.

Stabilito dunque che la *exit tax* può creare, in linea di massima, una restrizione alla libertà di stabilimento nel caso in cui sia idonea a scoraggiare il soggetto dal trasferire la propria sede all'estero, la Corte introduce l'argomento delle giustificazioni e, nella prospettiva appunto di verificare se tali giustificazioni alle restrizioni alla libertà di stabilimento sussistano nel caso di specie, richiama il tema dei motivi imperativi di interesse generale tra i quali annovera altresì il mantenimento della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri. Sempreché naturalmente lo scopo sia raggiunto senza eccedere quanto necessario per raggiungerlo. In quest'ottica, la Corte evidenzia come la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri sia un obiettivo riconosciuto ed il trasferimento della sede <<*non può significare che lo stato membro di provenienza debba rinunciare al suo diritto di assoggettare ad imposta una plusvalenza generata nell'ambito della sua competenza fiscale prima di tale trasferimento*>> (v. punto 46).

Non importa dunque se la plusvalenza non è stata in concreto realizzata (poiché i beni non sono stati ceduti), importa però che lo Stato di partenza, con la perdita della residenza, rischia di perdere l'imposizione sulle plusvalenze che si sono generate nel proprio territorio.

Di conseguenza, la restrizione appare giustificata dalla necessità di preservare la corretta ripartizione dei poteri impositivi in un sistema nel quale, per mancanza di unificazione o armonizzazione, è lasciata ai singoli Stati la competenza per la definizione convenzionale o unilaterale dei criteri di ripartizione del potere impositivo. Ciò in particolare al fine di evitare la doppia imposizione.

Stabilito questo, la Corte si interroga sulla proporzionalità della disciplina olandese

e conclude nel senso che la determinazione dell'importo delle imposte al momento del trasferimento della sede configura una misura proporzionale. Nemmeno ritiene sproporzionata la possibilità che lo Stato di partenza non tenga conto delle eventuali minusvalenze che potrebbero generarsi tra il momento in cui avviene il trasferimento della sede e il momento del concreto realizzo del bene. Di tali eventi terrà conto lo stato ospitante (v. punti da 54 a 61 della sentenza).

In definitiva, l'art. 49 del Trattato non osta, secondo la Corte, ad una normativa nazionale la quale fissi in modo definitivo le imposte dovute sui plusvalori latenti nel momento in cui lo Stato perde la sua potestà impositiva, vale a dire nel momento in cui vi è la perdita della residenza fiscale nello Stato di partenza.

La Corte ritiene tuttavia sproporzionata la riscossione immediata delle imposte, statuendo che le direttive sulla reciproca assistenza tra stati sarebbero sufficienti a tenere monitorato l'eventuale realizzo del bene.

Detto altrimenti, lo Stato di partenza dovrebbe determinare le imposte sui plusvalori latenti al momento del trasferimento della sede, ma dovrebbe riscuotere le relative imposte solamente al momento dell'effettivo realizzo del bene. È vero che tale conclusione comporta un necessario monitoraggio sulle vicende legate ai beni. Ciò nondimeno, a parere della Corte, il monitoraggio dovrebbe riguardare solamente la riscossione delle imposte e non già la quantificazione dell'imposta che avviene - come detto più in alto - al momento del trasferimento della sede. In questa prospettiva, stando alla sentenza, gli strumenti sulla assistenza reciproca a disposizione degli Stati membri sarebbero sufficienti *<<per consentire allo Stato membro di provenienza di effettuare un controllo della veridicità delle dichiarazioni delle*

società che hanno optato per il pagamento differito dell'imposta in questione>>.

Sulla base di tale sentenza e probabilmente spinto altresì dalla procedura di infrazione sopra citata, il legislatore è intervenuto sul testo dell'art. 166 Tuir, inserendo una disciplina di carattere opzionale che permette di differire il momento della riscossione delle imposte sui plusvalori.

Il legislatore, spinto dunque da questi due fattori, ha pertanto deciso di intervenire adeguando la normativa italiana alle linee tratteggiate dalle istituzioni comunitarie. Ciò, evidentemente, al fine di evitare ulteriori e più importanti provvedimenti da parte dell'Europa.

La modifica normativa di cui si è detto fa ben comprendere come oggi le legislazioni nazionali debbano sempre più spesso "cedere il passo" alle regole comunitarie. In quest'ottica, infatti, vi è una sorta di bilanciamento: non si nega la legittimità del prelievo da parte dello Stato di partenza, ma si vuole evitare che quel prelievo, a causa della riscossione immediata, possa influenzare la libertà di stabilimento siccome prevista dal Trattato⁽¹⁵³⁾.

Abbiamo già evidenziato come la modifica normativa in parola possa in qualche modo impattare positivamente laddove il trasferimento della sede sia effettuato nei confronti di un paese *white list* o di un paese SEE. Ciò nondimeno, i problemi collegati alla concreta applicazione della disposizione non vengono meno.

Anzitutto, si evidenzia come dal testo dell'art. 166 cit. non si comprenda se il realizzo debba essere riferito alla situazione patrimoniale esistente all'inizio del

¹⁵³ In questo senso, si veda A. Di Pietro, *Passato e futuro dell'exit tax*, op. cit., dove l'Autore afferma chiaramente che <<Il potere d'imposizione – quello di affermare il diritto nazionale di tassare le plusvalenze latenti nella misura in cui fossero rilevate al momento della perdita della residenza – è rimasto intatto; reso coerente, anche nella versione comunitaria, con l'interesse che l'aveva ispirato. Il suo esercizio – inteso come diritto di riscuotere l'imposta corrispondente all'ammontare delle plusvalenze latenti al momento di perdita della residenza – cede all'ormai definito confronto tra gli ordinamenti nazionali e quello comunitario>>.

periodo d'imposta o a quella esistente alla data del trasferimento di sede. Si immagini, in questa prospettiva, che il trasferimento della sede avvenga in corso d'anno.

È chiaro che, a seconda della tesi adottata, la disposizione può prestarsi ad aggiramenti più o meno consistenti.

Stando ad autorevole dottrina, il realizzo dovrebbe interessare il patrimonio esistente alla data del 1° gennaio nel caso in cui il trasferimento (con perdita della residenza) avvenga prima che sia trascorsa la metà del periodo di imposta⁽¹⁵⁴⁾; al contrario, il realizzo dovrebbe interessare il patrimonio al 1° gennaio del periodo di imposta successivo nel caso in cui il trasferimento della sede produca i suoi effetti quando la maggior parte del periodo di imposta è già trascorsa. Ciò per il semplice fatto che la residenza è un concetto legato al dato temporale e tale *status* si acquisisce o si perde per l'intero periodo di imposta⁽¹⁵⁵⁾.

In altre parole, nel caso in cui i criteri di collegamento con il territorio dello Stato, ad esempio, venissero meno in data 1° marzo 2012, il soggetto sarebbe considerato non residente per l'intero periodo di imposta 2012 ed i plusvalori da prendere a riferimento per la tassazione in uscita dovrebbero essere quelli risultanti al 1° gennaio 2012. Viceversa, nel caso in cui i criteri di collegamento venissero meno in data 15 novembre 2012, il soggetto sarebbe considerato residente in Italia per l'intero periodo di imposta 2012. In quest'ultimo caso, i valori da prendere in

¹⁵⁴ G. Zizzo, *Il trasferimento della sede all'estero*, in C. Sacchetto - L. Alemanno (a cura di), *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002, 211.

¹⁵⁵ Cfr R. Lupi, *I mutamenti di residenza in corso d'anno*, in L. Carpentieri, R. Lupi, D. Stevanato, *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, op. cit., p. 164-164.

considerazione per la *exit tax* dovrebbero essere quelli risultanti al 1° gennaio del 2013⁽¹⁵⁶⁾.

Altra questione di una certa rilevanza è data dal fatto che la sentenza nulla dice a proposito delle operazioni straordinarie che, come il trasferimento della sede all'estero, determinano la perdita della residenza e, *de plano*, la tassazione dei plusvalori latenti. Il riferimento va alle operazioni di fusione, conferimento e scissione transnazionali per effetto delle quali si verifica, appunto, la perdita della residenza.

Ebbene, proprio l'emersione dei plusvalori latenti nell'ambito di tali operazioni aveva fatto sì che una parte della dottrina giustificasse la disciplina di cui all'art. 166 Tuir nel senso della sua compatibilità comunitaria. Ed infatti, vi era chi sosteneva come anche nelle operazioni straordinarie transnazionali, regolate dal Tuir, fosse compresa l'ipotesi del realizzo qualora i beni non fossero confluiti in una stabile organizzazione nel territorio dello Stato. Considerato che la disciplina riservata alle operazioni straordinarie transazionali aveva derivazione comunitaria (direttiva Ce 90/434/CEE del 23 luglio 1990, come modificata dalla Direttiva 2005/19/Ce del 17 febbraio 2005) e considerato altresì che tale disciplina comprendeva ipotesi di realizzo del tutto analoghe a quella prevista dall'art. 166 Tuir, allora sembrava non

¹⁵⁶ In questo senso cfr R. Baggio, *Il principio di territorialità*, *op. cit.*, p. 358 ss, il quale evidenzia che, per le società, le conclusioni che giungono alla perdita/acquisto della residenza per l'intero periodo di imposta, in ragione di quando il trasferimento ha prodotto effetti, valgono solamente se entrambi i paesi coinvolti ammettono il trasferimento della sede e riconoscono la continuità del soggetto. Se, viceversa, il paese di destinazione non ammette tale ipotesi e considera il soggetto trasferito come soggetto di nuova costituzione, si configura, al momento del trasferimento, la cessazione e l'estinzione della società. In questa ipotesi, la società rimarrebbe residente nel territorio dello Stato dal primo giorno del periodo di imposta fino alla data del trasferimento della sede. Il fatto che taluni paesi non riconoscano il trasferimento della sede è stato negativamente valutato da A. Carinci, *Il diritto comunitario alla prova delle exit taxes*, *op. cit.* L'Autore evidenzia infatti come, in questi casi, la discriminazione sia di natura civilistica e come il risultato derivante sia comunque il medesimo risultato provocato da una *exit tax*.

coerente censurare, sulla base dei principi comunitari, quest'ultima disposizione⁽¹⁵⁷⁾.

Ebbene, per effetto della sentenza della Corte di Giustizia più volte richiamata, il legislatore ha modificato l'art. 166 Tuir nel senso di inserire un regime opzionale di sospensione per il pagamento delle imposte sui plusvalori latenti. Nessuna modifica è però stata introdotta per quanto riguarda la tassazione dei plusvalori latenti che emergano per effetto delle operazioni straordinarie transnazionali, anche se la logica sottostante la tassazione è la medesima. È evidente, però, che, a seguito delle sentenze della Corte di giustizia, anche il modello adottato nella direttiva poc'anzi richiamata può porsi in contrasto con le libertà fondamentali⁽¹⁵⁸⁾.

Ma le problematiche attinenti la disposizione in parola non finiscono qui.

Una delle questioni maggiormente difficoltose è quella legata alla attribuzione dei valori fiscalmente riconosciuti nel paese in cui la sede viene trasferita⁽¹⁵⁹⁾. Il problema è di tutto rilievo giacché, una volta corrisposta la *exit tax* al paese di origine, è da verificare se il paese di destinazione è disposto a riconoscere il valore di mercato (e quale valore di mercato è disposto a riconoscere) e quando è disposto a riconoscerlo (al momento dell'entrata del bene o al momento del pagamento della *exit tax*, la quale potrebbe essere differita fino al realizzo secondo le indicazioni offerte dalla Corte di Giustizia).

¹⁵⁷ In tal senso si veda G. Zizzo, *Le riorganizzazioni societarie*, op. cit.; R. Baggio, *La perdita e l'acquisto della residenza fiscale*, op.cit., p. 554; si vedano altresì le considerazioni di C. Romano, *Sull'illegittimità delle imposizioni fiscali connesse al trasferimento di residenza*, op. cit.

¹⁵⁸ Tale contrasto era già stato chiaramente evidenziato dopo le sentenze *De Lasteyrie e N* da A. Carinci, *Il diritto comunitario alla prova delle exit taxes*, op. cit.

¹⁵⁹ Sulla questione si veda il recente lavoro di C. Sallustio, *Il regime fiscale dei beni in entrata in occasione del trasferimento di residenza fiscale transfrontaliero. Profili nazionali e comunitari*, in Riv. Dir. Trib. 2011, p. 829 ss.

Il problema è di tutta evidenza perché, laddove non si raggiunga un buon livello di coordinamento tra stati, il rischio è quello della doppia imposizione o del salto di imposta⁽¹⁶⁰⁾. Il rischio è infatti quello di dover corrispondere una *exit tax* allo Stato di partenza e non vedersi riconoscere valori fiscali allineati al valore normale nello Stato di entrata. In questo caso, la doppia imposizione sarebbe evidente⁽¹⁶¹⁾. Parimenti, nel caso in cui nessuna *exit tax* fosse pretesa in uscita e nel caso in cui venissero riconosciuti costi fiscalmente spendibili allineati al valore normale in entrata, si configurerebbe un salto di imposta.

La stessa legislazione italiana non prevede regole specifiche per la attribuzione dei valori fiscali per i soggetti che trasferiscano la propria residenza nel territorio dello Stato. In questa prospettiva, vi sono diverse linee di pensiero. Vi è chi sostiene che sarebbe opportuno riconoscere all'entrata il valore normale dei beni, ciò al fine di tassare nel regime di impresa solamente i plusvalori che nell'ambito di tale regime si siano generati⁽¹⁶²⁾. Ciò indipendentemente dal fatto che il paese di uscita abbia preteso l'*exit tax* sui plusvalori⁽¹⁶³⁾. Vi è chi sostiene, al contrario, che non esiste un principio stando al quale sarebbe necessario tassare nel reddito di impresa

¹⁶⁰ Cfr A. Carinci, *Il diritto comunitario alla prova delle exit taxes*, op. cit.

¹⁶¹ Il rischio di doppia imposizione è ben evidenziato da V. Ficari, *Trasferimento della sede all'estero*, op. cit. dovuto dalla mancanza di coordinamento tra discipline adottate nei diversi paesi.

¹⁶² Su questa linea, chiaramente G. Zizzo, *Le riorganizzazioni societarie*, op. cit.

¹⁶³ In tale direzione si esprime L. Miele - M. Miele, *Legittima la "exit tax" solo se a riscossione differita*, in *Corr. trib.* 2/2012, p. 113 ss. Anche l'Amministrazione finanziaria si è espressa nel senso del riconoscimento del valore normale, ma solamente nel caso in cui il paese di provenienza abbia assoggettato i beni ad una *exit tax*. Cfr Risoluzione n. 67/E del 30 marzo 2007 in *Il Fisco* n. 36/2007 p. 5292 ss, con nota di S. Furian - F. Gallio, *Note sulla risoluzione n. 67/E del 30 marzo 2007: verso un primo riconoscimento, da parte dell'Agenzia delle Entrate, sul recepimento dei valori correnti in caso di trasferimento di sede dall'estero in Italia (ma solo se c'è exit tax)*. Non è, quello citato, l'unico caso nel quale l'Amministrazione finanziaria si è occupata della questione. Il riferimento va alla Risoluzione n. 345/E del 5 agosto 2008, in *Il Fisco* n. 18/2009 p. 2887 ss, con nota di S. Furian - F. Gallio, *Alcuni effetti del trasferimento della sede in Italia*.

solamente i redditi che si siano formati in vigenza del regime e che dovrebbe in linea di massima essere riconosciuto il criterio del costo storico⁽¹⁶⁴⁾.

Parimenti problematico è il coordinamento con le indicazioni offerte dalla Corte di Giustizia sulla questione legata alla necessità o meno di tenere conto delle minusvalenze generate dopo il trasferimento della sede. Tali indicazioni, le quali si trovano parzialmente in contrasto con quanto sancito mediante la precedente sentenza *N*⁽¹⁶⁵⁾, aprono spazio ad ulteriori questioni. Ed infatti, ci si deve chiedere come debba essere coordinata la questione se il paese di uscita non tiene conto delle minusvalenze. Ciò a maggior ragione nell'ipotesi in cui nemmeno il paese di arrivo si faccia carico di considerare tali perdite di valore.

In definitiva, tutte queste problematiche risultano ad oggi non unanimemente risolte dimodoché il trasferimento della sede all'estero risulta un'operazione non lineare dal punto di vista fiscale.

In questa prospettiva, è evidente che le scelte di delocalizzazione che comprendano il trasferimento della sede all'estero non potranno che essere influenzate dalla normativa in parola. È vero che la modifica all'art. 166 Tuir ha in qualche modo affievolito la problematica laddove il trasferimento riguardi paesi UE. Quanto meno, i soggetti che opteranno per la sospensione del prelievo non saranno gravati

¹⁶⁴ Su questa linea si veda R. Baggio, *La perdita e l'acquisto della residenza fiscale*, op. cit., p. da 558 a 560 ss, il quale afferma - a p. 558 - che <<Particolarmente debole si presenta poi l'affermazione secondo cui esisterebbe un principio cardine sottostante il reddito d'impresa in virtù del quale vanno assoggettati ad imposizione tutti i plusvalori maturati in questo regime e non anche quelli maturati al di fuori di esso>>. L'autore aggiunge poi che è possibile risolvere la questione facendo riferimento al dpr 689/1974, richiamato dall'art. 65, comma 3-bis, Tuir per valorizzare i beni che passano dalla sfera personale alla sfera imprenditoriale. Considerato che il criterio guida nelle disposizioni citate è rappresentato dal criterio del costo di acquisto, l'Autore sostiene che tale criterio potrebbe essere avvalorato altresì nel momento dell'acquisto della residenza da parte di soggetti esteri. Il criterio del valore normale, viceversa, troverebbe la sua applicazione solamente in casi marginali.

¹⁶⁵ Cfr sent. 7 settembre 2006, causa C-470/04.

immediatamente dal carico impositivo che, nella maggior parte dei casi, potrebbe essere un carico molto gravoso. Peraltro, i problemi applicativi legati alla applicazione della disposizione risultano tuttora aperti. E rimangono aperti a maggior ragione nei casi in cui il trasferimento all'estero coinvolga paesi nei confronti dei quali non si può applicare la novellata disciplina di sospensione del pagamento della *exit tax*. Su tale aspetto anche la Commissione ha espresso, attraverso la citata Comunicazione del dicembre 2006, le proprie considerazioni.

Dopo aver evidenziato che nel trasferimento della sede verso paesi terzi non possono trovare applicazione le disposizioni sulla libera circolazione delle persone e che gli stati rimangono liberi di determinare e riscuotere le imposte al momento del trasferimento, la Commissione ha sottolineato che comunque tali operazioni possono rientrare nelle disposizioni in punto di libera circolazione dei capitali. In questa prospettiva, il trasferimento con immediata riscossione delle imposte, sia pure giustificabile in assenza di cooperazione amministrativa, può costituire una restrizione alla libera circolazione dei capitali.

Di conseguenza, nell'ottica di garantire il "rispetto degli obblighi fiscali e per prevenire l'evasione fiscale", la Commissione ha evidenziato l'intento di incoraggiare gli Stati, laddove risulta appropriato, a rafforzare la cooperazione amministrativa con i partner terzi.

2.7. Delimitazione dell'ambito di indagine alle disposizioni in tema di CFC

Tra gli strumenti legislativi tesi a contrastare gli indebiti vantaggi fiscali conseguiti per il tramite della localizzazione delle attività nei paesi a fiscalità privilegiata, un

ruolo fondamentale assumono oggi le normative in materia d'imputazione dei redditi dei soggetti partecipati non residenti ("*controlled foreign companies legislations*", normativa *cfc*).

Ci troviamo, questa volta, davanti a disposizioni non già messe in campo per ragioni ordinamentali, di "chiusura del sistema" o di corretta ripartizione della sovranità impositiva, bensì messe in campo per ragioni di contrasto a pratiche abusive. Ed infatti, mentre fin dalla sua introduzione la normativa *cfc* veniva spesso considerata quale normativa volta a contrastare i cosiddetti fenomeni di *tax deferral*, la disciplina italiana ha assunto sempre più, nel corso degli anni, i connotati di una disposizione anti-abuso.

In particolare, la normativa *cfc*, prevedendo la diretta imputazione per trasparenza in capo al soggetto partecipante dei redditi prodotti dai soggetti partecipati e localizzati in paesi a fiscalità privilegiata, oltre a provocare un'anticipazione della tassazione - evitando, così, il fenomeno della sospensione a tempo indeterminato della tassazione dei redditi sino all'eventuale periodo d'imposta di distribuzione -, contrasta i fenomeni mediante i quali, attraverso la localizzazione di schermi societari costituenti meri centri di imputazione di redditi passivi, si assiste alla fittizia distrazione dei redditi verso paesi a fiscalità privilegiata.

La logica sottostante alla disposizione in parola muove da diversi presupposti. Rispetto alle disposizioni sulle quali ci siamo già soffermati, infatti, essa si riconnette sia alla struttura della attività, sia alla tipologia del paese di residenza o localizzazione del soggetto estero.

Ed infatti, mentre le altre disposizioni di contrasto sono per lo più agganciate ad

una delle due situazioni sopra prese in considerazione, la disposizione in punto di *cfc* richiede, affinché scatti il presupposto applicativo, la sussistenza di entrambe le condizioni. Da un lato, infatti, essa poggia su quelle strutture societarie organizzate sottoforma di gruppo e, dall'altro lato, essa è comunque legata alla residenza del soggetto estero controllato o collegato in un paese a fiscalità privilegiata¹⁶⁶).

Sotto la bandiera di questi due requisiti, dunque, il legislatore giustifica una sorta di forzatura, la quale crea artificialmente i presupposti per la tassazione sulla base della trasparenza in capo al soggetto residente di redditi prodotti da un altro soggetto, in tal modo superando lo schermo societario, senza distinguere le situazioni di interposizione fittizia da quelle di interposizione reale, e superando dunque le regole sulla soggettività passiva.

L'effetto dirompente della disciplina in parola è di tutta evidenza perché mediante tale normativa il soggetto estero, dal punto di vista fiscale, viene superato, diventa per l'appunto trasparente in modo tale che i redditi affluiscano direttamente in capo al soggetto controllante residente. Si superano in questo modo i limiti dati dalla soggettività che di regola tratteggiano i confini per la tassazione in capo al soggetto controllante.

In altre parole, attraverso la disciplina *cfc*, si è creato un sistema che, mediante una forzatura normativa, è in grado di stravolgere le regole preposte alla tassazione dei soggetti esteri controllati e collegati.

Nella disciplina *cfc*, pertanto, la struttura di gruppo agganciata alla residenza dei soggetti esteri rappresenta un indice di pericolosità fiscale: l'intreccio di queste due

¹⁶⁶ Fatta eccezione per la particolare modifica normativa introdotta con il dl 78/2009, mediante la quale è stato esteso, a talune condizioni, l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina fino a ricomprendere i soggetti residenti in territori non *black list*.

situazioni, infatti, ben si presta a nascondere condotte abusive mediante le quali non si assiste alla concreta delocalizzazione di attività produttive bensì alla delocalizzazione del reddito, il quale viene imputato a soggetti formalmente indipendenti ma che in realtà rappresentano strutture “di comodo” o, per utilizzare i termini conosciuti dalla Corte di Giustizia, costruzioni di puro artificio.

Ciò nondimeno, non si può pensare che tutte le situazioni nelle quali si assiste alla organizzazione sottoforma di gruppo delle attività e al contatto con paesi a fiscalità privilegiata siano automaticamente rappresentative di situazioni abusive.

È evidente, pertanto, che tale normativa, superando le regole ordinarie sulla determinazione e tassazione del reddito di impresa, non può essere lasciata libera di operare indistintamente nei confronti di tutti i soggetti che presentano i requisiti anzidetti, ma i suoi confini devono essere ben definiti, in modo tale da colpire solamente le situazioni che concretamente rappresentano pratiche abusive. Diversamente, sarebbe difficile giustificare la disciplina alla luce dei principi costituzionali, delle regole tratteggiate dagli accordi bilaterali e finanche dei principi comunitari.

È per questo motivo che il legislatore ha introdotto diverse cause esimenti, le quali dovrebbero essere capaci di definire in modo corretto l'ambito applicativo della disciplina. Ciò al fine di contenere una normativa antiabuso capace, laddove non compiutamente definita, di colpire anche allorquando l'attività economica sia effettivamente radicata nel territorio di insediamento estero. Le esimenti rappresentano dunque lo snodo cruciale del funzionamento della normativa *cfc*. Solo una loro ponderata interpretazione, sempre legata alla *ratio* della normativa,

può infatti permettere una corretta applicazione della disciplina, la quale non finisca per sconfinare e colpire attività che non rappresentano affatto pratiche abusive, in tal modo andando a ledere e disincentivare scelte di sviluppo internazionali e, di conseguenza, andando a pregiudicare lo sviluppo stesso del tessuto imprenditoriale del nostro paese.

Ma anche gli aspetti procedurali hanno il loro peso. La (apparente) necessità di chiedere la disapplicazione della disciplina mediante la presentazione di interpello preventivo presta il fianco, in questa prospettiva, a critiche piuttosto evidenti. Solamente la garanzia di una tutela giurisdizionale, non condizionata dalla preventiva azione sul piano amministrativo, è infatti in grado di garantire, sul piano della proporzionalità e della ragionevolezza, una corretta applicazione della disciplina che consenta al contribuente di dimostrare appieno il concreto svolgimento di una attività all'estero e dunque la mancanza di effetti abusivi connessi alla struttura imprenditoriale.

Per effetto dei recenti inasprimenti adottati dal legislatore, peraltro, la disciplina *cfc* ha assunto nuove sfaccettature e fatto sorgere nuove problematiche le quali superano l'ambito nazionale.

Ed infatti, oltre ad assumere rilevanza sul piano strettamente domestico, le normative anti-abuso nazionali incontrano specifiche limitazioni sia sul piano comunitario che sul piano convenzionale, vale a dire sul piano dei trattati siglati in via bilaterale tra i diversi paesi.

La diretta imputazione del reddito prodotto dall'impresa estera partecipata, infatti, deve essere attentamente vagliata, in prima battuta e nell'ottica nazionale, alla luce

della ragionevolezza nella prospettiva del rispetto della capacità contributiva. È evidente, invero, che la diretta imputazione del reddito del soggetto partecipato rappresenta la tassazione in capo al soggetto partecipante di un reddito prodotto da un altro soggetto. Reddito quest'ultimo il quale non si trova nella immediata disponibilità del primo, dimodoché potrebbero porsi problemi in ordine alla effettività della capacità contributiva. Ciò anche alla luce delle esimenti previste *ex lege*, le quali – come detto – hanno la funzione di delimitare l'ambito applicativo della disciplina in parola: è evidente, infatti, che, laddove la dimostrazione delle cause esimenti venga eccessivamente limitata, aumentano i dubbi in punto di ragionevolezza della disciplina.

Ancora, nell'ottica del diritto comunitario, la normativa anti-abuso nazionale deve essere valutata sia con riferimento alla libertà di stabilimento, quale strumento di creazione ed implementazione del mercato unico, sia con riferimento al principio di proporzionalità, il quale richiede che le misure nazionali non siano eccessive e non vadano oltre rispetto agli obiettivi prefissati.

Infine, la normativa nazionale deve altresì confrontarsi con le ulteriori limitazioni dettate dal diritto convenzionale, a mente del quale i redditi prodotti dall'impresa devono essere tassati esclusivamente nel paese in cui tali redditi vengono prodotti, salvo il caso della stabile organizzazione.

La normativa *cfc*, con tutti i particolari presupposti previsti dal legislatore e i risvolti applicativi, rappresenta dunque, anche alla luce dei recenti inasprimenti introdotti sotto la bandiera della lotta ai paradisi fiscali, un ottimo punto di riferimento per approfondire il funzionamento delle disposizioni anti-abuso domestiche, tenendo

conto, oltre che dei limiti nazionali, altresì dei limiti promananti dal sistema comunitario e convenzionale.

L'impatto di tale normativa sulle scelte di autonomia privata dell'imprenditore è di tutta evidenza dal momento che, per un verso, ci troviamo davanti ad una normativa la quale, rivolgendosi alle formazioni sviluppate sottoforma di gruppo, colpisce proprio le strutture che maggiormente rappresentano le strategie di sviluppo e di internazionalizzazione delle attività di impresa. Per altro verso, ci troviamo di fronte ad una normativa che colpisce in ragione dello Stato o territorio nel quale l'impresa estera viene localizzata, in tal modo incidendo sulle scelte legate alla pianificazione fiscale internazionale. Come la disciplina sui costi *black list*, infatti, ad eccezione delle recenti modifiche introdotte dal d.l. 78/2009 - il quale estende l'ambito applicativo anche per le controllate residenti in paesi non *black list* sta volta sulla base della tipologia di attività svolta e, dunque, sulla base della tipologia di reddito incamerato - la normativa opera laddove l'impresa estera controllata sia localizzata in Stati o territori a fiscalità privilegiata. Con la disciplina *cfc* viene pertanto alzata una sorta di "barriera" avverso quelle tipologie di delocalizzazione che prevedono lo sviluppo dell'attività imprenditoriale sottoforma di gruppo, nel caso in cui tale delocalizzazione determini il contatto con paesi o territori a fiscalità privilegiata.

Al fine di svolgere l'analisi richiamata è tuttavia necessario soffermarsi, in prima battuta, sull'esame della normativa interna. Ciò allo scopo di comprendere fino a che punto tale normativa è capace di incidere su questa particolare forma di delocalizzazione delle attività economiche. Tratteggiato in tal modo l'ambito

applicativo e definita la *ratio* sottostante, anche alla luce delle richiamate modifiche recentemente apportate dal legislatore, sarà possibile svolgere alcune considerazioni sull'impatto che codesta normativa anti-abuso è in grado di determinare con riguardo ai principi costituzionali, ai limiti dettati dalle convenzioni bilaterali e, finanche, ai principi comunitari tratteggiati dal Trattato di Roma e negli anni raffinati dalla fondamentale azione interpretativa della Corte di Giustizia.

CAPITOLO 3

3. Le CFC nell'ordinamento italiano.

3.1. Premessa

Nel nostro paese, la *controlled foreign companies legislation*¹⁶⁷ è stata introdotta in ritardo rispetto a molti altri ordinamenti europei ed altresì extra-europei. Ed infatti,

¹⁶⁷ La dottrina che si è occupata di tale argomento è molto vasta. Si richiama, senza pretesa di esaustività, D. Stevanato, *Controlled Foreign Companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Riv. dir. trib. n. 7-8/2000, p. 777 ss; Id., *Il controllo delle <<CFC>> ed i diritti di voto spettanti ai familiari*, in Corr. Trib., 2002, 1419; Id., *La delega fiscale e la CFC Legislation*, in Il Fisco, 2002, p. 7082; R. Cordeiro Guerra, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle controlled foreign companies*, in Rass. trib. 2000, p. 1399 ss; R. Lupi, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in Rass trib. 6/2000, p. 1730 ss; G. Maisto, *Il regime di imputazione dei redditi delle imprese partecipate (cd. Controlled Foreign Companies)*, in Riv. Dir. Trib. 2000, IV, p. 39 ss; S. Dus – N. Muratori, *Interrogativi in tema di imputazione ai soci residenti di redditi di società ubicate in paesi a bassa fiscalità*, in Rass. Trib., 5/2000, p. 115 ss; C. Rotondaro, *Note minime in tema di compatibilità dei regimi CFC con il diritto comunitario. Alcune riflessioni sul caso italiano*, in Riv. dir. trib. 5/2000, p. 517 ss; Id., *Alcune implicazioni della sentenza Centros ovvero sulla compatibilità dell'istituendo regime CFC italiano con il diritto comunitario*, in Riv. Dir. trib. int., 2001, IV, 387; G. Marongiu, *Imprese estere partecipate: prime riflessioni sulle circostanze escludenti l'imputazione dei redditi ai soggetti controllanti*, in Dir. Prat. Trib., 2001, I, 137 ss; F. Nanetti, *Profili internazionalistici della CFC italiana*, in Riv. Dir. Trib., 2001, I, p. 641; C. Sacchetto – S. Plebani, *Compatibilità della legislazione CFC italiana con le norme convenzionali e con l'ordinamento comunitario*, in Dir. prat. trib. Internazionale, 2002, 13 ss; R. Franzè, *Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti controllati non residenti (c.d. "Controlled Foreign Companies legislation")*, in V. Uckmar (coordinato da), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002, 769 ss; M. Bruzzone, *L'interpello per le <<CFC>>*, in Corr. Trib., 2002, p. 113 ss; P. Carabellese, *Lo stato attuale delle normative sulle <<controller foreign corporations>> nell'Unione Europea*, in Dir. prat. trib., 1999, III, 510; M. Magenta, *Incompatibilità della normativa CFC con le disposizioni convenzionali (Francia)*, in Dir. prat. trib., 1999, III, p. 254 ss; K. Vogel, *Tax treaties versus cfc rules in France*, in Bulletin for International fiscal documentation, 2002, p. 286 ss; N. Mazza, *Nozione di "controllo" nella disciplina delle "CFC". Profili di sistema*, in Il Fisco, 2002, p. 10181; P. Bracco, *CFC legislation e trattati internazionali: le recenti integrazioni al Commentario Ocse e il loro valore ermeneutico*, in Riv. dir. trib. 2004, I, 179 ss; P. Pistone, *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, in Tributimpresa n. 3/2005; R. Dominici, *Lo spirito della legislazione CFC e i suoi intrecci con la deducibilità dei costi verso paradisi fiscali*, Dial. dir. trib., 2005, p. 1190 ss; R. Lupi, *Illegittimità delle regole CFC se rivolte a Paesi comunitari: punti fermi e sollecitazioni sulla sentenza Schweppes*, Dial. dir. trib., 2006, p. 1591 ss; M. Nussi, *Profili ricostruttivi della disciplina delle CFC*, in Tributimpresa n. 3/2005; R. Cordeiro Guerra, *Le imprese estere controllate e collegate*, in F. Tesauro (a cura di), *Imposta sul reddito delle società*, Bologna, 2007, p. 962 ss; F. Ceriana – A. Tomassini, *Nuovi ingressi nella UE e legislazione CFC*, in Rass. Trib., 2007, p. 794 ss; G. Bizioli, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della*

solamente con la legge 21 novembre 2000, n. 342, il nostro legislatore, a seguito delle raccomandazioni emanate dall'OCSE, ha provveduto a regolare tale particolare aspetto della fiscalità internazionale. E ciò ha fatto introducendo una disciplina specifica nel corpo del Tuir, la quale prevedeva, in presenza di determinati requisiti, l'imputazione per trasparenza in capo al soggetto controllante residente in Italia del reddito prodotto dalle imprese controllate residenti in paesi a fiscalità privilegiata. In particolare, per effetto della trasparenza, il reddito veniva imputato in capo alla controllante residente indipendentemente dal fatto che la controllata avesse provveduto alla distribuzione degli utili.

Già dal secolo scorso molti paesi si erano preoccupati di regolare il fenomeno della tassazione delle società controllate localizzate nei paesi a fiscalità privilegiata, poiché la costituzione di controllate estere residenti in questi particolari territori poteva configurare, per il paese di residenza della casa madre, una fattispecie di concorrenza fiscale dannosa⁽¹⁶⁸⁾.

disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla Relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, 2008, p. 223 ss (Quaderni della Rivista di diritto tributario, n. 2); A. Ballancin, *Note ricostruttive sulla ratio sottesa alla disciplina italiana in tema di Controlled Foreign Companies*, in Riv. Dir. Trib., 2008, I, p. 13 ss; G. Ingraio, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla Relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, 2008, p. 255 ss (Quaderni della Rivista di diritto tributario, n. 2); A. Iannaccone, *La dimostrazione della "prima circostanza esimente" per disapplicare la normativa CFC e l'art. 110, comma 10 del Tuir: è giustificata un'assimilazione delle due norme e quale importanza hanno le interrelazioni dei soggetti non residenti con il "mercato locale" del paese estero?*, Riv. Dir. Trib., 2009, V, 112 ss; A. Franco, *Trasferimento di società dall'estero verso l'Italia, regime delle perdite ed ingresso di Controlled Foreign Company nell'ordinamento italiano*, in Riv. Dir. Trib., 2009, p. 264 ss; A. Ballancin, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC ed il diritto comunitario*, Riv. Dir. Trib. 2010, 161 ss;

¹⁶⁸ Per la rassegna dei paesi che già a partire dagli anni '60 avevano introdotto nel proprio ordinamento una disciplina sulle cc.dd. CFC, si veda G. Marino, *Paradisi e paradossi fiscali*, op. cit., p. 57 ss, il quale evidenzia come la denominazione di *Controlled Foreign Corporation Legislation* sia stata impiegata nel diritto tributario internazionale in memoria dell'utilizzo dell'appellativo fatto per la prima volta dagli Stati Uniti i quali introdussero la normativa già nel 1962.

Il problema sorgeva poiché lo Stato di residenza del soggetto controllante non poteva vantare pretese impositive sul reddito prodotto dalla controllata estera - giacché quest'ultima, in base ai principi che governavano la ripartizione della potestà impositiva, era soggetta all'imposizione nello stato di residenza - se non quando la controllata estera avesse provveduto alla distribuzione degli utili. Solamente al momento della distribuzione degli utili e dunque della loro "entrata" nel paese della controllante, lo Stato di residenza di quest'ultima poteva vantare le proprie pretese impositive.

Poiché la distribuzione degli utili poteva essere rinviata per lungo tempo (o addirittura all'infinito) e poiché le strutture societarie localizzate nei paradisi fiscali potevano essere in realtà strutture prive di consistenza economica e rappresentare meri schermi societari volti alla imputazione dei redditi altrimenti tassabili nel paese della società controllante, gli stati a fiscalità ordinaria hanno messo in campo una specifica strumentazione di contrasto.

Su questa linea, taluni stati hanno provveduto mediante il cosiddetto *jurisdictional approach*, vale a dire imputando i redditi al soggetto controllante a prescindere dalla natura del reddito prodotto dalla controllata. In altre parole, secondo tale approccio, il reddito della controllata estera veniva attribuito alla controllante residente indipendentemente dal fatto che il reddito prodotto dalla prima fosse riconducibile alla fattispecie del *passive income*. Altri Stati hanno viceversa provveduto sulla linea del cosiddetto *transactional approach*, vale a dire l'attribuzione per trasparenza in capo alla società controllante solamente dei redditi c.d. passivi.

La normativa italiana in tema di *cfc* ha formato oggetto, come andremo ad illustrare,

di importanti modifiche a partire dal momento della sua introduzione. Da un lato, infatti, il legislatore ha introdotto, in un secondo momento, una disciplina riguardante altresì le società *collegate* residenti in territori a fiscalità privilegiata. Dall'altro lato, il legislatore è intervenuto recentemente, per un verso, restringendo l'ambito di operatività delle esimenti e, per altro verso, ampliando l'ambito applicativo della disciplina fino a ricomprendere, in presenza di particolari circostanze, altresì i soggetti residenti in paesi *white list*¹⁶⁹).

Il tema delle *cfc* è un tema che negli anni ha suscitato particolare interesse da parte della dottrina. Si tratta infatti di normativa che, oltre ad impattare a livello interno

¹⁶⁹ È noto che, mediante la l. 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria per il 2008), il legislatore è intervenuto sostituendo il metodo della *black list* con il metodo della c.d. *white list*. In altre parole, per effetto di tale modifica, non si dovrà più guardare, per individuare i paesi a regime fiscale privilegiato, la *black list*, ma tali paesi saranno individuati in negativo nei paesi che non faranno parte della *white list*. In questa prospettiva, è stato introdotto l'art. 168-bis nel corpo del Testo unico delle imposte sul reddito, a mente del quale dovrà essere stillata, con Decreto dell'economia e delle finanze, la lista degli Stati e territori a fiscalità ordinaria. Con riferimento a tali Stati o territori non saranno applicabili le diverse disposizioni contenute nel testo unico volte a contrastare le pratiche elusive/evasive di stampo internazionale. Più precisamente, la lista sarà composta di due sezioni. La prima comprenderà i paesi con i quali vi è un adeguato scambio di informazioni. Questa sezione sarà impiegata, ad esempio, per le disposizioni riguardanti la indeducibilità dei costi sostenuti nei rapporti con società estere e per la presunzione di residenza dei *trust*. La seconda sezione, viceversa, comprenderà i paesi con i quali sussiste un adeguato scambio di informazioni e nei quali vi è un livello di tassazione non sensibilmente inferiore rispetto a quello applicato nel nostro paese. Questa seconda sezione sarà quella rilevante per la normativa *cfc* oltre che, ad esempio, ai fini della verifica dei requisiti stabiliti per la *participation exemption*.

Tale modifica normativa prevede comunque una normativa transitoria valevole per cinque anni. In questo periodo transitorio saranno inclusi nella *white list* tutti i paesi non inclusi nelle *black lists* (d.m. 4 settembre 1996, d.m. 21 novembre 2001 e d.m. 23 gennaio 2002). Se, una volta passati i cinque anni, non sarà raggiunto un accordo ai fini dello scambio di informazioni, i paesi saranno esclusi dalla *white list*. Ad oggi, tuttavia, non è ancora stata stillata la *white list*. Di conseguenza, si deve fare riferimento ancora alla *black list*.

Sull'argomento si veda G. Maisto, *Il metodo delle liste positive (white lists) e negative (black lists) ai fini dell'imposizione nei rapporti con Stati aventi regime fiscale privilegiato*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla Relazione Biasco alla Finanziaria 2008*. Quaderni della Rivista di diritto tributario n. 2, Milano, 2008, p. 291 ss; G. Ingraio, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), op. ult.cit., p. 283 ss; G. Marino, *Paradisi fiscali: dalle black list alle white list, dallo scambio di informazioni, alla ricettazione di informazioni*, in G. Fransoni (a cura di), *Finanziaria 2008: saggi e commenti*. Quaderni della Rivista di diritto tributario n. 1, Milano, 2008, p. 213 ss.

(per lo scollamento che determina tra soggetto produttore del reddito e soggetto in capo al quale il reddito viene tassato), produce effetti anche a livello internazionale e comunitario.

È appena il caso di evidenziare, infatti, che la normativa *cfc* incide nell'ambito di rapporti i quali, in molti casi, sono regolati da convenzioni bilaterali. In questa prospettiva, la legislazione interna potrebbe impattare e, conseguentemente, porsi in contrasto con le convenzioni contro la doppia imposizione ispirate al Modello OCSE che, secondo l'art. 7, vorrebbero il reddito tassato soltanto nel paese di residenza, salvo il caso della stabile organizzazione.

Ma la normativa in punto di *cfc* potrebbe altresì contrastare con le fonti comunitarie, soprattutto alla luce delle recenti modifiche apportate mediante il d.l. 78/2009, in un quadro di politiche ancora una volta orientate al contrasto nei confronti della delocalizzazione del reddito e, oramai, della delocalizzazione delle attività economiche.

Il tema del contrasto delle disposizioni in punto di *cfc* è un tema che ha rivestito particolare rilevanza in seno al diritto comunitario ed ha formato oggetto di specifici interventi da parte delle autorità europee. Primo fra tutti, si annovera l'importante sentenza *Cadbury Schweppes* della Corte di Giustizia¹⁷⁰, pietra miliare

¹⁷⁰ La sentenza richiamata è stata oggetto di numerosi commenti da parte della dottrina nazionale e straniera. Si veda, tale riguardo, M. Beghin, *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in *Rass. trib.* 2007, p. 983 ss.; E. Della Valle, *Tassazione degli utili della società estera controllata e rispetto del diritto di stabilimento*, in *Corr. trib.* n. 42/2006, p. 3348 ss.; S. Cipollina, *CFC Legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2007, II, 3 ss.; P. Rossi, *Aperta la via della concorrenza fiscale in ambito UE. Per la Corte UE, le regole CFC configgono con la libertà di stabilimento*, in *Il Fisco* n. 36/2006, p. 5580 ss. Anche la dottrina straniera si è occupata di tale pronuncia, per l'evidente impatto che essa è stata in grado di determinare sulle legislazioni degli Stati membri. Si veda, al riguardo, senza pretesa di esaustività F. Vanistendael, *Halifax and Cadbury Schweppes: One Single European Theory of Abuse in Tax law?*, in *EC Tax Review*, 2006, n. 4, p.

nel panorama giurisprudenziale, mediante la quale i giudici del Lussemburgo hanno vagliato la normativa *cfc* britannica fornendo importantissimi punti di riferimento anche per gli altri paesi membri.

Procediamo dunque con ordine, partendo dall'analisi della disciplina italiana introdotta, in un più ampio contesto di lotta ai paradisi fiscali implementata dai paesi a fiscalità ordinaria, a seguito delle raccomandazioni elaborate dall'OCSE.

3.2. Le disposizioni in tema di imprese estere controllate e collegate introdotta dal legislatore italiano: loro genesi.

Attraverso la disciplina sulle cc.dd. "*controlled foreign companies*" (d'ora in avanti, per comodità, *cfc*), nel far proprie le raccomandazioni diramate dall'OCSE in tema di concorrenza fiscale dannosa, il legislatore ha messo in campo una disciplina orientata a contrastare quei particolari fenomeni di articolazione del gruppo su base internazionale consistenti nella localizzazione di soggetti in Paesi o territori a fiscalità privilegiata (c.d. "Paradisi fiscali"⁽¹⁷¹⁾), allo scopo di beneficiare, in relazione ai redditi ivi collocati, di una tassazione più mite (o, addirittura, inesistente), di un significativo vantaggio in termini di assenza di obblighi specifici (sotto forma di tenuta delle scritture contabili, bilanci, eccetera), dell'assenza di rapporti di collaborazione tra l'Amministrazione finanziaria locale e quella italiana. Si badi, non si tratta – lo specifichiamo fin da subito – di normativa orientata a combattere legittime forme di risparmio fiscale attinenti alla localizzazione di attività effettivamente radicate nel territorio di insediamento, bensì di normativa

192 ss; G.T.K. Meussen, *Cadbury Schweppes: the Ecg significantly limits the application of CFC rules in the Member States*, in *European Taxation* 1/2007, p. 13 ss.

orientata a combattere pratiche di stampo elusivo, caratterizzate dall'impiego di strutture prive di consistenza economica.

La problematica è stata affrontata sia a livello comunitario, sia a livello internazionale. Ed invero, essa ha formato oggetto di specifici studi e raccomandazioni. A livello europeo, infatti, è stato emanato il cosiddetto *Codice di Condotta*⁽¹⁷²⁾, e, a livello internazionale, il problema è stato affrontato mediante il rapporto Ocse intitolato *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*⁽¹⁷³⁾. Mediante tale ultimo documento, in particolare, venivano fornite una serie di raccomandazioni rivolte a tutti gli stati membri nel senso della necessità di introdurre discipline volte a contrastare il fenomeno della localizzazione delle controllate estere in paesi con regimi fiscali privilegiati. Tale modalità di

¹⁷² Si veda, sul punto, <<Conclusioni del consiglio Ecofin del 1 dicembre 1997 in materia di politica fiscale>>, (C-98/C201), in G.U.C.E. 6 gennaio 1998-C2. In particolare, si veda All. 1 al citato documento. Sull'argomento si veda R. Seer, *Le fonti del diritto comunitario ed il loro effetto sul diritto tributario*, in A. Di Pietro (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 42 ss; H. Gribnau, *Per una maggiore legittimazione della soft law nel diritto tributario dell'Unione Europea*, in A. Di Pietro (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea, op. cit.*, p. 153-154; P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010, p. 244 ss.

¹⁷³ Cfr. R. Cordeiro Guerra, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle controlled foreign companies*, in *Rass. trib.* 2000, p. 1399 ss, il quale evidenzia come gli impulsi provenienti dall'esterno (dal Codice di Condotta e dalle Raccomandazioni Ocse) abbiano senz'altro impattato sulla urgenza e le dimensioni del problema. Ciò nondimeno, secondo il citato autore, non sono sufficienti per <<prescindere dalla seria elaborazione di una risposta interna, in linea col tessuto dell'ordinamento nel quale si innesta ed adeguata all'epoca nella quale è destinata ad operare>>. Il richiamato autore giunge a tali conclusioni giacché, a seconda di come si giustifica la disciplina in parola, essa è idonea ad aprire diverse problematiche, dalla connessione tra reddito e soggetto passivo ai fini del rispetto della capacità contributiva, ai problemi connessi al superamento dello schermo costituito dalla società quale autonomo soggetto giuridico di imputazione del reddito. Su tali aspetti si veda altresì il lavoro di D. Stevanato, *Controlled foreign companies, op. cit.*, p. 820 ss. Si veda altresì R. Lupi, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in *Rass. trib.* n. 6/2000, p. 1730 ss, il quale evidenzia come il legislatore italiano, fino alla introduzione dell'art. 127-bis, abbia mantenuto <<i collegamenti territoriali tradizionali, basati su una rigida insuperabilità dello schermo societario>>. Il medesimo autore, in un precedente lavoro, aveva altresì messo in luce come la normativa italiana fosse inadeguata dal momento che risultava priva di una disciplina *cfc*. Così R. Lupi, *L'amministrazione finanziaria alla prova della globalizzazione*, in *Rass. trib.* 1999, p. 1129 ss.

pianificazione fiscale, invero, costituiva, per i paesi a fiscalità ordinaria, una forma di concorrenza fiscale dannosa.

Se da un lato, infatti, il fenomeno dell'impresa articolata sottoforma di gruppo è stato valorizzato anche dal legislatore comunitario, il quale, nel corso degli anni, ha introdotto specifiche discipline volte a tutelare questa particolare conformazione delle attività economiche a fronte della importanza ad esse attribuita in punto di crescita e sviluppo delle imprese a livello internazionale, dall'altro lato, le stesse istituzioni europee - in particolare la Corte di Giustizia - hanno altresì messo in luce come la libertà di stabilimento (che è valorizzata dalle imprese localizzate, appunto, su scala transnazionale) non può essere impiegata con l'intento di eludere le norme tributarie nazionali⁽¹⁷⁴⁾. Ciò - si badi - non già nella semplice prospettiva di evitare che le attività siano localizzate laddove il prelievo fiscale sia più mite, bensì nell'ottica di evitare che le strutture societarie siano, nella realtà, fittizie, cioè prive di una consistenza economica. Altrimenti detto, ciò che sta alla base delle disposizioni in parola, come già accennato più sopra, non è l'idea di contrastare ogni ricerca di risparmio fiscale. La ricerca del risparmio fiscale, di per sé, non è idonea infatti a configurare una forma di elusione fiscale o abuso del diritto⁽¹⁷⁵⁾. Ciò

¹⁷⁴ Su tale aspetto si veda G. Marino, *Relazioni di controllo e attività d'impresa*, Riv. Dir. Trib., 2009, p. 851 ss, il quale evidenzia come nella prospettiva "dinamica-propulsiva" le relazioni di controllo siano state valorizzate e tutelate da specifiche normative, come la direttiva madre-figlia, la direttiva riguardante il regime applicabile ai pagamenti di interessi e *royalty* infragruppo e, finanche, la direttiva riguardante le operazioni straordinarie transfrontaliere. Tutte le richiamate normative contribuiscono, secondo il citato Autore, a rafforzare i gruppi di imprese, nella prospettiva della importanza che rivestono nella attuale economia i gruppi multinazionali. Sulle disposizioni antiabuso nelle direttive, si veda F. Avella, *Antiabuso e direttive madre-figlia e interessi-royalties*, in G. Maisto (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*. Quaderni della Rivista di diritto tributario, Milano, 1/2009.

¹⁷⁵ Sulla sovrapposibilità dei termini elusione fiscale e abuso del diritto, si veda M. Poggioli, *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia d'Iva e ne tratteggia le conseguenze sul*

che invece sta alla base delle disposizioni in tema di *cfc* dovrebbe essere l'idea di evitare la allocazione in paesi a fiscalità privilegiata di strutture artificiose, orientate solamente all'imputazione di redditi passivi ed in capo alle quali non vi è l'esercizio effettivo di un'attività economica. In altre parole, la disciplina in commento non dovrebbe essere orientata a contrastare la concreta delocalizzazione delle attività economiche, ma l'apparente delocalizzazione di attività mediante strutture di *puro artificio* finalizzata a distrarre redditi che diversamente sarebbero imputati alla casa madre residente in paesi a fiscalità ordinaria. In breve, si vuole osteggiare una delocalizzazione apparente dell'attività economica che, nella realtà, altro non rappresenta se non la delocalizzazione del reddito verso paesi nei quali la pressione fiscale risulta più mite.

3.3. Funzionamento delle disposizioni in punto di *cfc* nell'ordinamento italiano fino alle modifiche introdotte dal d.l. 78/2009.

La reazione approntata dal sistema tributario domestico avverso i fenomeni sopra descritti è rappresentata, come avviene anche in altri ordinamenti, da un meccanismo di imputazione per trasparenza dei redditi dell'impresa controllata estera al soggetto controllante residente, e dalla conseguente tassazione di quei redditi mediante applicazione dell'imposta sostitutiva. Oggetto di tassazione in Italia è, in particolare, l'utile del soggetto controllato, rideterminato secondo le

piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?, Riv. dir. trib., 2006, III, p. 122 ss; M. Beghin, *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in G. Maisto (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario: orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, Milano, 2009, p. 23 ss; A. Colli Vignarelli, *Pratica abusiva e autonomia contrattuale: un ulteriore contributo della Corte di Giustizia UE*, Rass. trib. n. 6/2011, p. 1616 ss

regole previste dall'ordinamento interno per i "redditi d'impresa", con conseguente applicazione delle variazioni in aumento ed in diminuzione previste nell'ambito di tale categoria reddituale.

In particolare, possiamo distinguere - anche per ragioni di chiarezza espositiva - la normativa in vigore fino alle modifiche introdotte dal d.l. 78/2009 dalla normativa introdotta a seguito del richiamato decreto. Si tratta di modifiche di particolare rilievo che meritano di essere menzionate separatamente giacché esse costituiscono un'importante discriminazione, sia al fine di valutare eventuali dubbi di costituzionalità, sia al fine di valutare la compatibilità della disciplina italiana *cfc* con i principi comunitari⁽¹⁷⁶⁾.

Cerchiamo dunque di tratteggiare la disciplina prevista per la tassazione delle imprese estere controllate siccome introdotta dal legislatore e rimasta in vigore fino all'emanazione del d.l. 78/2009 già menzionato.

¹⁷⁶ Sulla disciplina *cfc* italiana dopo le modifiche introdotte dal d.l. 78/2009, si veda M. Beghin, *L'abuso del diritto nelle operazioni internazionali*, in *Corr. trib.* n. 12/2010, p. 957 ss; D. Stevanato, *Lo strumento tributario contro la delocalizzazione produttiva: decreto anticrisi e modifiche alle cfc*, in *Dial. trib.* 4/2009; M. Poggioli, *"Scudo fiscale", presunzione legale di evasione "per equivalente" e disciplina CFC*, in *AA.VV., Scudo fiscale e azione di contrasto ai paradisi fiscali*, Repubblica di San Marino, 2009, p. 43 ss; Id., *La "novella" nella disciplina CFC e il diritto dell'Unione Europea: armonia o conflitto?*, in *Il Commercialista Veneto* n. 196/2010, p. 5 ss; G. Marino, *La presuntuosa disciplina CFC e le incongruenze delle sue esimenti*, in corso di pubblicazione negli Atti della giornata di studi in onore del Prof. Gaspare Falsitta, svolta presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova il 13 febbraio 2009; Id., *La nozione di mercato nella disciplina CFC: verso una probatio diabolica?*, in *Riv. dir. trib.* n. 12/2011, p. 1113 ss; E. M. Bagarotto, *La compatibilità con l'ordinamento comunitario della disciplina in materia di controller foreign companies alla luce delle modifiche apportate dal <<decreto anti-crisi>>*, in *Giustizia Tributaria* n. 1/2010, p. 1 ss; A. M. Gaffuri, *Le nuove norme sulle CFC e la libertà di scelta dell'imprenditore riguardo al luogo di svolgimento dell'attività economica*, in corso di pubblicazione negli Atti della giornata di studi in onore del Prof. Gaspare Falsitta, *op. cit.*; S. Garufi, *La nuova disciplina delle CFC*, in *Rass. trib.* n. 3/2010, p. 619 ss; A. Vozza, *L'interpello per le controllate non residenti in Paesi <<black list>>*, in *Corr. trib.* n. 19/2010, p. 1523 ss; E. Bidoggia, *L'imputazione del reddito derivante da partecipazioni di controllo in imprese estere (Controlled foreign companies legislation)*, in *Boll. Trib.*, 2011, p. 1049 ss. Anche l'Agenzia delle entrate si è occupata delle modifiche introdotte dal d.l. "anticrisi". Cfr Circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010.

Mediante l'introduzione dell'art. 127-bis nel corpo del Tuir (poi confluito integralmente nel corpo dell'art. 167 Tuir a seguito della rinumerazione degli articoli determinata dalla c.d. Riforma Tremonti), il legislatore ha statuito che, quando si verifica una situazione nella quale un soggetto residente nel nostro paese detiene partecipazioni tali da garantire il controllo (diretto o indiretto) di una società, di un'impresa o di un ente localizzato⁽¹⁷⁷⁾ in un territorio *black list*, il reddito prodotto dal soggetto controllato deve essere imputato per trasparenza in capo al socio controllante in proporzione alla percentuale di partecipazione agli utili detenuta dal soggetto residente. In tal modo, lo "schermo societario", ai fini fiscali viene disconosciuto dimodoché il reddito viene tassato direttamente in testa al soggetto residente nel nostro paese⁽¹⁷⁸⁾.

Non tutte le società, imprese o enti residenti all'estero, dunque, rientravano nella formulazione iniziale della disposizione in commento, ma solo i soggetti nei confronti dei quali il soggetto controllante residente esercitava, appunto, il controllo derivante da una partecipazione che superava una certa caratura. E, ancora, rientravano solamente i soggetti controllati localizzati in un paese che rientrava nella c.d. *black list*, vale a dire nell'elenco dei paesi "non virtuosi" individuati sulla base di due particolari caratteristiche. Il riferimento va al d.m. 21 novembre 2001, il quale individuava (e ancora oggi individua, almeno fino alla approvazione della *white list*) gli stati e i territori⁽¹⁷⁹⁾ che rilevavano ai fini della normativa *cfc*,

¹⁷⁷ Il concetto di <<localizzazione>> è inteso in modo ampio, tale da ricomprendere ogni situazione a fronte della quale il soggetto estero può beneficiare della fiscalità dello Stato o territorio *black list*. Cfr, sul punto L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 Tuir, op. cit.*, p. 832.

¹⁷⁸ La disciplina è stata poi completata dall'emanazione del d.m. 21 novembre 2001, n. 429.

¹⁷⁹ Il riferimento alla dicitura "*Stati o territori*" è dovuto al fatto che, in taluni casi, il soggetto estero potrebbe essere localizzato in uno Stato a fiscalità ordinaria all'interno del quale, tuttavia, vi sono territori che, viceversa, rientrano nel due parametri individuati nel testo. Si pensi, ad esempio, al

selezionati sulla base dei parametri di riferimento qui di seguito specificati: a) per avere un livello di tassazione sensibilmente inferiore rispetto al livello di tassazione previsto nel nostro paese; ciò, non solo con riguardo alle aliquote applicate, bensì anche alla luce dei criteri di determinazione della base imponibile); b) per essere connotati da scarsa propensione alla collaborazione amministrativa da parte, appunto, della amministrazione finanziaria straniera⁽¹⁸⁰⁾.

Quest'ultimo metodo (il metodo, appunto, delle *black list*) riguardante l'individuazione dei territori o Stati a fiscalità privilegiata risulta tutt'ora applicabile dal momento che il nuovo sistema delle *white lists*, siccome introdotto dalla Finanziaria per il 2008, non è ancora entrato in vigore per la mancata stesura della lista dei paesi nei confronti dei quali la disciplina non si applica.

3.3.1. Presupposto soggettivo: i soggetti residenti coinvolti nella disciplina e i soggetti controllati esteri.

Quanto ai presupposti soggettivi di applicazione, il legislatore, con riguardo ai soggetti residenti controllanti, si riferisce non solo alle società, bensì si riferisce anche alle persone fisiche. In generale, dunque, oltre ai soggetti Ires (società di capitali residenti, società cooperative e di mutua assicurazione residenti, enti commerciali residenti ed enti non commerciali residenti), rientrano anche i soggetti

territorio di Madeira per il quale la legislazione portoghese prevede un regime fiscale agevolato (riferimenti in tal senso si trovano in M. Pennesi – C. Benigni, *Esterovestizione: la sede dell'amministrazione determina la residenza fiscale*, op. cit., p. 1878).

¹⁸⁰ Tale elenco è inoltre suddiviso in diverse parti. L'art. 1 individua i paesi che rientrano in ogni caso nella disciplina cfc; l'art. 2 individua i paesi inclusi fatta eccezione per talune ipotesi (ad esempio, gli Emirati Arabi risultano un paese a fiscalità privilegiata, ciò nondimeno risultano escluse dalla normativa le società operanti nel settore petrolifero); l'art. 3 individua, invece, i paesi che sono inclusi nella normativa solo per specifiche ipotesi (ad esempio, il Lussemburgo rientra nei paesi a fiscalità privilegiata per l'applicazione della normativa cfc solamente per quanto riguarda le cc.dd. holding del '29).

irpef, vale a dire le società di persone e le persone fisiche (imprenditori o meno che siano).

In effetti, tale soluzione è quella che si concilia al meglio con la *ratio* della disciplina la quale, come andremo ad illustrare, mira ad evitare schemi di pianificazione fiscale mediante i quali le imprese vengono allocate in stati o territori a regime fiscale privilegiato senza che ad esse sia attribuito il concreto esercizio di un'attività, ma quali meri schermi per l'imputazione di redditi. È evidente che tale comportamento può essere attribuito sia ad una società di capitali residente, sia ad una società di persone residente e, infine, sia ad una persona fisica (imprenditore o meno).

Sono esclusi, invece, le società e gli enti non residenti in Italia i quali, come da regole generali sulla territorialità, scontano le imposte nel nostro paese solamente con riguardo ai redditi ivi prodotti.

Quanto alle caratteristiche del soggetto localizzato nello Stato o territorio a regime fiscale privilegiato, il legislatore, nel tratteggiare i confini della disciplina, si riferisce a <<imprese>>, <<società>> e <<altro ente>>. È evidente, anche in questa prospettiva, l'ampiezza di contenuto, la quale arriva a comprendere altresì soggetti diversi dalle società (con i connessi problemi derivanti dalla necessaria determinazione del controllo rilevante ai fini della imputazione per trasparenza del reddito). Ricomprendere nella disposizione l'espressione <<altro ente>> significa voler introdurre una fattispecie residuale, capace di attrarre nell'ambito applicativo della disciplina una vasta gamma di soggetti.

Nonostante l'ampiezza di respiro della disposizione, non si può non rilevare

tuttavia come tutti gli enti, per poter ricadere nell'ambito di applicazione della disciplina, debbano svolgere un'attività d'impresa⁽¹⁸¹⁾. A tale conclusione si giunge se solo si considera che la medesima disposizione stabilisce che i redditi del soggetto non residente sono determinati sulla base delle disposizioni relative alla determinazione del reddito di impresa⁽¹⁸²⁾. È di conseguenza preferibile escludere tutti quegli enti che non esercitano tale attività d'impresa. A sostegno di questa posizione, si può notare come la dottrina⁽¹⁸³⁾ tra l'altro ritenga che gli enti non residenti non commerciali (enti, quindi, che possono svolgere in via non principale anche attività d'impresa) dovrebbero rimanere esclusi dall'ambito di applicazione della disposizione e ciò in considerazione del fatto che per questi soggetti non potrebbe operare la prima delle due cause esimenti di cui al comma 5 dell'art. 167 Tuir ⁽¹⁸⁴⁾⁽¹⁸⁵⁾. È evidente che, laddove si accettasse la tesi opposta, verrebbe a crearsi, per tali soggetti, un ingiustificato inasprimento della disciplina antielusiva.

¹⁸¹ Tali enti, comunque, esercenti o meno attività imprenditoriale, «possono assumere rilievo come "anelli della catena" di controllo verso altre imprese dislocate in paradisi fiscali» (in questo senso si è espressa Assonime, Circolare n. 65 del 18 dicembre 2000, paragrafo 2.6). Nello stesso senso si veda L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 Tuir, op. cit.*, p. 832.

¹⁸² In questo senso cfr G. Maisto, *Il regime di imputazione dei redditi delle imprese partecipate (cd. Controlled Foreign Companies)*, in Riv. dir. trib. 2000, IV, p. 45, secondo il quale «<nell'ipotesi in cui l'ente non residente (...) non eserciti un'attività d'impresa non si realizzano i presupposti soggettivi di applicazione della norma>>»; Assonime, Circolare n. 65 del 18 dicembre 2000, paragrafo 2.6.

¹⁸³ G. Maisto, *op. ult. cit.*, p. 45

¹⁸⁴ L'esimente in esame (nel testo oggi in vigore) prevede che «<Le disposizioni (...) non si applicano se il soggetto residente dimostra (...) che la società o altro ente non residente svolga un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nel mercato dello Stato o territorio di insediamento (...)>>». Sul tema delle esimenti si tornerà comunque *infra*, ci basta qui rilevare che, laddove l'ente non svolga attività d'impresa, non potrà giammai adire a questa causa esimente.

¹⁸⁵ Secondo G. Maisto, *op. cit.*, p. 45, nota 17, tale circostanza esimente «<è stata chiaramente redatta nel presupposto di una esclusione tout court degli enti non commerciali non residenti dal novero delle "imprese estere partecipate">>». Si segnala che l'esimente cui si riferisce l'Autore ricalca quasi pedissequamente quella attuale, dal momento che il d.l. 78/2009 ha reintrodotto il riferimento al "mercato" che era stato inizialmente previsto dal disegno di legge precedente alla introduzione dell'art. 127 bis, ma era stato espunto dal testo definitivo di quest'ultimo articolo. L'affermazione dal richiamato Autore è pertanto valida anche oggi. Il testo dell'esimente cui faceva riferimento G. Maisto era infatti così formulato: «<le disposizioni (...) non si applicano se l'impresa, la società o altro ente non residente svolge principalmente un'attività industriale o commerciale effettiva nel mercato del Paese nel quale ha sede>>».

Non vi sono ragioni infatti per non escludere quegli enti che non svolgono in alcun modo attività d'impresa e per i quali, quindi, sarebbe assolutamente impossibile dimostrare lo svolgimento di un'effettiva attività industriale o commerciale.

Emblematico, in tal senso, può essere il caso delle SCI Monegasche.

Non v'è dubbio che, sul versante dei presupposti oggettivi individuati *ex lege*, la disciplina di cui all'art. 167 del Tuir possa astrattamente considerarsi applicabile al caso delle SCI Monegasche, nel caso in cui il rapporto di controllo sia verificato⁽¹⁸⁶⁾.

E' noto, infatti, che il Principato di Monaco rientra - fatte salve specifiche fattispecie di esclusione⁽¹⁸⁷⁾ - nella lista di cui all'art. 2 del D.M. 21 novembre 2001 (e successive modificazioni), la quale individua gli "*Altri Stati e territori aventi un regime fiscale privilegiato con esclusione di alcune società*".

A diversa conclusione si perviene, quanto all'applicabilità della disciplina contenuta nel più volte richiamato art. 167 cit., se soltanto ci si sofferma sulla sussistenza dei presupposti soggettivi che sono in esso delineati. La disposizione subordina infatti l'applicazione della disciplina *cfr* al fatto che il soggetto residente in Italia detenga, direttamente o indirettamente, il controllo <<di una impresa, di una società o di altro ente>> residente o localizzato in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'art. 168-bis del Tuir.

Orbene, ad un primo esame e sulla scorta di un'interpretazione letterale, le "SCI" di diritto monegasco sembrerebbero potersi ricondurre tra le "società" ovvero tra gli "altri enti" cui la lettera dell'art. 167 pone espresso riferimento. L'ampiezza del dato

¹⁸⁶ In merito alla interpretazione da attribuire al requisito del "controllo", siccome inteso nell'ambito della disciplina CFC, *cfr.*, per tutti, D.Stevanato, *Controlled Foreign Companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Riv. dir. trib., 2000, I, 776 ss. Su questo argomento si tornerà comunque nel seguito del presente capitolo.

¹⁸⁷ Sono escluse le società le quali realizzano almeno il 25 per cento del proprio fatturato al di fuori del Principato.

letterale sembrerebbe, in effetti, lasciare spazio ad un'interpretazione della disposizione volta a ricondurre nella sfera di applicazione dell'art. 167 cit. un ventaglio di fattispecie di eterogenea natura, caratterizzate o meno dall'esercizio di un'attività d'impresa.

E' chiaro, tuttavia, che, come detto poc'anzi, la conclusione testé tratteggiata sulla scorta dell'interpretazione letterale della disposizione dev'essere attentamente valutata alla luce di altri argomenti ermeneutici. Infatti, è agevole osservare come la lettera della disposizione menzionata, portata alle sue più estreme conseguenze, conduca ad un risultato inaccettabile dal punto di vista logico-sistematico.

A dispetto dell'apparente ampiezza ed omnicomprensività del dato testuale, infatti, si ritiene che la sfera di applicazione dell'art. 167 Tuir debba essere circoscritta, allo scopo di ricondurvi i soli soggetti controllati esteri esercenti un'attività d'impresa⁽¹⁸⁸⁾. Tale peculiare connotazione (quella, appunto, rappresentata

¹⁸⁸ La tesi dell'inclusione, nel campo di applicazione dell'art. 167 Tuir, dei soli soggetti esteri esercenti un'attività d'impresa viene avallata da C. Garbarino, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2005, 1401; E. Bidoggia, *L'imputazione del reddito derivante da partecipazioni di controllo in imprese estere (Controlled foreign companies legislation)*, in *Boll. trib.*, 2011, 1049, ove l'A. afferma che, in mancanza di un'impresa, <<il soggetto estero potrà tutt'al più assumere rilevanza come anello della catena di controllo>>; ne consegue che - stando al citato A. - l'applicazione al soggetto collocato nel Paradiso fiscale della disciplina di cui all'art. 167 Tuir potrebbe avvenire soltanto qualora il citato soggetto controlli, a sua volta, un altro ente esercente attività commerciale; A. Dragonetti - V. Piacentini - A. Sfondrini, *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2010, 1245 ss., i quali evidenziano come, attraverso la lettura del D.M. n. 429/2001, possa desumersi che <<l'utile tassabile in Italia per trasparenza è solo quello derivante dal compimento di operazioni di indole commerciale>>. In senso conforme si esprime anche Assonime nella circolare 18 dicembre 2000, n. 65, ove si legge che <<(…) fra i soggetti partecipati - ai fini CFC - è inoltre compreso (…) ogni altro ente; il che appare del tutto logico nell'ipotesi in cui anche l'ente si ponga come centro di riferimento di attività imprenditoriali. Più delicata si presenta invece la questione per gli enti che esercitino altre attività e conseguano altre tipologie di reddito. Fermo rimanendo che anch'essi, evidentemente, possono assumere rilievo come "anelli della catena" di controllo verso altre imprese dislocate in paradisi fiscali, non è chiaro se possano formare essi stessi oggetto di consolidamento secondaria disciplina in esame. Motivi di ordine logico e razionale indurrebbero ad escludere questa soluzione: oltretutto deporrebbe in questo senso anche il regime di determinazione del reddito del soggetto partecipato estero basato sulle regole del reddito di impresa>>. Nel medesimo senso, ancorché in termini più sfumati, si esprime anche L. CARPENTIERI, *Commento all'art. 167 del Tuir*, cit., 832. *Contra*, R. FRANZÈ, *Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti controllati non residenti (c.d. "Controlled Foreign*

dall'esercizio di un'attività imprenditoriale) porta ad escludere, rispetto alle SCI, l'applicabilità della disciplina prevista in punto di *cfc legislation*.

Le ragioni alla base di tale esclusione sono molteplici e possono essere riassunte nei termini che seguono.

Nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 167 cit. al caso delle SCI monegasche depongono, anzitutto, argomentazioni connesse al rispetto dei principi sanciti dalla Carta costituzionale. Laddove si estendesse il campo di applicazione della disciplina *cfc* anche alle SCI di diritto monegasco, si creerebbe, come accennato più in alto, un'evidente disparità di trattamento tra i soggetti ai quali è consentita l'adozione dell'esimente di cui all'art. 167, comma 5, lett. a) del Tuir e i soggetti (le SCI di diritto monegasco, per l'appunto), ai quali, viceversa, tale possibilità è strutturalmente preclusa, in ragione della particolare natura civilistica che li contraddistingue. Trattandosi di società di persone di carattere civile, le stesse sono infatti destinate a perseguire il mero godimento dei frutti derivanti dagli immobili ovvero dai diritti reali immobiliari di cui esse risultino titolari. Siamo dunque al cospetto di società alle quali, per espressa previsione statutaria, è precluso il realizzo di attività di carattere commerciale, le quali risulterebbero incompatibili con la natura stessa di tali soggetti giuridici¹⁸⁹. Ne consegue che per esse

Companies legislation"), in V.Uckmar (coordinato da), Corso di diritto tributario internazionale, Padova, 2002, 769, il quale afferma che <<(…) la norma non esclude gli enti esteri non esercenti attività d'impresa>>.

¹⁸⁹ In tal senso si vedano, per tutti, M. Boidi – E. Lenti, *La tassazione dei redditi delle Sci francesi e monegasche oggetto di "scudo fiscale"*, in *Il Fisco* 2010, p. 3465 ss. Tale impostazione viene valorizzata, sia pure con riferimento agli enti non commerciali non residenti e in relazione alla previgente formulazione della disciplina, contenuta nell'art. 127-bis del Tuir, anche da G. Maisto, *Il regime di imputazione dei redditi delle imprese estere partecipate (cd. Controlled Foreign Companies)*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, IV, 45, il quale osserva come la circostanza esimente (allora) consistente nella dimostrazione che l'ente residente "svolge principalmente un'attività industriale o commerciale effettiva nel mercato del Paese nel quale ha sede" risultasse <<chiaramente inapplicabile agli enti non

risulterebbe, in ogni caso, impossibile la dimostrazione della circostanza esimente individuata *ex lege* nello svolgimento di un'effettiva attività industriale o commerciale. Si tratta, come è ben evidente, di un risultato inaccettabile, in quanto contrastante con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.

Ad analogo approdo si perviene altresì anche laddove si consideri che, diversamente argomentando, si imporrebbe ad un soggetto che non svolge – come detto – attività d'impresa l'obbligo di rideterminare il proprio reddito sulla base delle regole previste dal diritto italiano per la categoria dei redditi d'impresa. E ciò in presenza di un soggetto (la SCI monegasca, per l'appunto), il quale, laddove residente in Italia, non ricadrebbe all'interno dello spettro di applicazione dell'art. 55 Tuir (disposizione, questa, dedicata alla disciplina dei "Redditi d'impresa")⁽¹⁹⁰⁾⁽¹⁹¹⁾.

Ancora, l'esclusione della SCI dall'ambito applicativo dell'art. 167 del Tuir può essere sostenuta facendo leva, altresì, sull'argomento formale rappresentato dalla

commerciali non residenti non potendo tali soggetti esercitare principalmente un'attività industriale o commerciale>>.

¹⁹⁰ In questo senso, cfr., per tutti, M. Boidi – E. Lenti, *La tassazione dei redditi delle Sci francesi e monegasche oggetto di scudo fiscale*, op. cit., 3465 ss.; A. Dragonetti – V. Piacentini – A. Sfondrini, *Manuale di fiscalità internazionale*, op. cit., 1246, i quali affermano chiaramente che <<(…) attraverso il meccanismo previsto dall'art. 167, sono imputati per trasparenza al controllante italiano i redditi che, se fossero stati ottenuti in Italia nelle stesse circostanze in cui sono stati prodotti nel paese a bassa fiscalità, avrebbero condotto alla realizzazione di un reddito d'impresa alla stregua delle regole del TUIR>>. Al riguardo, si veda altresì F. Ardito, *Commento all'art. 167 del Tuir*, in G. Tinelli (a cura di), *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, Padova, 2009, 1434, il quale sottolinea come l'art. 167 del Tuir sia <<indirizzato esclusivamente a società ed enti (controllati) che producono redditi d'impresa>>.

¹⁹¹ Tale conclusione è subordinata, naturalmente, al presupposto che la SCI di diritto monegasco svolga effettivamente le attività contemplate dallo statuto. Difatti, qualora risultasse, attraverso un'indagine attenta al dato fattuale (e disattenta, per contro, alle indicazioni cartolari), che l'attività svolta dalla SCI si connota, sulla base delle regole italiane, sul piano della commercialità, potrebbero trovare spazio contestazioni dell'Amministrazione finanziaria volte a ricondurre i redditi prodotti dal soggetto estero nel campo applicativo dell'art. 167 Tuir.

rubrica dell'art. 167 Tuir, la quale è inequivocabile nel riferirsi alle "imprese" estere controllate⁽¹⁹²⁾.

L'esempio analizzato, riguardante il caso delle SCI monegasche, mette ben in luce la necessità di circoscrivere l'applicazione della normativa *cfc* con riguardo ai soggetti esteri che svolgano attività di impresa.

Chiarita dunque la portata dei presupposti soggettivi, proseguiamo ora nel tratteggiare il meccanismo di funzionamento della disciplina *cfc*.

3.3.2. Il requisito del controllo.

Abbiamo già anticipato che il legislatore, ai fini della applicazione della disciplina *cfc*, richiede la sussistenza del requisito del controllo⁽¹⁹³⁾. In particolare, il testo della disposizione fa riferimento al controllo diretto e indiretto tra soggetto residente ed impresa estera.

Al fine di definire in maniera più precisa i contorni della disciplina in parola, è necessario, in primo luogo, fare riferimento al comma 3 dell'art. 167 tuir, a mente del quale <<Ai fini della determinazione del limite del controllo di cui al comma 1, si applica l'articolo 2359 del codice civile, in materia di società controllate e società collegate>>, e all'art. 1, comma 3, del d.m. attuativo n. 429/2001, il quale precisa che <<Ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al comma 1, si applicano, i criteri indicati nell'art. 2359, primo e secondo comma, del codice civile e rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero

¹⁹² Tale argomento è valorizzato, in dottrina, da numerosi Autori. Si vedano, per tutti, M. Boidi - E. Lenti, *La tassazione dei redditi delle Sci francesi e monegasche oggetto di scudo fiscale*, op. cit., 3465 ss.; A. Dragonetti - V. Piacentini - A. Sfondrini, *Manuale di fiscalità internazionale*, op. cit., 1245.

¹⁹³ Su tale argomento si richiama, in particolare, il lavoro di D. Stevanato, *Controlled Foreign Companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Riv. dir. trib. n. 7-8/2000, p. 777 ss.

controllato. Ai medesimi fini, per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917>>.

Ebbene, con lo scopo di definire il requisito del controllo, il legislatore ha individuato, come punto di riferimento, l'art. 2359 cod.civ., ricomprendendo non solo le ipotesi di controllo diretto, ma anche quelle di controllo indiretto, vale a dire attuato mediante partecipazioni detenute da altri soggetti i quali, a loro volta, detengono partecipazioni nei soggetti localizzati nei territori a più bassa fiscalità.

Le motivazioni che sottostanno alla necessaria sussistenza del controllo sono di tutta evidenza: solamente l'influenza del *domus* residente è in grado di giustificare l'attrazione del reddito dell'impresa controllata. Solo in questo modo, in altre parole, è possibile che effettivamente il soggetto residente possa, indipendentemente dalla *ratio* che si attribuisce alla disciplina *cfc* (sia essa orientata a combattere pratiche di elusione internazionale attuate mediante la localizzazione di costruzioni artificiali in territori a fiscalità privilegiata o politiche di *tax deferral*), porre in essere pratiche volte ad ottenere vantaggi fiscali attraverso la localizzazione di altri soggetti in particolari territori a fiscalità privilegiata⁽¹⁹⁴⁾.

Ma non solo. Ed infatti, il medesimo legislatore non si è limitato a ricomprendere il controllo di diritto (vale a dire quella tipologia di controllo che implica che il soggetto partecipante disponga della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria), ma anche il controllo di fatto (che si verifica quando il

¹⁹⁴ Solamente se ho il controllo posso decidere di localizzare una struttura artificiosa in un determinato paese al fine di imputare in capo ad essa redditi passivi. Ancora, solamente se ho il controllo, posso imporre all'impresa estera di rinviare la distribuzione degli utili dimodoché il reddito non entri (e dunque non venga tassato) nel nostro paese. Se manca il controllo, è difficile immaginare che il soggetto residente abbia il potere di "manovrare" l'impresa estera per ottenere il risparmio di imposta derivante da tali costruzioni.

soggetto che partecipa esercita un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria della partecipata in forza dei voti dei quali dispone), oltre che il controllo fondato su particolari vincoli contrattuali.

Più precisamente, nell'ipotesi di controllo indiretto rientra il controllo detenuto <<anche tramite società fiduciarie o per interposta persona>>. Il termine <<anche>> fa intendere che il controllo tramite società fiduciarie e per interposta persona non rappresenta una elencazione tassativa, bensì una esemplificazione, dimodoché rileva, nella prospettiva della verifica del superamento della soglia richiesta *ex lege*, anche il controllo indiretto detenuto per il tramite di altre società⁽¹⁹⁵⁾. Ciò vale, pertanto, anche per i gruppi societari sviluppati sottoforma di catena partecipativa (sviluppati, in altre parole, in linea verticale...purché la soglia prevista venga superata).

Le ragioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre una nozione così ampia di controllo sono rinvenibili senz'altro nel timore di comportamenti volti alla

¹⁹⁵ In dottrina si è rilevato che non rilevano solamente <<le ipotesi di controllo indiretto attuato attraverso subholding, ma anche qualsiasi altra situazione di interposizione reale>>. Così L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 Tuir, op. cit.*, p. 831. Sul punto si veda altresì D. Stevanato, *Controlled Foreign Companies, op. cit.*, il quale evidenzia come la disposizione non sia volta a regolare fenomeni di interposizione fittizia. Il medesimo Autore evidenzia inoltre come una parte della dottrina (G. Maisto, *Il regime di imputazione dei redditi delle imprese estere partecipate (cd. Controlled foreign companies)*, in Riv. dir. trib. 2000, IV, 50) avesse inizialmente sostenuto che l'intento del legislatore era quello di delimitare le fattispecie del controllo indiretto a quelle sole ipotesi di controllo detenuto mediante fiduciarie o altri rapporti giuridici idonei a configurare interposizione (reale o fittizia) di persona. La soluzione abbracciata da D. Stevanato, è tuttavia quella che va nel senso di ricomprendere altresì il controllo detenuto per il tramite di altre società. E a tale soluzione perviene tramite due diverse strade. In primo luogo, esso fa leva sul termine <<anche>>, introdotto successivamente mediante emendamento. In secondo luogo, fa leva sul fatto che la disciplina si applica altresì per i redditi prodotti da imprese residenti in paesi a fiscalità ordinaria per il tramite di stabili organizzazioni localizzate in territori a fiscalità privilegiata. Tale circostanza, secondo il richiamato Autore, denota la necessità di estendere la portata della disciplina anche nei casi in cui il controllo del soggetto localizzato nel territorio a fiscalità privilegiata sia detenuto per il tramite di un'altra società localizzata in un paese a fiscalità ordinaria. Diversamente, sarebbe piuttosto agevole, interponendo un soggetto in un paese a fiscalità ordinaria, sfuggire dall'ambito applicativo della disciplina.

frammentazione delle partecipazioni, attuata al fine di riuscire a rimanere al di fuori dell'ambito applicativo della disciplina. Se il legislatore non avesse proceduto in tal senso, infatti, sarebbe stato agevole, per il contribuente che intendeva sfuggire alla tassazione per trasparenza, "spacchettare" le partecipazioni per non superare mai la soglia prevista *ex lege*.

Del resto, l'attenzione del legislatore, con riguardo a questo specifico punto, emerge in più occasioni.

È interessante osservare infatti che, mediante il decreto attuativo, sono state dettate specifiche disposizioni volte ad evitare tali frazionamenti. Il riferimento va, anzitutto, all'art. 1, comma 3, più sopra riportato, nel cui testo è previsto che, per le persone fisiche, si tiene conto dei voti spettanti ai familiari. Ma vi è un ulteriore intervento su questo particolare aspetto, il quale non riguarda unicamente le persone fisiche, ma riguarda indistintamente i soggetti residenti che detengono il controllo nei confronti dell'impresa estera. Il riferimento va all'art. 3, comma 7, del d.m. attuativo, in forza del quale <<Per i comportamenti posti in essere allo scopo del frazionamento del controllo o della perdita temporanea dello stesso ovvero della riduzione dei redditi imputabili, si applicano le disposizioni degli articoli 37, terzo comma, e 37-bis del Decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600>>.

La problematica che più ha interessato gli operatori è tuttavia quella legata al fatto che non sempre al controllo corrisponde una partecipazione agli utili. In questa prospettiva ci si è chiesti se il controllo sia sufficiente per attrarre il reddito per trasparenza in capo al soggetto residente anche nel caso in cui quest'ultimo non vanta alcun diritto sugli utili della partecipata poiché privo, appunto, di

partecipazione all'utile.

La risposta a tale quesito appare piuttosto agevole nel senso di non poter attrarre per trasparenza il reddito prodotto dall'impresa controllata laddove il controllo risulti di fatto o puramente contrattuale se non vi è almeno una piccola partecipazione agli utili⁽¹⁹⁶⁾. Se non c'è la partecipazione agli utili, infatti, vengono meno le possibilità di attuare quelle politiche elusive o di *tax deferral* che il legislatore ha inteso osteggiare mediante la introduzione della disciplina *cfc*.

Per specifica previsione normativa, inoltre, le disposizioni sulle *cfc* si applicano altresì per i redditi prodotti da soggetti controllati localizzati in paesi a fiscalità ordinaria nel caso in cui operino in un paese *black list* per il tramite di una stabile organizzazione. In quest'ultimo caso, peraltro, l'imputazione per trasparenza al soggetto residente avviene solamente per la quota di utili riferita alla stabile organizzazione e nel caso in cui tale reddito non abbia già concorso ad imposizione sostanziale nel paese della controllata⁽¹⁹⁷⁾.

3.3.3. L'estensione alle società collegate ad opera della Riforma Tremonti

Con la riforma del 2003, entrata in vigore a partire dal 1° gennaio 2004, il legislatore ha esteso la disciplina *cfc* contenuta nel menzionato articolo 167 Tuir introducendo

¹⁹⁶ In questo senso D. Stevanato, *Controlled foreign companies, op. cit.*, dove l'Autore evidenzia che il controllo contrattuale deve essere espunto dal concetto di controllo ai fini *cfc*. Poiché la funzione della disposizione è quella di attrarre per trasparenza il reddito prodotto dall'impresa estera, il presupposto non può prescindere dall'esistenza di una partecipazione agli utili che consenta, appunto, di imputare in proporzione alla partecipazione, appunto, i redditi prodotti all'estero. Su questa stessa linea, si veda L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 tuir, op. cit.*, p. 831.

¹⁹⁷ In quest'ultimo caso si verifica invero una delle due circostanze esimenti delle quali si parlerà *infra*. Su tale aspetto si veda inoltre L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 Tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *op. cit.*, p. 832.

il nuovo art. 168 Tuir⁽¹⁹⁸⁾ ⁽¹⁹⁹⁾. Mediante tale intervento normativo, in particolare, il legislatore ha ampiamente allargato l'ambito operativo della disciplina fino a ricomprendere i soggetti che detengono non già partecipazioni di controllo, bensì partecipazioni di collegamento⁽²⁰⁰⁾ in imprese localizzate in territori a fiscalità privilegiata. Più precisamente, il riferimento va ai soggetti che detengono (direttamente o indirettamente) partecipazioni agli utili non inferiori al 20 per cento <<di un'impresa, di una società o di altro ente>>. La percentuale è ridotta al 10 per cento se il soggetto partecipato è quotato in borsa⁽²⁰¹⁾.

Tale disciplina si presenta come una disciplina pressoché analoga a quella stabilita per le società controllate ed è divenuta operativa solamente con l'approvazione del D.M. 7 ottobre 2006, n. 268, il quale contiene le disposizioni applicative in punto di

¹⁹⁸ L'art. 4, lett o) della Legge delega per la riforma del sistema fiscale statale (L. 80/2003) prevedeva infatti la <<riformulazione dell'art. 127 bis, t.u.i.r. delle imposte sui redditi di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, concernente l'imputazione ai soci residenti del reddito prodotto da società estere controllate residenti in paesi a regime fiscale privilegiato al fine di estenderne l'ambito di applicazione anche alle società estere collegate residenti negli stessi paesi. In assenza del requisito del controllo invece della determinazione dell'imponibile secondo le norme nazionali, sarà prevista l'imputazione del maggiore tra l'utile di bilancio prima delle imposte ed utile forfetariamente determinato sulla base di coefficienti di rendimento differenziati per le categorie di beni che compongono l'attivo patrimoniale>>.

¹⁹⁹ Si evidenzia fin da subito che le novità introdotte dal d.l. 78/2009 hanno interessato altresì la disciplina delle imprese estere collegate solo in parte. Più precisamente, interessa anche quest'ultima disciplina la stretta sulla prima esimente. Non rileva, invece, l'allargamento dell'ambito soggettivo previsto dall'art. 167, comma 8 bis, Tuir dimodoché la disciplina non può operare in nessun caso nei confronti delle società *white list*.

²⁰⁰ Sull'argomento, si veda G. Maisto, *L'estensione della normativa CFC alle <<imprese estere collegate>>*, in Riv. dir. trib. 2005, IV, p. 241 ss; R. Cordeiro Guerra, *Le imprese estere controllate e collegate*, in F. Tesauro (a cura di), *Imposta sul reddito delle società*, Bologna, 2007, p. 961 ss; M. Nussi, *Profili ricostruttivi della disciplina delle CFC*, in Tributimpresa n. 3/2005; L. Carpentieri, *Commento all'art. 168 Tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie*, op. cit., p. 844 ss.

²⁰¹ A tale riguardo, il decreto attuativo della disciplina ha previsto che si tiene conto, nel caso di catena partecipativa, della demoltiplicazione. Ciò sta a significare che, laddove il soggetto residente detenga una partecipazione del 40% in una società che a sua volta detiene il 50% dell'impresa *black list*, scatta, per il soggetto residente la disciplina in parola poiché dalla demoltiplicazione legata al controllo indiretto deriva una partecipazione al 20%. È stabilito inoltre, per evitare spaccettamenti elusivi delle partecipazioni, che si tenga conto, nel verificare il superamento della soglia prevista *ex lege*, delle partecipazioni detenute dal coniuge, dai parenti entro il terzo grado e dagli affini entro il secondo grado.

tassazione del reddito proveniente da imprese estere collegate localizzate in paesi *black list* ⁽²⁰²⁾. Abbiamo detto “pressoché analoga” per il semplice fatto che, anche davanti a queste tipologie di strutture societarie di gruppo, si assiste alla imputazione per trasparenza del reddito prodotto all'estero. Ciò nondimeno – come andremo a spiegare più dettagliatamente nell'apposito paragrafo dedicato alla determinazione del reddito – la metodologia abbracciata per la determinazione del reddito rilevante diverge sensibilmente da quella dettata con riferimento alle imprese estere controllate.

Tale estensione ha destato fin da subito molte perplessità da parte della dottrina⁽²⁰³⁾. In questa prospettiva, da un lato si è messo in luce come la riforma Tremonti avrebbe potuto rappresentare l'occasione per intervenire sulla normativa *cfc* al fine di sistemare questioni aperte anziché per estenderne l'ambito applicativo. Dall'altro lato, ci si è chiesti se un simile intervento fosse in linea con la *ratio* della disciplina in parola⁽²⁰⁴⁾.

In questa prospettiva, è stato messo in luce che, qualunque sia la *ratio* attribuita alla disciplina, l'estensione alle società collegate appare ingiustificabile.

È evidente, infatti, che solamente il controllo dell'impresa estera permette di integrare il dominio su di essa da parte del soggetto residente in Italia. In altre parole, solo il soggetto che controlla può attuare pratiche abusive di localizzazione fittizia dei redditi (qualora si aderisca alla tesi per la quale la disciplina è volta a

²⁰² Anche nel caso delle imprese estere collegate, si è in attesa della formulazione della nuova *white list*.

²⁰³ Ma anche da parte di Assonine che, con la Circolare n. 49 del 9 novembre 2006, ha evidenziato come la intervenuta estensione della disciplina nei confronti delle società estere collegate non fosse riconducibile ad alcuna ragione sistematica.

²⁰⁴ Così, R. Cordeiro Guerra, *Le imprese estere controllate e collegate*, in F. Tesauro (a cura di), *Imposta sul reddito delle società*, Bologna, 2007, p. 974 e p. 976.

combattere dette pratiche) e, ancora, solamente il soggetto che controlla può praticare politiche di *tax deferral* (nel caso in cui si aderisca alla tesi secondo cui la disciplina è volta ad evitare situazioni di differimento della distribuzione degli utili). La partecipazione agli utili del 20 per cento non assicura il controllo e nemmeno assicura un'influenza notevole da parte del soggetto residente dimodoché la disciplina in parola appare contrastante sia con i trattati internazionali (per mancanza appunto dell'influenza del *domus* residente) sia con la libertà sancite dal trattato di Roma. Più precisamente, con la libertà di stabilimento, laddove risulti rilevante, e (soprattutto) con la libertà di circolazione dei capitali (valevole altresì con riguardo ai paesi extracomunitari)⁽²⁰⁵⁾.

È evidente che l'estensione della applicabilità della disciplina anche alle società collegate rappresenta una sorta di storpiatura rispetto alla finalità stessa della disciplina, la quale rischia di sconfinare fino a ricomprendere strutture societarie che, in realtà, non realizzano le fattispecie abusive che la normativa intende osteggiare. Se, come abbiamo già messo in luce, il requisito del controllo rappresenta, assieme alla residenza del soggetto estero in un paese a fiscalità privilegiata, l'indice di pericolosità fiscale che ha indotto il legislatore ad intervenire su questi particolari aspetti della fiscalità internazionale, laddove manchi uno di questi due requisiti, oppure laddove esso (quello del controllo, nel caso di specie) sia "ridotto" al mero collegamento, gli indici di pericolosità fiscale perdono di consistenza e, parimenti, perde consistenza anche la ragione che dovrebbe giustificare una disciplina capace, attraverso la diretta imputazione per trasparenza, di superare le regole attinenti alla soggettività passiva.

È per questa ragione che la dottrina ha proposto una interpretazione non già incentrata sullo stretto dato letterale, bensì più attenta alla *ratio*. In questa prospettiva, si ritiene maggiormente conforme alla ragion giustificatrice escludere l'applicabilità della disposizione allorquando, con riguardo alla medesima società controllata, risulti già operativa, in capo al soggetto controllante, la disciplina prevista dall'art. 167 Tuir. Altrimenti detto, nel caso in cui vi sia già un soggetto (che controlla) il quale applica l'art. 167 Tuir, non si può allo stesso tempo applicare l'art. 168 Tuir in capo ad un altro soggetto⁽²⁰⁶⁾.

3.3.4. L'imputazione dei redditi per trasparenza.

Abbiamo detto che il legislatore italiano ha scelto, nel momento in cui ha introdotto la disciplina sulle *cfc*, la modalità di tassazione per trasparenza, in capo al soggetto controllante, del reddito prodotto dalla controllata estera, siccome rideterminato sulla base delle regole tratteggiate dal tuir per il reddito di impresa.

Non si tratta di metodo universalmente adottato dai paesi che si sono muniti di una simile normativa di contrasto alle pratiche elusive in parola. Ed invero, le modalità di tassazione del reddito prodotto dalla *cfc* possono assumere caratteri diversi. Vi sono paesi che adottano il metodo c.d. *deemed-dividend approach*, il quale prevede la tassazione in capo al soggetto residente dei redditi prodotti dalla controllata estera mediante una *fictio* di distribuzione del dividendo. Vi è poi il c.d. *transparent-entity approach*, mediante il quale il reddito prodotto dalla controllata estera viene tassato *in capo alla stessa controllata estera* ma nel paese di residenza della controllante.

Il nostro legislatore ha adottato un criterio che appare per così dire "misto" rispetto ai due criteri appena descritti. Ed infatti, il reddito della controllata estera viene

tassato mediante l'imputazione per trasparenza al soggetto controllante residente in Italia⁽²⁰⁷⁾.

Detto questo, è facile osservare come l'impiego del metodo della trasparenza sia, nel caso delle *cfc*, un impiego estraneo rispetto all'ordinaria logica ad esso sottesa⁽²⁰⁸⁾.

Si possono infatti distinguere diversi casi nei quali, secondo il nostro ordinamento, si assiste alla tassazione, appunto, *per trasparenza* dei redditi della società in capo ai soci.

In primo luogo, troviamo le ipotesi di tipo fisiologico.

Il riferimento va, anzitutto, alle situazioni regolate dall'art. 5 Tuir, il quale prevede che <<*I redditi delle società semplici, in nome collettivo e in accomandita semplice residenti nel territorio dello Stato sono imputati a ciascun socio, indipendentemente dalla percezione, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili*>>. In questo caso, si può affermare che la trasparenza è un modo d'essere tipico per taluni soggetti, vale a dire le società di persone residenti. Per tali soggetti, il solo fatto di rivestire una particolare forma giuridica implica che la tassazione avvenga, appunto, per trasparenza. La giustificazione della diretta imputazione al socio (e dunque dello scollamento tra il soggetto passivo in senso formale – vale a dire la società che calcola l'imponibile – ed il soggetto passivo in senso sostanziale, cioè il socio che è tenuto agli adempimenti connessi al versamento dell'imposta) è data dallo stretto legame che sussiste tra i soci e la gestione della società. E' sulla base di tale legame,

²⁰⁷ cfr. G. Ingraio, *La riforma dell'IRES*, op. cit., p. 263-264; P. Pistone, *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, in *Tributimpresa* n. 3/2005.

²⁰⁸ Sull'argomento si veda P. Boria, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, Milano, 1996, *passim*. Si veda altresì A. Fantozzi, *Il Diritto tributario*, Torino, 2003, p. 576 ss; R. Schiavolin, par. XXXIV del Commento all'art. 53 Cost., in G. Falsitta (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo I. Diritto costituzionale tributario e Statuto del contribuente*, Padova, 2011, p. 245; M. Vantaggio, *Commento all'art. 5 Tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie*, op. cit., p. 40 ss.

invero, che è stata giustificata la tassazione in capo al socio del reddito prodotto dalla società indipendentemente dalla sua distribuzione, a fronte del timore di assistere alla tassazione in capo al socio di un reddito non ancora entrato nella sua disponibilità, con conseguente violazione dell'art. 53 Cost. e dell'art. 3 Cost. Il primo in ragione della tassazione di un reddito "fittizio", il secondo per la disparità di trattamento con le società di capitali per le quali la tassazione in capo al socio avviene solamente all'atto della distribuzione dell'utile/dividendo.

Altrimenti detto, nelle società di persone, la mancanza di personalità giuridica fa sì che si possa presumere che il reddito prodotto può considerarsi fin da subito nella disponibilità dei soci⁽²⁰⁹⁾.

Accanto al regime "naturale", troviamo poi taluni regimi di carattere opzionale i quali sono stati introdotti, nell'ambito della cosiddetta riforma Tremonti⁽²¹⁰⁾, per le società di capitali che rispondono a determinate caratteristiche.

Il riferimento va agli artt. 115 e 116 Tuir. Il primo articolo menzionato investe società di capitali che, a loro volta, sono partecipate da altre società di capitali. Il secondo, invece, riguarda società di capitali partecipate da persone fisiche⁽²¹¹⁾. Si

²⁰⁹ Sul punto si veda S. Pansieri, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2010, p. 80, dove sottolinea che <<Il particolare vincolo, di natura strettamente personale, che lega i soci a tali organismi collettivi, e l'assenza in capo a questi ultimi dei più rigorosi obblighi di natura contabile e procedimentale previsti per le società di capitali, sono alla base della preferenza accordata dal legislatore per questo particolare regime impositivo>>.

²¹⁰ In dottrina, si veda A. Fantozzi - A. Spoto, *Prime osservazioni in tema di trasparenza fiscale delle società di capitali*, in Riv. dir. trib. 2003, I, p. 685 ss; M. Poggioli, *Appunti sul regime di tassazione per trasparenza intersocietario di cui all'art. 115 t.u.i.r.: profili funzionali, aspetti applicativi e risvolti problematici*, in Dir. Prat. Trib., 2006, p. 47 ss.

²¹¹ Mentre il primo regime citato trova la sua logica, come detto, nella necessità di completare il quadro riformato della tassazione delle società, il secondo sembra maggiormente legato al recente filone giurisprudenziale in punto di tassazione in capo ai soci del reddito accertato in testa alla società di capitali nelle situazioni di ristretta base partecipativa. Si vedano, al riguardo, i commenti agli artt. 115-116 Tuir di B. Bellè, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie*, op. cit., p. 628 ss.

tratta di discipline opzionali le quali completano, nel quadro riformato della tassazione delle società, le possibilità di creare una connessione tra la tassazione della società e tassazione del socio in un sistema nel quale non è più possibile, per il socio, tenere conto delle perdite prodotte dalla partecipata mediante il meccanismo della svalutazione delle partecipazioni.

Ebbene, nel caso delle *cfc* nessuna delle ragioni anzidette si può ritrovare. E ciò a maggior ragione se solo si considera che anche le società di persone non residenti fuoriescono, in linea generale, dalla tassazione per trasparenza ai sensi del richiamato art. 5 tuir per entrare nel regime Ires *ex art. 73 Tuir*, comma 1, lett. d) (a mente del quale <<*Sono soggetti all'imposta sul reddito delle società (...) le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato*>>).

Se si conviene, pertanto, sul fatto che nemmeno le società di persone non residenti sfuggono al meccanismo della trasparenza, allora non si può che concludere nel senso che l'utilizzo del meccanismo della imputazione del reddito in capo al socio residente in Italia rappresenta una forzatura rispetto ai principi generali, la quale potrebbe peraltro destare dubbi di costituzionalità a fronte della mancanza di riferibilità soggettiva della capacità contributiva⁽²¹²⁾.

Di certo non si può affermare che, come nelle società di persone, il reddito è già nella disponibilità del socio⁽²¹³⁾. Nemmeno si può far leva sulla ragion giustificatrice posta alla base della trasparenza riservata dal regime opzionale anzidetto alle società di capitali (tra l'altro, nel caso degli artt. 115 e 116 Tuir ci

²¹² Su tale aspetto torneremo *infra* nel paragrafo dedicato appunto ai problemi di costituzionalità ascrivibili alla disciplina in parola.

²¹³ Sul punto si veda D. Stevanato, *Controlled Foreign Companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Riv. Dir. trib. 2000, n. 7/8, p. 777 ss; G. Ingraio, *La riforma dell'IRES*, op. cit., p. 272.

troviamo innanzi ad un meccanismo di trasparenza opzionale e non già, come nel caso della normativa *cfc*, innanzi ad una regola per la determinazione del reddito che scatta automaticamente, salva la richiesta di disapplicazione).

Si tratta dunque di una sorta di deroga agli ordinari principi preposti alla tassazione del reddito di impresa la quale trova una giustificazione nel fatto che essa è inserita in un contesto "patologico". Altrimenti detto, in queste ipotesi, la trasparenza viene impiegata quale meccanismo di contrasto innanzi a strutture societarie che racchiudono fattispecie di elusione fiscale internazionale.

A tale aspetto si collegano talune questioni attinenti ai dubbi di costituzionalità sollevati dalla dottrina sui quali torneremo *infra*.

3.3.5. Le problematiche relative alla determinazione del reddito delle CFC.

Le *cfc* possono essere localizzate in paesi nei quali non vi sono regole precise sulla presentazione di rendiconti, bilanci, dichiarazioni ecc. Ciò nondimeno, le disposizioni in materia di imprese estere controllate e collegate, prevedendo l'imputazione del reddito da esse prodotto per trasparenza in capo alla casa madre, rendono necessaria la quantificazione del menzionato reddito. La questione è di tutto rilievo perché talune regole nazionali finiscono per essere applicate su elementi non certi, a loro volta attestati da documentazione non sempre attendibile e di chiara provenienza⁽²¹⁴⁾.

L'approccio adottato nei due casi dal legislatore domestico è diverso a seconda che si rientri nella previsione di cui all'art. 167 Tuir (imprese estere controllate) ovvero nella previsione di cui all'art. 168 Tuir (imprese estere collegate).

²¹⁴ Tali problematiche sono state fin da subito messe in luce dalla dottrina. Si veda, sul punto, S. Dus - N. Muratori, *Interrogativi in tema di imputazione ai soci residenti di redditi di società ubicate in paesi a bassa fiscalità*, in *Rass. trib.* 1/2000, p. 115 ss.

In particolare, in quest'ultimo caso, i criteri ai quali è demandata la quantificazione del reddito perdono di effettività e tendono ad appiattirsi su dati virtuali, agganciati a coefficienti i quali fanno pensare in maniera ancor più grave alla illegittimità della disciplina per mancanza di collegamento tra reddito effettivamente prodotto dalla impresa estera collegata e reddito tassato in capo al soggetto controllante residente nel nostro paese.

Quanto alle imprese estere controllate, il legislatore ha statuito che il reddito deve essere determinato (o, meglio, rideterminato) sulla base delle regole dettate per il reddito di impresa. All'utile o alla perdita di esercizio della società controllata, pertanto, devono essere apportate le variazioni in aumento e in diminuzione alla stregua di quanto succede per le società residenti nel territorio dello Stato, dimodoché la base imponibile diventi uniforme alla base imponibile di un soggetto residente.

Le problematiche connesse a tale meccanismo sono di tutta evidenza se solo si considera che le regole fiscali nazionali vengono in tal modo applicate a soggetti i cui utile è determinato sulla base di differenti regole, spesso nemmeno comparabili con le regole nazionali. Proprio al fine di semplificare ed arginare codesta problematica, il decreto attuativo delle disposizioni in punto di *cfc* (DM 21 novembre 2001, n. 429) è intervenuto su questo specifico punto, stabilendo che, ai fini della determinazione dei redditi <<(…) *il bilancio ovvero altro documento riepilogativo della contabilità di esercizio redatti secondo le norme dello Stato o territorio in cui risiede o è localizzata l'impresa, la società o l'ente non residente costituisce parte integrante del prospetto di cui al comma 1*>>.

Come abbiamo già messo in luce più in alto, una volta determinato il reddito prodotto dalla *cfc*, questo reddito non va a sommarsi al reddito prodotto dalla casa madre, bensì esso concorre mediante tassazione separata e viene tassato sulla base della <<*aliquota media applicata sul reddito complessivo del soggetto residente e, comunque, non inferiore al 27 per cento*>>⁽²¹⁵⁾. L'intento perseguito dal legislatore è proprio quello di far concorrere autonomamente il reddito della *cfc* ed il reddito del soggetto controllante, in modo tale da evitare che vi siano commistioni. Procedendo in questa direzione, quand'anche la *cfc* produca perdite fiscali, codeste perdite non possono essere utilizzate in abbattimento dei redditi prodotti dal soggetto residente e, allo stesso tempo, eventuali perdite generate da quest'ultimo soggetto non possono essere impiegate per compensare i redditi rideterminati dalla *cfc*. In questa ottica, eventuali perdite generate dalla *cfc* potranno essere impiegate in compensazione ai sensi dell'art. 102 tuir solamente di redditi da essa stessa prodotti nei successivi periodi di imposta ed in ragione degli ordinari limiti.

Altrimenti detto, il fatto che il reddito della *cfc* sia determinato sulla scorta delle ordinarie regole preposte alla determinazione del reddito di impresa non implica che vi sia una completa commistione tra reddito prodotto nel nostro paese e reddito

²¹⁵ Per le ragioni che hanno inizialmente indotto il legislatore a fissare l'aliquota nel valore dell'aliquota media, si veda L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 Tuir*, op. cit., p. 837, il quale specifica che ciò sia avvenuto <<*nell'originaria prospettiva che l'applicazione dell'aliquota IRPEG ordinaria del 37 per cento sarebbe risultata eccessivamente penalizzante, potendo comportare sui redditi dell'impresa controllata estera una tassazione più onerosa di quella che il contribuente residente avrebbe potuto scontare (tenendo conto della Dual Income Tax) sugli utili propri e sugli utili della stessa impresa controllata estera, ove gli stessi fossero stati conseguiti direttamente per il tramite di una stabile organizzazione*>>. Il richiamato Autore, inoltre, giustifica la fissazione di una aliquota minima nella prospettiva di evitare che nessuna tassazione sarebbe avvenuta, senza tale aliquota minima, nel caso in cui il soggetto controllante non avesse subito alcuna imposizione ad esempio per mancanza di conseguimento di redditi imponibili. Nel richiamato lavoro si mette in luce, infine, come la ancora vigente aliquota minima abbia perso il suo significato originario, il quale trovava probabilmente una sua logica nel fatto che l'aliquota media fissata per l'applicazione dei benefici della *Dual Income Tax* era fissata, per l'appunto, nella stessa misura. Considerazioni critiche sulla

derivante dalla *cfc*. Quest'ultimo reddito, nonostante venga tassato in capo alla controllante, è comunque mantenuto distinto, quale autonomo centro di imputazione⁽²¹⁶⁾.

Con riguardo alle società estere collegate, il legislatore ha optato per una diversa modalità di determinazione del reddito. Esso si è tendenzialmente sganciato dalle ordinarie regole preposte alla determinazione del reddito di impresa e, probabilmente spinto dalle difficoltà applicative della disciplina con riguardo a società i cui soci residenti non hanno un rilevante potere di controllo (essendo, appunto, soci che non necessariamente hanno la maggioranza delle partecipazioni), ha optato per un metodo per così dire semplificato. In questa prospettiva, invero, il legislatore ha stabilito che <<I redditi del soggetto non residente oggetto di imputazione sono determinati per un importo corrispondente al maggiore fra: a) l'utile prima delle imposte risultante dal bilancio redatto dalla partecipata estera anche in assenza di un obbligo di legge; b) un reddito induttivamente determinato sulla base dei coefficienti di rendimento riferiti alle categorie di beni che compongono l'attivo patrimoniale di cui al successivo comma 3>>.

Orbene, alla luce di tale previsione, il legislatore, laddove l'utile di bilancio non superi il risultato della applicazione di taluni coefficienti, considera questi ultimi ai fini della determinazione del reddito della partecipata.

²¹⁶ Cfr, sul punto, L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 Tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie*, op. cit., p. 836, dove si evidenzia che il reddito di una *cfc* deve rimanere distinto altresì da redditi provenienti da altre *cfc* facenti capo al medesimo soggetto controllante. Si veda anche G. Ingraio, *La riforma dell'IRES*, op. cit., p. 268. Cfr altresì Risoluzione 12 febbraio 2008, n. 43 ove collegamenti con la disciplina del consolidato fiscale. In questa prospettiva, l'Agenzia delle entrate precisa che l'aliquota media applicabile per la tassazione separata del reddito deve essere calcolata considerando l'imponibile trasferito prima delle rettifiche di consolidamento dimodoché tali ultime rettifiche non possano incidere, attenuandolo, sul carico impositivo attribuibile ai redditi provenienti dalle controllate residenti in paesi a fiscalità privilegiata.

La ragione di tale scelta normativa è indubbiamente da ricondurre a ragioni di semplicità operativa. In luogo di applicare regole fiscali nazionali su risultati economici determinati sulla base di regole diverse e, molto spesso, non comparabili, il legislatore ha scelto la via della semplificazione. Peraltro senza considerare che, proseguendo in questa direzione, oltre a tassare il reddito in capo ad un soggetto che non necessariamente ha la possibilità di differire la distribuzione dei dividendi o di utilizzare lo schermo societario come struttura artificiosa per l'imputazione dei redditi (a causa della sua partecipazione contenuta), si rischia di sganciarsi da una tassazione incentrata sul reddito effettivamente prodotto per abbracciare una tassazione di stampo marcatamente virtuale⁽²¹⁷⁾.

È vero che tale scelta normativa è stata ispirata senz'altro dalle difficoltà connesse alla attendibilità della contabilità afferente alla società localizzata nel territorio a fiscalità privilegiata. Ciò nondimeno, tale scelta rischia di scontrarsi, per gli effetti da essa determinati, con i principi costituzionali⁽²¹⁸⁾. Si tratta di tassazione livellata su elementi patrimoniali che non necessariamente rappresentano un reddito effettivamente prodotto.

Tra l'altro, la previsione normativa presta comunque il fianco a problematiche applicative. Ed infatti, nonostante il legislatore abbia agganciato la tassazione ad elementi patrimoniali, non è detto che la documentazione contabile predisposta

²¹⁷ Sul punto si veda, R. Cordeiro Guerra, *Le imprese estere controllate e collegate*, in F. Tesauro (a cura di), *Imposta sul reddito delle società*, Bologna, 2007, p. 978, il quale evidenzia come <<(…) la previsione secondo cui, ai fini dell'attribuzione del reddito al soggetto residente, ci si riferirà al maggiore fra l'utile dichiarato dalla società partecipata e quello risultante dall'applicazione dei summenzionati coefficienti agli assets della CFC, determina una vera e propria <<virtualità>> del reddito tassato, perché non soltanto si imputa al soggetto nazionale un utile prodotto all'estero anche se non distribuito, ma lo stesso utile risulta in quanto determinato sulla base di parametri medi ordinari>>. Su tali aspetti, si veda anche D. Stevanato, *La delega fiscale e la CFC legislation*, in *Il Fisco* 2002, p. 7082 ss.

²¹⁸ Su tale aspetto si tornerà nell'ambito del paragrafo incentrato sulle problematiche costituzionali.

dalla controllata sia sufficiente per offrire le informazioni necessarie. È per questo motivo che, il decreto attuativo (DM 7 agosto 2006, n. 268) ha sancito che l'utile derivante dal bilancio della collegata nonché i valori patrimoniali ai quali si devono applicare i coefficienti devono essere appositamente attestati da soggetti iscritti nel registro dei revisori contabili⁽²¹⁹⁾.

La preoccupazione è evidente: il reddito può anche essere legato all'applicazione di particolari coefficienti ai beni patrimoniali e il reddito in tal modo determinato può anche superare il reddito agganciato all'utile di bilancio. Ciò nondimeno, senza alcun controllo sui valori patrimoniali, si potrebbe giungere comunque ad una tassazione su valori distorti e non rappresentativi della realtà. A maggior ragione se la società collegata è localizzata in un paese dove non vi sono particolari regole sulla tenuta della contabilità, dei registri o altra documentazione rilevante al fine di attestare il valore dei beni (ma anche l'entità dell'utile di bilancio, laddove il bilancio esista)⁽²²⁰⁾.

Chiarito come avviene la determinazione del reddito delle *cfc*, ci soffermiamo ora su altri aspetti di notevole rilevanza.

La conseguenza della imputazione e tassazione del reddito in capo al soggetto controllante è la doppia imposizione. Due sono, in particolare, le problematiche che

²¹⁹ Analoghe problematiche, attinenti alla correttezza, completezza e uniformità dei documenti contabili tenuti all'estero sono emerse nell'ambito della disciplina del consolidato mondiale. Disciplina contenuta nell'art. 130 Tuir e ss la quale consente alla società controllante, nel caso in cui sussistano determinati requisiti, di aggregare in un'unica dichiarazione i risultati positivi e negativi prodotti da essa stessa e dalle proprie controllate non residenti. Anche in quel caso è emersa la necessità di uniformare bilanci redatti alla luce di regole diverse, o di comprendere società partecipate residenti in paesi nei quali non sussistono particolari vincoli in punto di redazione del bilancio. Sull'argomento, si rinvia a M. Beghin, *La revisione del bilancio nella disciplina del "consolidato mondiale": profili funzionali e aspetti problematici della bozza di testo unico predisposta dal Ministero dell'economia e delle finanze*, in Riv. dir. trib. 2003, I, p. 579 ss.

²²⁰ Su tali aspetti si veda chiaramente L. Carpentieri, *Commento all'art. 168 Tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie, op. cit.*, p. 848.

sorgono con riguardo alla doppia imposizione. La prima è quella attinente al fatto che i redditi prodotti dalla controllata estera possono aver già subito l'imposizione nello stato di residenza della società. La seconda è attinente al fatto che la tassazione sulla base delle regole *cfc* deroga all'ordinario principio di cassa al quale il legislatore ricollega la tassazione degli utili per abbracciare il principio di competenza. Di conseguenza, in mancanza di specifiche disposizioni, al momento della distribuzione dei dividendi, questi ultimi verrebbero tassati in capo al controllante, nonostante il reddito sia già stato tassato al momento della imputazione per trasparenza.

Per ovviare a queste due problematiche, il legislatore è intervenuto su due fronti.

In primo luogo - e con riguardo alla problematica da ultimo descritta - il legislatore ha statuito che gli utili distribuiti dalla controllata estera non concorrano alla formazione del reddito del soggetto controllante nel limite dei redditi che, per effetto della disciplina antielusiva in parola, hanno già concorso alla tassazione in capo al medesimo controllante al momento della imputazione per trasparenza (avvenuta in esercizi precedenti). In altre parole, gli utili non concorrono fino al raggiungimento dell'ammontare che ha già concorso a tassazione per trasparenza e, pertanto, al momento della distribuzione, concorre solamente l'eccedenza.

A tale argomento si ricollega, tuttavia, un'altra problematica, la quale concerne il regime di tassazione degli utili provenienti da soggetti residenti in paesi a fiscalità privilegiata. Ed infatti, con riguardo a codesti utili, il legislatore ha previsto, in deroga all'ordinario regime della detassazione, la piena imponibilità⁽²²¹⁾. Di conseguenza, l'eccedenza degli utili non tassati per trasparenza risulterebbe

imponibile *in toto* in capo al soggetto controllante. Tale imponibilità integrale, tuttavia, segue le regole ordinarie dimodoché essa cede il passo all'ordinario regime di detassazione nel caso in cui il soggetto controllante residente dimostri che dalla partecipazione nella società estera non consegue l'effetto di localizzare il reddito nel paese a fiscalità privilegiata⁽²²²⁾. Tale scelta legislativa, nonostante sia mossa da intenti ragionevoli, presta il fianco a problematiche operative non indifferenti giacché essa spesso deve coordinarsi con la distribuzione di utili da parte di *cfc* controllate indirettamente. Di conseguenza, in questi casi, ci si trova di fronte ad utili imputati per trasparenza che tuttavia, al momento della distribuzione, prima di giungere nel nostro paese sono altresì filtrati da una *sub-holding* magari residente in paesi a fiscalità ordinaria. Questi utili, pertanto, prima di giungere nel nostro paese, finiscono per sommarsi ad altri proventi e ad altri costi. In questi casi, peraltro, potrebbe operare l'esimente di cui all'art. 167, comma 5, lett. b) della quale diremo *infra*. Quest'ultima esimente, invero, esclude l'applicazione del regime *cfc* nel caso in cui dalla partecipazione non consegua la localizzazione del reddito nel paese a fiscalità privilegiata⁽²²³⁾.

Alla tematica attinente al collegamento tra *cfc* e *participation exemption* (in punto di distribuzione dei dividendi) deve essere aggiunta altresì la problematica connessa alla eventuale cessione delle partecipazioni nella *cfc*, anche nel caso in cui nel patrimonio di quest'ultima siano rimasti □ non distribuiti gli utili che hanno già concorso all'imposizione per trasparenza in testa al controllante. Anche in questo caso, ci troviamo di fronte ad una situazione di potenziale doppia imposizione

²²² Sul punto si veda L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 Tuir, op. cit.*, p. 837; G. Ingraio, *La riforma dell'IRES, op. cit.*, p. 269 - 270.

giacché il legislatore, mediante l'art. 87, comma 1, lett. c), limita l'operatività della *participation exemption* e stabilisce l'integrale imponibilità delle plusvalenze derivanti dalla cessione delle partecipazioni in società residenti in paesi *black list*. Anche in questo caso, peraltro, tale limitazione può essere espunta dimostrando che dalla partecipazione non consegue la localizzazione del reddito nel paese a fiscalità privilegiata. Di conseguenza, laddove non si possa fornire tale dimostrazione, la plusvalenza derivante dalla cessione delle partecipazioni finisce con il concorrere integralmente a tassazione in Italia. In questa prospettiva, però, è stato rilevato in dottrina che simmetricamente, dovrebbe risultare deducibile un'eventuale minusvalenza⁽²²⁴⁾.

Per quanto riguarda la seconda, problematica, invece (vale a dire quella attinente al fatto che i redditi potrebbero già aver concorso alla imposizione nel paese di localizzazione della controllata estera), il legislatore ha statuito che sia riconosciuto il credito per le imposte assolate all'estero sul medesimo reddito e a titolo definitivo dal soggetto controllato. Il meccanismo di scomputo è quello previsto dall'art. 165 Tuir⁽²²⁵⁾, riguardante, per l'appunto, il credito di imposta per i redditi prodotti all'estero. Anche in questo caso, come avviene per la determinazione del reddito del soggetto controllante, rileva il reddito distintamente prodotto dall'impresa estera controllata, nel senso che, anche per il calcolo del credito di imposta spettante, rileva il reddito della sola impresa estera.

²²⁴ Cfr G. Ingraio, *La riforma dell'Ires*, op. cit., p. 269; L. Carpentieri, op. ult. cit., p. 838.

²²⁵ Sull'argomento, si veda G. Melis, *Commento all'art. 165 tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie*, op. cit., p. 806 ss.

3.3.6. Le cause esimenti (fino al d.l. 79/2009).

Il legislatore, fin dall'introduzione della disciplina in parola, ha previsto espressamente delle cause esimenti, le quali consentono, ove dimostrate, di evitare la tassazione per trasparenza in capo al soggetto controllante dei redditi prodotti dall'impresa estera controllata. Tali cause esimenti, nell'operare in linea con quella che è la *ratio* della disposizione, escludono taluni soggetti dalla applicazione della disciplina *cf* poiché, alla luce di determinate circostanze, essi non realizzano le pratiche elusive che la disposizione intende combattere.

È appena il caso di evidenziare che le cause esimenti rappresentano il fulcro della disciplina poiché esse consentono di delinearne più precisamente i confini, la *ratio* sottesa ma anche la conformità con i principi costituzionali e comunitari.

Abbiamo evidenziato in precedenza come, per effetto delle conseguenze dirompenti ad essa riconnesse, la normativa *cf* debba confrontarsi con i limiti dettati dai principi costituzionali (in particolare quelli riguardanti la tassazione sulla base della capacità contributiva) e dei principi comunitari. Ebbene, l'analisi della portata delle esimenti e della loro applicazione consente di delinearne in maniera più precisa l'effettivo ambito applicativo della disciplina e consente altresì di verificare se le stesse esimenti sono in grado, con la loro formulazione, di evitare che la normativa *cf* finisca per colpire situazioni non abusive ma di effettivo e genuino esercizio della libertà di stabilimento.

Nella formulazione antecedente alle modifiche introdotte dal d.l. 78/2009, il legislatore aveva previsto due ipotesi per la disapplicazione della disciplina,

entrambe invocabili in sede di presentazione di interpello preventivo alla Amministrazione finanziaria⁽²²⁶⁾. Si trattava di esimenti alternative, nel senso che era sufficiente dimostrare la sussistenza di una delle due ipotesi per ottenere la disapplicazione della disciplina *cfc*.

La prima esimente prevista dal legislatore consentiva di disapplicare la disciplina *cfc* dimostrando che il soggetto estero svolgeva <<un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nello Stato o nel territorio nel quale ha sede>>.

Tale esimente perseguiva l'inequivocabile scopo di rendere inapplicabile la disciplina *cfc* ogniqualvolta risultasse dimostrato che il soggetto estero svolgeva un'attività commerciale o industriale effettiva come attività principale.

Di conseguenza, pareva evidente come la disposizione - letta alla luce della esimente in parola - fosse incentrata nell'evitare che, mediante la costituzione di controllate localizzate in territori a fiscalità privilegiata, si assistesse alla delocalizzazione di redditi passivi. Altrimenti detto, l'esimente così strutturata risultava idonea a combattere costruzioni artificiali, non connotate da un effettivo radicamento nel territorio a fiscalità privilegiata, ivi localizzate senza una struttura economica consistente ed al solo fine di ottenere un abbattimento del carico impositivo che viceversa avrebbe colpito il soggetto laddove fosse stato localizzato nel territorio di un paese a fiscalità ordinaria.

Tale causa esimente, tuttavia, ha subito notevoli modifiche ad opera del d.l. 78/2009 citato, le quali - come si vedrà - rischiano, qualora portate alle estreme conseguenze e qualora interpretate alla luce del dato strettamente letterale, di stravolgere la

disciplina in commento, fino a ricomprendere altresì redditi derivanti dall'esercizio di attività economiche effettive.

Su tale esimente torneremo pertanto nell'ambito del prossimo paragrafo, in modo tale da analizzarne la portata alla luce delle più recenti modifiche normative.

La seconda esimente, la quale, come andremo a vedere, non ha subito modifiche da parte del d.l. 78/2009, stabiliva (e stabilisce anche oggi) che la disposizione non sarebbe stata applicabile se si dimostrava che *<<dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'art. 168 bis>>*.

In altre parole, l'automatismo della diretta imputazione per trasparenza non opera se il soggetto residente è in grado di dimostrare che dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui i medesimi redditi sono sottoposti ad un regime fiscale privilegiato. Di conseguenza, la localizzazione dell'impresa controllata in quel determinato territorio non è diretta a ridurre artificialmente il carico impositivo.

In questa prospettiva, ad esempio, si può dimostrare che l'impresa controllata realizza redditi al di fuori del territorio in cui è localizzata e su quei redditi sconta già un prelievo fiscale in misura ordinaria. Questo è il caso, ad esempio, della *cfc* che controlla un'altra società localizzata in un paese a fiscalità ordinaria e i cui utili sono costituiti prevalentemente da dividendi provenienti dalla richiamata controllata. Poiché gli utili della operativa scontano già il prelievo fiscale nel paese a fiscalità ordinaria, risulta evidente in questo modo che la localizzazione nel paese *black list* non comporta la localizzazione del reddito in un territorio a fiscalità

privilegiata poiché quel reddito concorre, sia pure in un altro paese, a prelievo fiscale ordinario.

Lo stesso decreto attuativo (D.M. 429/2001) è intervenuto sul punto ed ha stabilito, a titolo esemplificativo, che tale causa esimente si perfeziona quando il reddito perviene in misura non inferiore al 75% da fonti produttive localizzate in paesi diversi da quelli per i quali scatta la normativa *cfc* e che il citato reddito viene già tassato in maniera ordinaria in questi ultimi paesi. E ancora, l'esimente in parola si perfeziona - nel caso in cui si tratti di società controllata residente in un paese non *black list* la quale opera mediante stabile organizzazione localizzata in un paese *black list* - laddove si dimostri che i redditi prodotti dalla stabile organizzazione sono già <<sottoposti integralmente a tassazione ordinaria nello Stato o territorio in cui ha sede l'impresa, la società o l'ente partecipato>>. Si tratta, come evidente, di ipotesi non esaustive ma che danno l'idea di come la normativa in parola possa essere disapplicata.

In quest'ottica, la diretta imputazione per trasparenza non dovrebbe operare in tutti i casi nei quali, per qualche motivo, il reddito prodotto dalla *cfc* già concorre ad un prelievo fiscale congruo anche in un altro paese⁽²²⁷⁾.

²²⁷ Su questo punto si richiama tuttavia la presa di posizione della Amministrazione finanziaria che, mediante la Circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010, partendo dalla circostanza che i territori *black list* non sono stati individuati solamente sulla base del livello di tassazione ma anche sulla base del livello di scambio di informazioni, afferma che <<assume rilievo ai fini del riconoscimento dell'esimente in commento la presentazione di una documentazione idonea a dimostrare la sistematica distribuzione verso l'Italia dell'utile proveniente dalla CFC. Ciò, ovviamente, nel presupposto che risulti contemporaneamente verificata la precedente condizione, e cioè che l'imposizione effettiva complessivamente gravante sull'utile ante imposte della CFC sia congrua rispetto al livello di imposizione gravante in Italia, a prescindere dal luogo in cui il reddito si considera prodotto e dallo Stato (o dagli Stati) in cui avviene detta tassazione. La sistematica distribuzione dei dividendi, infatti, da un lato rafforza la dimostrazione della carenza di intenti elusivi, dall'altro immette l'utile prodotto dalla CFC in circuiti totalmente accessibili all'Amministrazione finanziaria italiana ai fini dell'acquisizione delle relative informazioni>>.

È il caso rappresentato, ad esempio, da una *holding* residente in un paese *black list* controllata direttamente da una società residente in Italia e il cui reddito deriva da dividendi distribuiti da società partecipate residenti in territori a fiscalità ordinaria. In questo caso, non si può ignorare il fatto che tali dividendi derivano da redditi integralmente tassati in misura congrua⁽²²⁸⁾.

La ragione di questa esimente è di tutta evidenza: il prelievo fiscale ordinario, sia pure subito in un altro paese e non già in Italia, permette di escludere immediatamente che la controllata estera possa essere localizzata in quel determinato paese per ragioni legate al risparmio fiscale. Ciò per il semplice fatto che il risparmio fiscale non si configura⁽²²⁹⁾.

Sulla portata di tale esimente vi è chi ha sollevato critiche. Il riferimento va alla dottrina che ha evidenziato come tale esimente sia tutta incentrata sul livello del carico impositivo e non già sulla effettività della attività svolta dalla *cfc*. Poiché la normativa *cfc* dovrebbe combattere pratiche mediante le quali viene localizzata una struttura “di comodo” in un paese a fiscalità privilegiata e poiché, al contrario, la semplice localizzazione dell’attività laddove vi è un prelievo impositivo più mite

Orbene, tale presa di posizione appare con tutta la sua evidenza completamente sganciata dal dato normativo di riferimento.

²²⁸ Cfr sul punto Circolare 51/E del 6 ottobre 2010 cit.

²²⁹ Cfr, sul punto, A. M. Gaffuri, *Le nuove norme sulle CFC e la libertà di scelta dell'imprenditore riguardo al luogo di svolgimento dell'attività economica*, in corso di pubblicazione nella raccolta di lavori della Giornata di studi in onore del Prof. Gaspare Falsitta svoltasi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova, dove l'Autore evidenzia come la tassazione ordinaria, ai fini della disapplicazione, possa avvenire sia “a valle”, sia “a monte” rispetto al paradiso fiscale. In questa prospettiva, il richiamato Autore evidenzia come <<Allorché i proventi ottenuti in un paradiso fiscale sono attratti a tassazione nel paese della controllata (estera) intermedia e ivi scontano un prelievo di importo non dissimile dal tributo che sarebbe stato applicato in Italia, vengono meno le condizioni per l'immediato assoggettamento alla potestà fiscale italiana dei redditi in questione, perdendo il contribuente italiano i vantaggi derivanti dalla costituzione di un'impresa in uno stato a bassa fiscalità>>.

non rappresenta un comportamento illegittimo, la formulazione della esimente in parola non sembra centrare le finalità della disciplina⁽²³⁰⁾.

3.4. Le modifiche introdotte dal d.l. 78/2009: un drastico inasprimento delle disposizioni. Dalla “stretta” sulle cause esimenti all’estensione dell’ambito soggettivo di applicazione.

Il d.l. 78/2009, come abbiamo avuto modo di accennare, rappresenta un momento fondamentale per la disciplina *cfc*, poiché, nel quadro di un contesto normativo incentrato nell’intento di “richiamare” e “proteggere” il gettito (si vedano, a tale riguardo, le disposizioni in tema di scudo fiscale e di presunzione di evasione per equivalente⁽²³¹⁾), il legislatore è intervenuto pesantemente nel tratteggiare in nuovi confini della disciplina in parola. Confini che tuttavia hanno contribuito a far sorgere nuovi dubbi in ordine alla ragionevolezza della disciplina (sotto il profilo della capacità contributiva) ed alla sua compatibilità con il diritto comunitario. A fronte dei penetranti effetti determinati dalla attrazione del reddito per trasparenza in capo al soggetto controllante, infatti, le nuove esimenti, siccome ridisegnate dal recente intervento normativo, il quale ha appunto ridimensionato la loro operatività, non sembrano più in grado di assolvere alla funzione ad esse demandata, vale a dire di contrappeso e di limitazione a fronte di una disciplina che, laddove lasciata ad una poco attenta valutazione sganciata dalla *ratio* sottesa,

²³⁰ Così, G. Bizioli, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l’ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell’Ires. Dalla Relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, 2008, p. 242-243. Su tale argomento si tornerà nel capitolo successivo, nell’ambito della analisi sulla compatibilità comunitaria della disposizione nazionale.

²³¹ Per l’analisi del quadro nel quale le modifiche normative sono intervenute, si veda M. Poggioli, *“Scudo fiscale”, presunzione legale di evasione “per equivalente” e disciplina CFC*, in AA.VV., *Scudo fiscale e azione di contrasto ai paradisi fiscali*, 2009, p. 43 ss.

rischia di travolgere situazioni di genuina delocalizzazione delle attività economiche. La disciplina *cfc*, procedendo in questa direzione, rischia dunque di andare ben oltre alla sua funzione di norma anti-abuso, richiamando nel suo ambito applicativo redditi concretamente prodotti all'estero e non già redditi passivi fittiziamente delocalizzati ed imputati ad uno schermo societario (mediante la localizzazione in un paradiso fiscale di uno soggetto capace, grazie alla sua autonomia giuridica, di "trattenere" il reddito).

È evidente come tali modifiche normative s'innestino in un quadro che ha visto il nostro legislatore intervenire su più fronti, in tal modo ponendo in essere una politica di contrasto alla delocalizzazione che ha finito, in qualche modo, per sconvolgere la disposizione previgente.

In particolare, mediante l'art. 13 del d.l. 78/2009 citato, il legislatore è intervenuto su due specifici fronti. Da un lato, esso ha ristretto l'ambito applicativo della prima esimente, la quale - come abbiamo visto - si riferisce allo svolgimento di un'effettiva attività commerciale da parte dell'impresa controllata estera. Dall'altro lato, esso ha ampliato l'ambito applicativo della disposizione, comprendendo altresì le controllate estere residenti in territori non *black list* nel caso in cui, nel paese di residenza della *cfc*, vi sia una tassazione inferiore ad un determinato livello rispetto alla tassazione italiana e la *cfc* incameri per la maggior parte redditi di tipo "passivo".

Procediamo dunque con ordine, soffermandoci, *in primis*, sulle modifiche che hanno interessato la prima esimente e, *in secundis*, sull'allargamento dell'ambito applicativo della disciplina che include oggi, in presenza di specifici requisiti, altresì

i soggetti residenti in territori non *black list*.

3.4.1. Le modifiche alla prima esimente. Il riferimento al mercato.

La prima modifica introdotta ha inciso nel testo della prima esimente, vale a dire nell'art. 167, comma 5, lett. a).

Per effetto di questa modifica, in particolare, risulta che oggi non è più sufficiente, ai fini di ottenere la disapplicazione della disciplina, dimostrare che l'impresa estera controllata svolge una effettiva attività industriale o commerciale nello Stato in cui è localizzata, bensì è necessario dimostrare che l'impresa estera svolge la suddetta attività <<nel mercato dello Stato o territorio di insediamento>>.

La portata di questa modifica, laddove letteralmente interpretata, presta il fianco a critiche assai evidenti. Il riferimento al mercato, invero, fa intendere come, al fine di disapplicare la disciplina, non sia sufficiente dimostrare che vi è un effettivo radicamento nel territorio dello Stato estero, una effettiva organizzazione e, dunque, l'esercizio concreto di un'attività di impresa. Il riferimento al mercato, viceversa, sembra determinare la necessità di dimostrare come l'attività svolta dalla controllata estera sia collegata con il mercato del paese di insediamento, nel senso di essere rivolta a tale mercato o di trovare in questo mercato le proprie fonti di approvvigionamento⁽²³²⁾.

²³² Il timore che l'intento del legislatore fosse proprio quello esposto nel testo sembrerebbe confermato dalla seconda parte della disposizione, la quale prevede che <<(…) per le attività bancarie, finanziarie e assicurative quest'ultima condizione si ritiene soddisfatta quando la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi originano nello Stato o territorio di insediamento>>. Riferimenti in tal senso si trovano in E. M. Bagarotto, *La compatibilità con l'ordinamento comunitario della disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dal <<decreto anti-crisi>>*, in *Giustizia Tributaria* n. 1/2010, p. 1 ss.

In questa prospettiva, la prima esimente parrebbe non utilizzabile da soggetti che presentano una effettiva organizzazione, esercitano una effettiva attività di impresa nello stato estero ma non la esercitano con riferimento al mercato locale. Il riferimento va a coloro i quali, pur disponendo di una organizzazione reale, operano <<estero su estero>>.

È evidente che, procedendo in questa direzione, vengono penalizzate le società estere che, nonostante esercitino un'attività effettiva, non la esercitano con riguardo a quello specifico mercato, ma si rivolgono ad altri paesi. Il richiamo va, evidentemente, alle fonti di approvvigionamento e al mercato di sbocco dimodoché ne escono penalizzate le imprese estere che, ad esempio, sono effettivamente radicate nel territorio a fiscalità privilegiata (perché in quel territorio hanno una struttura effettiva ed operante) ma si approvvigionano da altri mercati e vendono in altri mercati.

Orbene, è chiaro che la nuova esimente, così come riformulata, rischia di perdere di vista l'obiettivo della disciplina *efc*, la quale dovrebbe limitarsi a combattere, proprio a causa degli effetti dirompenti che essa è in grado di determinare, strutture artificiali localizzate in paesi a fiscalità privilegiata con lo scopo di abbattere il carico impositivo.

In questa prospettiva, una impresa effettivamente radicata nel territorio, la quale presenta un certo tipo di struttura, non rappresenta certamente una struttura <<artificiosa>> per il solo fatto che essa non opera verso il mercato di quel paese specifico.

Una simile interpretazione della prima esimente rischia pertanto di snaturare la

disciplina: in questo caso, invero, la prova contraria risulta pressoché diabolica dimodoché il contribuente si trova intrappolato nelle maglie di una disciplina che tuttavia non lo dovrebbe riguardare. Quando abbiamo detto che la disciplina *cfc* ruota intorno alla struttura delle attività economiche ed al contatto con particolari territori a fiscalità privilegiata, abbiamo messo in luce altresì il fatto che tali due circostanze potrebbero nascondere situazioni di delocalizzazione fittizia di redditi, attuate attraverso l'impiego di strutture di "comodo". Mediante l'impiego di questo termine, però, si fa riferimento a soggetti che si atteggiavano quali meri centri di imputazione del reddito, privi di una loro, distinta consistenza economica. È evidente che in questa definizione non possono entrare quei soggetti che, sia pure radicati ed economicamente apprezzabili, si rivolgono ad un mercato di sbocco diverso da quello del territorio di insediamento. Ciò che conta non è dove avviene l'approvvigionamento e dove lo sbocco dei prodotti. Ciò che conta è che lo stabilimento della impresa estera sia effettivo, concretamente organizzato e concretamente orientato allo svolgimento di una attività economica e non già una sorta di calamita capace di attrarre passivamente il reddito.

Non si deve dimenticare inoltre che, nell'ambito di un sistema di mercato globalizzato come quello in cui le imprese operano oggi, il riferimento "al mercato" locale risulta poco significativo⁽²³³⁾. Il rischio - come detto - è quello di ricomprendere (penalizzandole) imprese che non costituiscono strutture di puro artificio, per il solo fatto che i loro mercati di sbocco non sono quelli locali⁽²³⁴⁾.

²³³ Cfr L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 Tuir, op. cit.*, p. 840.

²³⁴ Sul punto si veda M. Poggioli, *La "novella" nella disciplina CFC e il diritto dell'Unione Europea: armonia o conflitto?*, in *Il Commercialista Veneto* n. 196/2010, p. 5, dove l'Autore sottolinea, con riguardo all'introdotta riferimento al mercato, che <<sembrano abnormemente (ed irragionevolmente) risucchiarsi nel campo gravitazionale della disciplina CFC, senza possibilità d'invocare altra esimente che

Si tratta – si badi – di questione già affrontata anche dalla dottrina⁽²³⁵⁾, in quanto il riferimento al mercato locale aveva già fatto capolino nella disciplina *cfc* nel momento della sua introduzione⁽²³⁶⁾. In particolare, il medesimo riferimento al mercato locale era apparso nel disegno di legge governativo precedente alla introduzione dell'art. 127 *bis* nel Tuir. Tale “infelice locuzione” (come definita dalla dottrina⁽²³⁷⁾) era però stata espunta dal testo definitivo e tale eliminazione era stata salutata con favore. Su questo aspetto, la dottrina da ultimo citata, affermava che <<La violenza alla libertà di insediamento, pur in presenza di effettivi legami economici, non avrebbe potuto essere maggiore, con la norma che interferiva, dirigisticamente, su ipotesi di radicamento territoriale effettivo. Se, ad esempio, una società produce in Romania scarpe che poi vengono vendute in Inghilterra o Australia, il collegamento territoriale con la Romania è comunque profondo, e non strumentale al beneficio fiscale>>.

In definitiva, laddove tale dicitura venga letteralmente interpretata, rischia di sradicare le finalità della disciplina in parola la quale passa da una disciplina volta ad attrarre *passive income* a disciplina che attrae altresì *business income*. Tale interpretazione, tuttavia, si pone in netto contrasto anche con le indicazioni fornite

quella di cui all'art. 167, comma 5, lett. b), anche realtà produttive dotate di effettiva sostanza economica e totalmente spoglie dei paventati connotati elusivi, le quali semplicemente non abbiano, come (unico o principale) mercato di sbocco o di acquisizione dei fattori produttivi, quello del territorio nazionale in cui sono insediate>>:cfr altresì A. Ballancin, Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC ed il diritto comunitario, Riv. Dir. Trib. 2010, p. 161 ss.

²³⁵ Cfr R. Lupi, Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese, in Rass. trib. n. 6/2000, p. 1730 ss.

²³⁶ Sul punto si veda anche G. Marino, La nozione di mercato nella disciplina CFC: verso una *probatio diabolica?*, in Riv. Dir. trib. n. 12/2011, p. 1113 ss, il quale evidenzia come il riferimento al mercato fosse stato espunto dal testo definitivo <<poiché considerato ingiustificato, risultando eccessivamente penalizzante per l'espansione internazionale dei gruppi italiani>>.

²³⁷ Così si esprimeva R. Lupi, Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese, in Rass. trib. n. 6/2000, p. 1730 ss.

dalla Corte di Giustizia con la nota sentenza 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes* (della quale ci occuperemo in maniera approfondita nel successivo capitolo), mediante la quale la Corte ha sancito che la disciplina *cfc* è compatibile con la libertà di stabilimento solamente se colpisce strutture artificiali (e non già strutture effettive che tuttavia si avvalgono di diversi mercati di approvvigionamento o di sbocco).

Ecco perché si ritiene che l'esimente non debba essere interpretata in maniera rigorosa, in modo tale che essa possa essere invocata dai soggetti che dimostrano semplicemente una effettiva connessione con il territorio di insediamento alla luce della esistenza di una struttura organizzativa e dell'esercizio in loco dell'attività di impresa. Diversamente, la disciplina finirebbe col rappresentare una mera disciplina di contrasto alle delocalizzazioni finalizzate al risparmio di imposta, totalmente disinteressata rispetto all'effettivo esercizio di un'attività di impresa.

Per tale motivo non è condivisibile la linea interpretativa abbracciata dalla Amministrazione finanziaria⁽²³⁸⁾ la quale, stravolgendo il significato della giurisprudenza della Corte di Giustizia con riguardo al citato caso *Cadbury Schweppes*, sostiene che l'esistenza di una struttura organizzativa è un elemento necessario ma non sufficiente per ottenere la disapplicazione. Secondo la richiamata prassi, la presenza di una struttura organizzativa dimostra solamente che esiste una presenza fisica nel paese estero. Su queste basi, nella circolare richiamata, l'Amministrazione non esita a sostenere che <<il riferimento al "mercato" è

²³⁸ In questo senso si richiama la Circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010, documento nel quale l'Amministrazione finanziaria ricostruisce la disciplina *cfc* alla luce delle novità introdotte dal d.l. 78/2009 più volte citato.

normalmente da intendersi come collegamento al mercato di sbocco o al mercato di approvvigionamento>>(239).

Unico elemento “positivo” è che, nel concludere in tal senso, l’Amministrazione afferma che il mancato radicamento con il territorio (siccome poc’anzi tratteggiato) fornisce un “indizio” di mancato esercizio dell’attività commerciale effettiva nel territorio di insediamento dimodoché non si esclude che possano essere valorizzati, in sede di richiesta di disapplicazione, elementi ulteriori, come le ragioni economiche-imprenditoriali che hanno indotto ad effettuare quel particolare investimento in quel particolare territorio.

In definitiva, anche l’amministrazione sembra, nonostante gli sbandamenti descritti, non prediligere una interpretazione rigorosa e tutta incentrata sul dato letterale del riferimento al mercato⁽²⁴⁰⁾. Ciò nondimeno, il rischio è quello di lasciare nelle mani di un operatore poco attento l’interpretazione di una disposizione che rischia,

²³⁹ Sull’orientamento della prassi richiamato nel testo, si vedano le considerazioni di G. Marino, *La nozione di mercato nella disciplina CFC, op. cit.*, p. 1113 ss, dove l’Autore evidenzia tre punti critici nella ricostruzione fatta propria dalla Amministrazione finanziaria. In primo luogo, l’Autore evidenzia come la Circolare citata si discosti in modo palese dalla volontà del legislatore. Ciò per il fatto che il “mercato” viene individuato, oltre che nel mercato “di sbocco”, anche nel mercato di “approvvigionamento” (fase mai richiamata nei lavori preparatori), senza tra l’altro offrire chiarimento alcuno sul significato concretamente attribuibile ai concetti richiamati. Una interpretazione restrittiva della disposizione come quella fatta propria dalla amministrazione mal si concilia con il modo d’essere dell’economia odierna. È evidente che, laddove si intendesse riferirsi al mercato interno senza considerare i soggetti che operano su scala internazionale, si verificherebbe una irragionevole penalizzazione per tutte le imprese multinazionali, nonostante vi sia un effettivo radicamento.

²⁴⁰ Su tale aspetto si veda altresì A.M. Gaffuri, *Le nuove norme sulle CFC e la libertà di scelta dell’imprenditore riguardo al luogo di svolgimento dell’attività economica*, in corso di pubblicazione negli Atti della giornata di studio in onore del Prof. Gaspare Falsitta, svolta a Padova, presso la Facoltà di Giurisprudenza il 13 febbraio 2009, *op. cit.* L’Autore, nell’aderire alla tesi stando alla quale la interpretazione maggiormente corretta della disposizione novellata è quella che attribuisce valenza al fatto che l’attività è semplicemente radicata nel territorio di insediamento, si pone il dubbio che, in tal modo, la novella normativa venga completamente svuotata. A tale (auto)critica tuttavia risponde in modo condivisibile che <<per ragioni sistematiche e di coerenza interna dell’ordinamento, si impone, nell’incertezza, di attribuire a qualunque norma un significato rispettoso dei principi fondamentali vigenti nella materia della quale si occupa la norma medesima>>.

laddove mal interpretata, di penalizzare fattispecie che non configurano situazioni abusive come quelle che dovrebbero essere contrastate dalla disciplina in parola⁽²⁴¹⁾.

3.4.2. La ulteriore limitazione all'impiego della esimente di cui al comma 5, lett. a), introdotta nel comma 5 bis.

Quella finora trattata non è l'unica modifica che ha interessato la prima esimente. Ed infatti, oltre a stringere la portata del comma 5 lett. a) introducendo il riferimento al "mercato", il legislatore è intervenuto inserendo il comma 5 bis, mediante il quale è stata introdotta un'ulteriore limitazione all'utilizzo della esimente in parola. Più precisamente, mediante tale ultima novella, sono state individuate talune ipotesi in presenza delle quali, sulla base della tipologia di attività svolta dall'impresa estera o, meglio, sulla base della tipologia di reddito prodotto dalla stessa, non è possibile invocare l'esimente dell'esercizio effettivo dell'attività industriale e commerciale.

Abbiamo detto che si tratta di ipotesi legate alla tipologia del reddito conseguito in quanto il legislatore ha inserito tale limitazione con riguardo alle fattispecie nelle quali <<*i proventi della società o altro ente non residente provengono per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività*

²⁴¹ Sul punto si veda anche G. Ingraio, *D.L. anticrisi e stretta sulla normativa CFC*, op. cit., p. 87 ss, dove l'Autore evidenzia che <<L'utilizzo di differenti e più stringenti criteri finisce per offuscare la differenza tra la (lecita) delocalizzazione delle attività economiche e la (abusiva) delocalizzazione dei redditi, mettendo quindi in crisi il regime delle società estere. La "stretta" operata dalla normativa in questione, introdotta per penalizzare ulteriormente la delocalizzazione di redditi passivi, finisce per travolgere irragionevolmente le attività economiche effettivamente svolte>>. Su tali aspetti anche D. Stevanato, *Delocalizzazioni produttive e metamorfosi della disciplina CFC: dalla tassazione dei passive income alla penalizzazione dei passive income*, in *Dialoghi tributari* 2009, p. 358.

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>>.

Mediante tale novella normativa, dunque, il legislatore sembra introdurre una presunzione stando alla quale, di fronte a talune attività, non è possibile far leva sulla prima esimente. Altrimenti detto, poiché le attività elencate sembrano essere attività generatrici di *passive income*, si presume che non vi sia esercizio effettivo di attività commerciale o industriale nel mercato di insediamento.

Ebbene, come la modifica apportata al comma 5, lett. a), la novella introdotta dal comma 5 *bis* presta il fianco ad innumerevoli critiche.

Presumere, senza verificare, nel caso concreto, come l'attività viene svolta, finisce per precludere all'origine l'esclusione dalla disciplina in parola anche per società che nella realtà sono radicate nel mercato di insediamento attraverso lo svolgimento di attività specifiche ed effettive. Basti pensare alle società che svolgono servizi infragruppo le quali, ad esempio, svolgono servizi finanziari con il concreto reperimento di provviste nel territorio di insediamento al fine di poter beneficiare di tassi di interesse più contenuti⁽²⁴²⁾. È chiaro che, laddove l'attività sia incentrata nel fornire servizi infragruppo, la presenza di una organizzazione effettivamente operativa risulta inevitabile⁽²⁴³⁾.

²⁴² Così G. Ingraio, *D.L. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC, op. cit.*, p. 87 ss; sul punto cfr altresì E. M. Bagarotto, *La compatibilità con l'ordinamento comunitario della disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dal <<decreto anti-crisi>>*, in *Giustizia Tributaria*, 1/2010, p. 1 ss.

Una simile previsione sembra pertanto tradire quello che dovrebbe essere lo spirito della disposizione.

Abbiamo detto più volte che la normativa *cfc* dovrebbe limitarsi a combattere le strutture artificiali, anche nella prospettiva di rimanere nei limiti trattenuti dalla Corte di Giustizia. Mediante questa previsione, tuttavia, innanzi a talune imprese viene alzata una barriera iniziale, la quale preclude ogni tipo di dimostrazione dimodoché queste rimangono inesorabilmente attratte da una disciplina nonostante esse non rappresentino affatto strutture artificiali collocate nei territori a fiscalità privilegiata al solo fine di ottenere un abbattimento del carico impositivo. A fronte di queste imprese, infatti, nella impossibilità di invocare la prima esimente, si rischia di dover subire senza rimedio alcuno la tassazione per trasparenza (fatta salva la dimostrazione della seconda esimente) sia pure in mancanza di strutture artificiali e dunque non svolgenti attività di impresa effettiva.

Il rischio è dunque di “sconfinare” e di stravolgere, ancora una volta, la *ratio* anti-abuso della normativa *cfc*, con la conseguente penalizzazione di talune tipologie di attività. È evidente, in quest’ottica, che vengono travolti i principi sulla base dei quali la disciplina stessa dovrebbe operare ed il contribuente si trova privo di quel contrappeso che dovrebbe essere costituito dalle esimenti. Esso infatti si trova innanzi ad una esimente che limita fortemente la dimostrazione della prova contraria.

In questa prospettiva, nonostante il silenzio del legislatore, si ritiene che sia necessario procedere ad una interpretazione del nuovo comma 5 *bis* alla luce della *ratio legis*, senza fermarsi al dato strettamente letterale.

In al senso, la disposizione dovrebbe essere considerata non già alla stregua di una presunzione assoluta, bensì come una presunzione relativa dimodoché il soggetto possa accedere altresì alla dimostrazione della prima esimente. Ciò come se la limitazione introdotta con il comma 5 *bis* dal legislatore fungesse semplicemente da rafforzativo rispetto alla ordinaria esimente prevista dal comma 5 lett. a)⁽²⁴⁴⁾. Ecco che, procedendo in questa direzione, il soggetto residente potrebbe dimostrare che, nonostante l'attività sia una attività che si presta alla produzione di *passive income*, è una attività radicata nel territorio di insediamento e non rappresenta una struttura artificiosa. Facendo diversamente, si rischierebbe di produrre l'effetto di attrarre redditi effettivamente prodotti all'estero. Si pensi, ad esempio, a società che sfruttano brevetti acquistati all'estero o prodotti all'estero attraverso attività di ricerca sviluppata in quel paese⁽²⁴⁵⁾ e non già ivi trasferita dall'Italia attraverso l'intestazione ad un mero schermo societario orientato a veicolare il reddito laddove l'imposizione sia più mite.

In tale prospettiva, è evidente che dovrebbe giocare un ruolo fondamentale la struttura giuridica dei rapporti che intercorrono tra soggetto residente e soggetto controllato e tra soggetto controllato e soggetti terzi. Il riferimento va, in particolare, alle strutture contrattuali che governano l'esercizio delle attività. È evidente che un'analisi di tali strutture contrattuali potrà senz'altro offrire importanti indicazioni in merito alla tipologia di attività svolta dal soggetto estero. Tale aspetto giuridico, invero, può essere in grado di dimostrare se il soggetto estero rappresenta un mero

²⁴⁴ Sostiene tale linea anche A. Ballancin, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC ed il diritto comunitario*, Riv. Dir. Trib. 2010, p. 161 ss.

166 ²⁴⁵ G. Ingrao, *D.L. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC*, op. cit., p. 87 ss.

schermo, oppure se, viceversa, il soggetto estero si assume obblighi, esercita talune funzioni e, pertanto, non rappresenta un mero centro di attrazione del reddito. Si tratta di analisi sul fronte giuridico la quale tuttavia non può fermarsi sulla “carta”, ma deve andare oltre al fine di verificare se, anche nella sostanza, l’attività viene concretamente svolta.

Alla luce di quanto finora esposto, si ritiene che la portata del nuovo comma 5 *bis* debba essere estrapolata tenendo conto delle particolari forme contrattuali che danno vita alla attività ed ai rapporti con i terzi, fermo restando che tale limitazione deve essere considerata come una mera inversione dell’onere della prova e non già come presunzione assoluta⁽²⁴⁶⁾.

Diversamente, la lesione della libertà di determinazione dell’imprenditore sarebbe evidentissima. Quest’ultimo, invero, innanzi ad una disposizione che limita fortemente la localizzazione della attività per il solo fatto che, secondo il legislatore, non vi sono ragioni diverse rispetto al risparmio fiscale, si troverebbe “intrappolato” da una presunzione le cui basi si presentano tuttavia sdruciolevoli. Ritenere automaticamente che la localizzazione di queste attività sia, a priori, una localizzazione abusiva, risulta eccessivo rispetto alle finalità perseguite.

L’imprenditore non può dunque essere bloccato alla radice e deve avere l’opportunità di dimostrare l’effettività della attività svolta all’estero.

Ciò anche in ragione del fatto che, diversamente argomentando, la incongruenza rispetto alla *ratio* della disciplina e la incompatibilità con il diritto comunitario della

²⁴⁶ Così L. Carpentieri, *Commento all’art. 167 Tuir, op. cit.*, p. 840. Anche l’Amministrazione finanziaria, nella Circolare 51/E del 2010 ha ammesso che i limiti introdotti dal nuovo comma 5 *bis* devono essere considerati quali <<*soglie al superamento delle quali si presume – salvo prova contraria – che la partecipata estera sia una società senza impresa*>>. In questa prospettiva, sarebbero richiesti al contribuente elementi di prova più stringenti.

disciplina medesima sarebbero di tutta evidenza. Si finirebbe, infatti, per attrarre a tassazione per trasparenza in Italia redditi prodotti da soggetti effettivi e non già artificiali siccome delineati dalla stessa Corte di Giustizia.

3.4.3. L'estensione dell'ambito soggettivo ai soggetti localizzati in paesi non *black list* prevista dal nuovo comma 8 *bis* e la specifica esimente.

Come abbiamo avuto modo di accennare più in alto, le modifiche apportate alla prima esimente non chiudono il quadro degli interventi che hanno interessato, in occasione della emanazione del d.l. 78/2009, la disciplina sulle imprese estere controllate.

Ed infatti, il legislatore non si è limitato a stringere l'ambito operativo della prima esimente - in tal modo creando un ampliamento del raggio di azione della disciplina - bensì è intervenuto altresì attraverso una esplicita estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina medesima. Ciò, si badi, riferendosi unicamente alla disciplina delle imprese estere controllate e non già anche a quella attinente alle imprese estere collegate. Se, fino al d.l. 78/2009 citato, il perimetro tratteggiato dalle disposizioni *cfc* non superava in nessun caso il limite dato dalla applicazione nei soli confronti di soggetti localizzati in paesi a fiscalità privilegiata siccome individuati da apposite liste, oggi tale linea di confine appare superata, sia pure in presenza di determinati requisiti.

Più precisamente, mediante il nuovo comma 8 *bis*, il legislatore ha esteso l'applicabilità della disciplina in parola anche per i soggetti controllati localizzati in paesi non *black list* nel caso in cui, congiuntamente, a) <<sono assoggettati a tassazione

effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia>> e 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>>.

A fronte di tale allargamento dell'ambito soggettivo, però, il legislatore ha anche introdotto una specifica causa esimente, la quale consente di sfuggire all'ambito applicativo laddove si dimostri, sempre mediante presentazione di interpello, che <<l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale>>.

L'estensione non opera dunque automaticamente, bensì in presenza dei due requisiti sopra richiamati.

Innanzitutto si può rilevare come, dal tenore della disposizione, quando il legislatore si riferisce alla <<tassazione effettiva inferiore a più della metà>> non sembra riferirsi semplicemente alle aliquote applicate. Al contrario, mediante il termine "effettiva", lascia intendere come il confronto debba essere improntato, non già sul mero confronto delle aliquote, ma sulla comparazione analitica di volta in volta approntata del carico impositivo effettivo.

Se così è, allora non si può non rilevare come tale intervento normativo determini in capo al soggetto residente un aggravio evidentissimo degli oneri. Ed infatti, per

ogni controllata estera, esso dovrebbe procedere, nell'ambito di ogni esercizio, al ricalcolo del reddito sulla base delle regole del Tuir. Si tratta di questione assai rilevante, la quale implica la preventiva acquisizione della documentazione, la valutazione di poste derivanti da bilanci redatti secondo regole diverse da quelle nazionali, il ricalcolo del reddito. E ciò dovrebbe avvenire al solo fine di verificare se la normativa *cfc* sia applicabile o meno. La penalizzazione subita dai gruppi multinazionali per effetto di questa nuova normativa è pertanto di tutta evidenza. A maggior ragione se solo si considera che, attraverso l'allargamento dell'ambito soggettivo di applicazione, essa può risultare applicabile altresì con riguardo alle controllate localizzate nella Unione Europea⁽²⁴⁷⁾.

Un profilo ragionevole è probabilmente dato dal fatto che, mediante questa nuova formulazione, la valutazione non si sofferma sulle liste (*black list* ovvero *white list*) ma procede oltre mediante una valutazione caso per caso. A questo punto, tuttavia, meno comprensibile è il riferimento a specifiche attività e non già a tutte le attività. Se è vero che anche taluni paesi Ue presentano livelli di tassazione così inferiori da essere presi in considerazione dalla normativa *cfc*, allora tale valutazione dovrebbe comprendere tutte le attività svolte dalle società controllate. Probabilmente tale scelta è stata dettata dalla individuazione di attività che, per le loro caratteristiche, meglio si prestano per l'attribuzione di *passive income*.

Proprio per evitare di incorrere nelle problematiche di compatibilità con il diritto comunitario, il legislatore ha inserito la esimente specifica più sopra richiamata.

²⁴⁷ Saluta con favore la nuova normativa A. M. Gaffuri, *Le nuove norme sulle CFC*, op. cit., il quale evidenzia come il sistema incentrato sulla verifica effettiva del carico impositivo subito all'estero risponda maggiormente alle finalità perseguite dalla disciplina. Il metodo delle liste, secondo il richiamato Autore, non è adatto a misurare caso per caso il livello di imposizione. Per questi motivi l'Autore sostiene che la modifica in parola rappresenti un passo in avanti <<in fatto di precisione e chiarezza del dettato normativo>>.

È facile osservare come la formulazione della esimente in parola sia stata in parte mutuata dalla terminologia espressamente adottata dalla Corte di Giustizia nella valutazione di disposizioni in punto di *cfc*. In questa prospettiva, la locuzione <<*costruzione artificiosa*>> è stata probabilmente riportata per scongiurare il timore di provocare censure da parte degli organismi comunitari. Ciò nondimeno, si nota nel medesimo testo della esimente un altro riferimento, il quale deriva invece più propriamente dall'ambito domestico. Ci riferiamo, in particolare, al fatto che non si può disapplicare la novellata disciplina innanzi ad una costruzione artificiosa <<*volta a conseguire un indebito risparmio fiscale*>>.

Orbene, con riguardo a tale riferimento, come rilevato dalla dottrina, si rischia <<*di sollevare le stesse perplessità che hanno portato alle degenerazioni giurisprudenziali sull'abuso di diritto*>>⁽²⁴⁸⁾. In particolare, il rischio è quello di vedere interpretato tale riferimento all' "indebito vantaggio fiscale" in modo distorto, tale da ricomprendere altresì situazioni di lecito risparmio di imposta. Tale problematica, come accennato, non costituisce una novità, giacché in più occasioni la giurisprudenza domestica, nel valutare operazioni di pianificazione fiscale, ha finito per attribuire a operazioni che portavano ad un semplice risparmio di imposta il carattere di operazioni elusive/abusive.

Ciò che rileva, dunque, nell'interpretazione di tale esimente, è che al riferimento al "indebito vantaggio fiscale"⁽²⁴⁹⁾ venga dato il corretto significato. E questo corretto

²⁴⁸ Così, testualmente, L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 Tuir, op. cit.*, p. 833. Giudica "maldestro" tale richiamo altresì A. Manzitti, *Modifiche alle regole CFC e <<costruzioni di puro artificio>>*, in *Dial. dir. trib.* n. 4/2009.

²⁴⁹ Sul concetto di "indebito risparmio fiscale" si rinvia a M. Beghin, *L'elusione tributaria tra sviste interpretative sul concetto di "aggiramento" e conseguenti fenomeni di "illusione ottica" quanto all'asistematicità dei vantaggi fiscali conseguiti*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, II, p. 237 ss; Id., *Il predominio delle valide ragioni economiche e l'inesistente indagine sulla asistematicità dei vantaggi tributari generati*

significato non si ritrova certamente nel sindacare sotto la bandiera della elusione o dell'abuso del diritto tutte le operazioni (o, nel caso specifico, strutture aziendali) che determinano un risparmio di imposta. In questo modo, infatti, si finirebbe con il sindacare ogni pianificazione di gruppo per il solo fatto che tale pianificazione porta a risparmiare sul carico fiscale. Non è questo però l'intento che ha ispirato l'introduzione della disciplina in parola la quale deve essere sempre e costantemente guardata attraverso la lente delle strutture artificiali. Solo in questo caso, invero, si verifica quella particolare situazione che anche la Corte di Giustizia disapprova e a fronte della quale si giustificano talune limitazioni alla libertà di stabilimento.

In definitiva, è evidente che, anche nella dimostrazione della sussistenza delle cause esimenti previste a fronte dell'allargamento dettato dal comma 8 *bis*, è necessario dare rilievo al substrato giuridico che governa i rapporti interni (tra soggetti appartenenti al gruppo) ed esterni (tra controllata estera e soggetti terzi). Anche in questo ambito, l'analisi delle strutture contrattuali potrà dare rilievo ad attività che altrimenti rischiano di rientrare nell'applicazione di una disciplina che comporta oneri importanti. Se non si procede in tal senso, si rischia di "far di tutta l'erba un fascio" e di stravolgere la natura stessa della disciplina *cf.*

dall'operazioni straordinaria, in Riv. dir. trib., 2007, II, p. 636 ss; Id., *L'abuso del diritto nella indefettibile prospettiva del «vantaggio fiscale»*, in Corr. trib., 2009, p. 2325 ss.

3.5. L'interpello disapplicativo.

Abbiamo finora messo in luce quali sono i presupposti applicativi della disciplina *cfc* e quali sono le circostanze alla luce delle quali la disciplina risulta disapplicabile.

In questo paragrafo ci soffermeremo su aspetti diversi, incentrati sul "come" procedere per ottenere la disapplicazione della normativa *cfc*.

Il riferimento va alla presentazione dell'istanza di interpello siccome contemplata dall'art. 167, comma 5, lett. b), stando al quale <<Per i fini di cui al presente comma, il contribuente deve interpellare preventivamente l'amministrazione finanziaria, ai sensi dell'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo statuto dei diritti del contribuente>>. A tale ultima disposizione rinvia inoltre la nuova esimente racchiusa nel comma 8 *ter* dell'art. 167 Tuir.

Si evidenzia fin da subito che tale questione assume rilevanza notevole nell'analisi della disciplina *cfc* giacché la presentazione dell'interpello rappresenta, se solo si osserva il dato letterale della disposizione, l'unico rimedio a livello procedimentale per poter sfuggire dal campo applicativo della disciplina in parola. In altri termini, laddove il contribuente voglia dimostrare la genuinità della delocalizzazione, sembra che non possa procedere diversamente se non mediante la presentazione dell'interpello preventivo. L'interpello è dunque lo strumento che il contribuente deve adoperare per poter offrire la prova contraria a fronte di una disciplina che, lasciata libera di operare, è in grado di attrarre nel nostro paese il reddito prodotto dal soggetto estero controllato mediante la forzatura della trasparenza.

Cerchiamo dunque di soffermarci sugli aspetti che assumono maggiore importanza.

Le modalità specificamente richiamate dal legislatore ai fini dell'ottenimento della disapplicazione della disciplina sono dunque legate alla presentazione di interpello preventivo ai sensi dell'art. 11 dello Statuto del contribuente.

Orbene, su tale questione, si può immediatamente notare come lo strumento dell'interpello ordinario venga adoperato in maniera del tutto anomala⁽²⁵⁰⁾. È noto che, di regola, mediante l'interpello ordinario il contribuente chiede all'Amministrazione di esprimersi, con riferimento ad una situazione personale e circostanziata, qualora vi siano <<obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione delle disposizioni>>. È chiaro che, nel caso della disciplina *cfc*, l'intento non è quello di risolvere un dubbio in punto di interpretazione di una disposizione, bensì quello di capire se, alla luce di un determinato quadro fattuale e giuridico, possa ritenersi escluso il fine elusivo che combatte la disposizione in modo tale da concederne la disapplicazione.

Non si tratta tuttavia di caso isolato. Ed infatti, nel panorama normativo, l'impiego per così dire "anomalo" dell'interpello ordinario è piuttosto diffuso, basti pensare al rinvio fatto dal legislatore all'interpello obbligatorio al fine di consentire l'accesso alla disciplina del consolidato fiscale mondiale⁽²⁵¹⁾.

Al di là dei profili procedurali, per i quali il d.m. applicativo della disciplina *cfc* detta talune specificazioni e rinvia, per quanto compatibili, alle regole applicative dettate dal d.m. 209/2001 (riguardante, appunto, l'interpello ordinario), con riguardo alla presentazione dell'istanza di interpello, ci chiediamo, in primo luogo,

²⁵⁰ Sul punto si veda F. Pistolesi, *Le istruzioni dell'Agenzia delle Entrate sulla impugnabilità delle risposte agli interpelli*, in Riv. dir. trib. n. 12/2009, II, p. 859; A. Vozza, *L'interpello per le controllate non residenti in Paesi <<black list>>*, in Corr. trib. n. 19/2010, p. 1525.

²⁵¹ Sull'argomento (e sull'impiego diverso dalle ordinarie circostanze) si veda M. Beghin, *Note minime a proposito dell'interpello <<obbligatorio>> nella disciplina del cd <<consolidato mondiale>>*, in Boll. Trib. n. 18/2003, p. 1285 ss.

quale sia il significato da attribuire alla richiamata *preventività*. In altre parole, ci chiediamo se, alla luce del richiamo testuale effettuato dal legislatore, quella dell'interpello preventivo sia l'unica strada percorribile per ottenere la disapplicazione della disciplina.

Ebbene, è evidente che, ragionando in questo modo (nel senso della necessaria *preventività*, per l'appunto), l'interpello si tramuta da "diritto" concesso al contribuente a "onere" al quale egli deve sottostare, pena la impossibilità di ottenere la disapplicazione della disciplina *cfc*.

Laddove si abbracciasse la linea del "dovere", escludendo qualsiasi tutela in sede contenziosa, si porrebbero, peraltro, problemi non indifferenti. Oltre ai profili di incompatibilità comunitaria, dovuti alla mancanza di proporzionalità nel richiedere un tale sforzo preventivo senza assicurare altresì una tutela successiva, sui quali si tornerà nel capitolo successivo, in un ordinamento come il nostro tale vincolo finirebbe con il violare l'art. 24 Cost., in punto di diritto di difesa.

Probabilmente per questo stesso motivo la stessa Amministrazione finanziaria, nella circolare 51/E del 2010 ha osservato come la presentazione dell'interpello sia obbligatoria, ma tale obbligatorietà <<*non muta il carattere non vincolante della risposta quale atto avente natura di parere, né tantomeno preclude all'istante la possibilità di dimostrare anche successivamente la sussistenza delle condizioni che legittimano l'accesso al regime derogatorio*>>.

In altre parole, pare che, anche per l'Amministrazione finanziaria, non possa essere in ogni caso preclusa la successiva tutela in ambito giurisdizionale⁽²⁵²⁾.

²⁵² L'argomento non è nuovo. Una simile circostanza si è infatti verificata nel campo delle cc.dd. società non operative allorquando l'amministrazione finanziaria aveva sostenuto che, in mancanza di presentazione dell'istanza di interpello, non poteva essere successivamente presentato ricorso

Non manca tuttavia in dottrina chi⁽²⁵³⁾, attraverso una diversa ricostruzione, sostenga la linea stando alla quale questa tipologia di interpello si configura diversamente dalle altre tipologie di interpello ordinario⁽²⁵⁴⁾. In questa prospettiva, la presentazione dell'istanza diventa obbligatoria e gli effetti risultano vincolanti per il contribuente. <<Pertanto, se la risposta ha effetto cogente ed è necessario che sia positiva perché si verifichi un dato effetto, sussiste l'interesse ad agire al cospetto del responso negativo: esso è idoneo a comprimere il diritto del privato alla corretta imposizione>>. Su questa linea, pertanto, la richiamata dottrina, oltre a sostenere che la mancata presentazione dell'istanza comporta la mancanza di un elemento essenziale, sostiene altresì che la risposta negativa all'interpello sia impugnabile immediatamente⁽²⁵⁵⁾. Qualora il contribuente non provvedesse a tale

avverso l'eventuale avviso di accertamento. Per una forte critica a tale ricostruzione si veda M. Beghin, *Gli enti collettivi di ogni tipo <<non operativi>>*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2012, p. 711, dove l'Autore evidenzia le ragioni che sostengono la linea stando alla quale la mancata presentazione dell'istanza di interpello non può precludere la successiva tutela in sede giurisdizionale.

²⁵³ F. Pistolesi, *Le istruzioni dell'Agenzia delle Entrate, op. cit.*, p. 860 ss.

²⁵⁴ La distinzione tra interpelli ordinari e interpelli obbligatori è proposta anche da S. La Rosa, *L'interpello obbligatorio*, in Riv. Dir. trib. n. 7-8/2011, p. 711 ss. In particolare, secondo il richiamato autore vi sono quattro elementi che contraddistinguono gli interpelli obbligatori: a) essi non presuppongono l'esistenza di obiettive condizioni di incertezza e spesso riguardano non già questioni interpretative bensì questioni maggiormente di stampo fattuale; b) spesso si innestano sulla scelta di regimi fiscali differenti; c) è richiesto il carattere della preventività; d) risentono di una disciplina lacunosa a causa del generico rinvio alle disposizioni dello Statuto del contribuente (in particolare, all'art. 11) o all'art. 21 della legge 413/1991. Sull'argomento si veda anche F. Padovani, *La disapplicazione delle norme antielusive specifiche: riflessioni sulla tutela processuale del contribuente*, in Rass. trib. n. 5/2011, p. 1175 ss.

²⁵⁵ A tale conclusione perviene sostenendo che l'elenco degli atti impugnabili contenuto nell'art. 19 del d.lgs 546/1992 può essere interpretato in maniera estensiva <<(…) si da ricondurre alle figure "tipiche" di atti impugnabili ivi menzionate anche atti diversi aventi analoghe funzioni e contenuti e destinati a produrre i corrispondenti effetti>>. Contra A. Giovannini, *L'interpello preventivo all'Agenzia delle entrate (C.F.C. e Statuto dei diritti del contribuente)*, in Rass. trib. n. 2/2002, p. 449 ss, il quale sostiene che per la non impugnabilità della risposta negativa all'interpello milita la tassatività della elencazione contenuta nell'art. 19 cit. e il principio della tutela differita. Per le diverse posizioni assunte dalla dottrina al riguardo, si rinvia a S. Fucile, *Riflessioni in tema di impugnabilità del diniego di disapplicazione di una norma antielusiva*, in Riv. dir. trib. n. 9/2011, p. 421 ss. Nel senso della impugnabilità della risposta negativa all'interpello *cf.*, si veda Comm. trib. reg. Roma, sentenza 9 settembre 2008, n. 333,

impugnazione, esso si troverebbe a non poter agire avverso i successivi avvisi di accertamento.

Si tratta tuttavia di tesi controversa, la quale vede contrapposta quella parte della dottrina che invece ritiene che l'interpello si sostanzi in una sorta di "parere" della Amministrazione finanziaria, il quale non può comunque, fino alla notifica di un avviso di accertamento, produrre effetti in capo al contribuente. Sulla base di tale linea interpretativa, la presentazione dell'interpello preventivo non è obbligatoria nel senso di precludere ulteriori tutele in sede giurisdizionale. Secondo tale percorso argomentativo, inoltre, qualora si ottenesse risposta negativa non si potrebbe procedere alla immediata impugnazione della medesima ma si dovrebbe attendere la successiva notifica dell'avviso di accertamento.

Su quest'ultima linea, la quale ci sembra maggiormente condivisibile, qualora il soggetto residente dovesse ricevere risposta negativa all'istanza di interpello non dovrebbe procedere alla immediata impugnazione di tale risposta, bensì potrebbe

secondo i giudici romani, infatti, <<il diniego genera (...) un provvedimento avente diretta incidenza sul rapporto tributario atteso che esso determina non soltanto le modalità di tassazione ma anche l'imponibile del contribuente. () esso non ha natura interpretativa bensì provvedimentale, in particolare di natura autorizzatoria, con la conseguenza che esso può equipararsi ad un atto di accertamento vero e proprio suscettibile di comportare una lesione concreta ed attuale della posizione soggettiva del contribuente>>. Ma anche la Corte di Cassazione si è pronunciata sul tema del diniego di disapplicazione di disposizione antielusiva, anche se non con riferimento all'interpello *cf.*, bensì con riguardo all'interpello disapplicativo di cui all'art. 37 bis, comma 8, dpr 600/1973. Il riferimento va alla sentenza 8663/2011, nella quale la Suprema Corte ha affermato il seguente principio: <<Le determinazioni del Direttore regionale delle Entrate sulla istanza del contribuente volta ad ottenere il potere di disapplicazione di una norma antielusiva ai sensi del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37 bis, comma 8, costituiscono presupposto necessario ed imprescindibile per l'esercizio di tale potere. Le determinazioni in senso negativo costituiscono atto di diniego di agevolazione fiscale e sono soggette ad autonoma impugnazione ai sensi del D. lgs n. 542 del 1992, art. 19, comma 1, lett. h. Tale atto rientra tra quelli tipici previsti come impugnabili da detta disposizione normativa, e pertanto la mancanza di impugnazione nei termini di legge decorrenti dalla comunicazione delle determinazioni al contribuente ai sensi del D.M. 19 giugno 1998, n. 259, art. 1, comma 4, rende definitiva la carenza del potere di disapplicazione della norma antielusiva in capo all'istante. Il giudizio innanzi al giudice tributario a seguito della impugnazione si estende al merito delle determinazioni impugnate>>. La sentenza è annotata da F. Padovani, *La disapplicazione delle norme antielusive specifiche: riflessioni sulla tutela processuale del contribuente*, in *Rass. trib.* n. 5/2011, p. 1175 ss

disattendere tale risposta negativa, senza applicare la disciplina *cf*, ed impugnare l'eventuale, successivo avviso di accertamento. Parimenti, anche senza la presentazione della istanza di interpello, al contribuente dovrebbe essere concessa la possibilità di dimostrare la sussistenza delle esimenti in sede giurisdizionale. Diversamente argomentando, ci troveremmo di fronte ad una normativa di dubbia costituzionalità (con riguardo agli artt. 24, 53 e 113 Cost.).

L'abbiamo già accennato più sopra e lo ribadiamo alla luce delle considerazioni finora esposte. La disciplina *cf* si atteggia quale disciplina capace di modificare in maniera radicale le regole di determinazione e di tassazione del reddito di impresa, fino a superare i limiti dettati dalla soggettività passiva la quale, nei casi previsti, viene accantonata per cedere il passo ad un sistema di trasparenza nell'ottica di combattere pratiche abusive. Tale sistema di trasparenza tuttavia rappresenta una sorta di forzatura e deve pertanto essere controbilanciato attraverso un procedimento che consenta una effettiva tutela per il contribuente il quale deve essere messo in ogni caso nella condizione di poter offrire la prova contraria, vale a dire nella condizione di sfuggire dalla applicazione della disciplina ogniqualvolta la condotta non porti alle conseguenze abusive che la disposizione stessa intende combattere. È in questa prospettiva che la presentazione dell'interpello, quale strumento preposto alla dimostrazione della prova contraria, non deve atteggiarsi quale procedura rigida, capace di precludere ulteriori azioni sul piano giurisdizionale. Se non si procede in tal senso il rischio è, ancora una volta, quello di avallare una disciplina irragionevole e contraria al principio di proporzionalità.

3.6. La natura e la *ratio* della disposizione

Come abbiamo avuto modo di mettere in luce in precedenza, la normativa *cfc* si inquadra nell'ambito delle disposizioni di diritto tributario internazionale mediante le quali il legislatore italiano ha posto un freno a quelle strategie di pianificazione fiscale che non si limitavano a cercare in modo lecito un risparmio di imposta, bensì finivano per configurare pratiche elusive. Nell'armamentario di disposizioni messe in campo per contrastare tali fenomeni, troviamo disposizioni che agiscono, sia pure sotto un medesimo o simile obiettivo, in modo sostanzialmente diverso ed impattano, pertanto, in maniera differente sulle scelte di localizzazione delle attività economiche.

È in quest'ottica che intendiamo ora porre enfasi sulla natura e sulla ragion giustificatrice delle disposizioni in parola.

La scelta di posizionare tale analisi a questo punto del lavoro non è casuale. Normalmente, tale argomento viene trattato immediatamente. Ciò nondimeno abbiamo preferito procedere in tal senso per chiarire innanzitutto il quadro attuale della disciplina *cfc*, nell'ottica di verificare se le modifiche recentemente introdotte hanno in qualche modo inciso (modificandola) sulla sua *ratio*.

Quanto alla natura della disposizione in tema di *cfc*, si può immediatamente notare come essa, a differenza della disposizione racchiusa nell'art. 73, comma 5-*bis*, Tuir, non incida sulla residenza del soggetto estero. Mentre quest'ultima disposizione mira a richiamare in Italia la residenza del soggetto che risponde a talune caratteristiche, le disposizioni di cui agli artt. 167 e 168 Tuir si limitano a

tratteggiare specifici criteri di determinazione della base imponibile del soggetto controllante.

Altrimenti detto, la *cfc legislation*, a differenza di altre disposizioni di contrasto, incide <<sui criteri di determinazione della base imponibile dei soggetti residenti, senza disconoscere la residenza della società estera>>⁽²⁵⁶⁾. Si tratta di questione di particolare rilievo se solo si considera che, in tal modo, il soggetto estero mantiene la residenza nel paese a fiscalità privilegiata dimodoché esso sconta in Italia solamente le imposte relative ai redditi ivi prodotti. Il soggetto estero, dunque, non viene tassato in Italia, come avviene nel caso della presunzione di residenza, per i redditi ovunque prodotti. È il soggetto che lo controlla che viene tassato sui redditi prodotti dall'impresa controllata in proporzione alle partecipazioni detenute⁽²⁵⁷⁾.

Si tratta di previsione di stampo sostanziale, la quale richiede allo stesso contribuente la valutazione circa la sussistenza dei presupposti applicativi, fatta

²⁵⁶ Cfr G. Ingraio, *D.L. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?*, in *Rass. trib.* 1/2010, p. 87 ss; sul rapporto tra *cfc* e presunzione di residenza, si veda altresì G. Melis, *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*, op. cit., 2008, p. 238-239, dove l'Autore evidenzia che nell'ambito le *CFC rules* <<(…) lungi dal considerare residente nello Stato la società fiscalmente residente altrove, muovono dal presupposto che la situazione di controllo sia tale da consentire l'immediata imputazione per trasparenza del reddito prodotto, ma non distribuito, dalla controllata non residente>>. L'Autore si interroga inoltre su quale sia la disciplina prioritaria. In altre parole, si chiede quale delle due discipline debba essere applicata se si configurano i presupposti applicativi di entrambe. Il citato Autore sostiene che la priorità logica sia da attribuire alla presunzione di residenza. Ancora sul rapporto tra *cfc rules* e presunzione di residenza, si veda M. Greggi, *Recenti sviluppi e questioni di compatibilità comunitaria delle disposizioni di contrasto al fenomeno della cosiddetta "esterovestizione" societaria*, in *Rass. trib.* n. 1/2009, p. 105 ss. Considerazioni sulla natura della disposizione in rapporto con il problema della residenza anche in S. Garufi, *La nuova disciplina delle CFC*, in *Rass. trib.* n. 3/2010, p. 620, nota 3.

²⁵⁷ Sul punto, si veda G. Ingraio, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di) *Saggi sulla riforma dell'IRES. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, 2008, p. 257 e, in particolare, nota 5, dove l'Autore fa un'ulteriore distinzione, evidenziando come <<E' bene distinguere l'ipotesi del trasferimento della fonte di produzione del reddito, da quella del trasferimento del solo flusso reddituale, mantenendo la fonte nel Paese di residenza. Entrambi i comportamenti hanno la stessa finalità elusiva, ma sono contrastati con norme diverse: con la legislazione sulle CFC, per quanto riguarda il trasferimento delle fonti reddituali; con l'utilizzo di norme che non consentono la deducibilità fiscale di costi o spese relativi ad operazioni commerciali intercorse con società estere, per quanto attiene ai trasferimenti dei flussi reddituali>>.

salva, naturalmente, la richiesta di disapplicazione mediante presentazione dell'interpello.

La *ratio* della disciplina è stata individuata sotto diverse sfaccettature.

Inizialmente la *ratio* è stata intercettata nella volontà del legislatore di contrastare la delocalizzazione di imprese nazionali, allo scopo di realizzare effetti di differimento nella tassazione degli utili (*tax deferral*) potenzialmente prorogabile *sine die*⁽²⁵⁸⁾. In questa prospettiva, si farebbe leva sul fatto che il soggetto controllante, avendo esso il potere appunto di controllare la distribuzione degli utili da parte del soggetto controllato, potrebbe fare in modo che tali utili non vengano mai distribuiti e, di conseguenza, mai tassati in capo ad esso (residente in Italia)⁽²⁵⁹⁾.

Tale ricostruzione, la quale risponde senz'altro – quanto meno in parte – alle finalità sottese alla disciplina in parola, presta tuttavia il fianco a talune critiche. Il contrasto al differimento della distribuzione degli utili sembra non coordinarsi con le esimenti previste dal legislatore. In particolare, tale finalità mal si concilia con la

²⁵⁸ E' questa la finalità originariamente perseguita dalla l. 21 novembre 2000, n. 342, come è stato messo in luce da L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 del Tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo III. Testo unico delle imposte sui redditi e leggi complementari*, Padova, 2010, p. 829-830. L'Autore sottolinea, in particolare, come, prima dell'introduzione nel nostro ordinamento della disciplina *de qua*, la localizzazione in Paesi a fiscalità privilegiata di "schermi societari" consentisse di <<produrre utili evitandone l'immediata tassazione in Italia e, anzi, posticipando tale tassazione fino al rientro dei flussi reddituali dall'estero e, dunque, potenzialmente *sine die*>>.

²⁵⁹ Secondo G. Maisto – P. Pistone, *Modello europeo per le legislazioni degli Stati membri in materia di imposizione fiscale delle società controllate estere (CFC)*, in Riv. dir. trib. 2008, n. 11, p. 191, il contrasto all'abuso dello strumento societario al fine del differimento dell'imposizione rappresenta finalità centrale ed immanente a tutte le normative CFC. Sulla linea del contrasto alle politiche di *tax deferral*, cfr D. Stevanato, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Riv. Dir. trib. 2000, I, p. 799, il quale, ancor prima della emanazione del decreto attuativo della disciplina in parola, faceva discendere da tale finalità la conseguenza stando alla quale non poteva applicarsi la disposizione laddove il rapporto di controllo fosse solamente un rapporto di controllo contrattuale. Si veda inoltre Id., *La delega fiscale e la CFC legislation*, in Il Fisco 2002, p. 2731. In questa prospettiva, il citato Autore ha apertamente criticato l'estensione, avvenuta con l'art. 168 Tuir, alle società collegate del regime cfc poiché il socio residente in Italia, in questi casi, non è in grado, a causa della bassa percentuale di partecipazione, di influenzare le scelte in punto di distribuzione dei dividendi. In altre parole, il socio residente non è in grado di attuare quelle politiche di *tax deferral* perseguite dal legislatore mediante tale disciplina.

disapplicazione della disposizione allorquando si dimostri che la controllata estera svolge una attività industriale o commerciale effettiva. Altrimenti detto, se è vero che la finalità è quella di colpire le politiche di *tax deferral*, allora la disciplina non dovrebbe essere disapplicabile se l'attività è effettiva poiché la politica di differimento della distribuzione ben potrebbe realizzarsi anche in questo caso. È evidente pertanto che il differimento è per così dire ammesso laddove il soggetto localizzato nel territorio a fiscalità privilegiata sia un soggetto effettivamente operante in quel territorio e non già una struttura artificiosa ivi localizzata al fine di porre in essere una pianificazione fiscale elusiva⁽²⁶⁰⁾.

Da qui emerge la ragione che maggiormente sembra ispirare la disciplina in parola. Ci riferiamo, segnatamente, all'intento di contrastare quelle pratiche abusive le quali si sostanziano nella localizzazione di società che nella realtà sono prive di una consistenza economica e che fungono da mero centro di imputazione del reddito che altrimenti sarebbe ascrivibile al soggetto residente nel nostro paese (o, in generale, in un paese a fiscalità ordinaria). In altre parole, il legislatore vuole evitare che, mediante la delocalizzazione di strutture di "puro artificio", il reddito venga veicolato verso paesi o territori a fiscalità privilegiata, dove il citato reddito può essere trattenuto senza scontare imposte o scontando imposte molto contenute (mediante politiche di differimento della distribuzione ai soci; la distribuzione, infatti, permetterebbe la tassazione dei dividendi nel paese di residenza del percettore). Ciò in considerazione altresì del fatto che, a causa della scarsa trasparenza che connota tali ordinamenti, il reddito può essere facilmente distratto mediante operazioni finalizzate, per l'appunto, a "svuotare" le strutture societarie

dimodoché si perdano le tracce degli utili o delle risorse finanziarie²⁶¹). Non stiamo parlando di una disposizione volta a combattere situazioni di interposizione fittizia di soggetti, bensì di una disposizione che combatte forme di interposizione reale. L'effetto che si cerca mediante queste tipologie di pratiche abusive, infatti, è proprio quello della imputazione al soggetto estero dei redditi passivi e non già un altro, nascosto agli occhi del Fisco. Quello che accade alla luce del sole, infatti, è proprio quello che le parti vogliono.

²⁶¹ Cfr R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, p. 404-405. Si veda inoltre, G. Maisto – P. Pistone, *Modello europeo per le legislazioni degli Stati membri in materia di imposizione fiscale delle società controllate estere (CFC)*, op. cit., i quali affermano che <<(…) si ritiene che la finalità rappresentativa della “migliore pratica” in materia di normative CFC sia il contrasto all’abuso dello strumento societario in ambito internazionale al mero fine di differire l’imposizione di utili soggetti a fiscalità privilegiata nello Stato di residenza o localizzazione della società CFC, intendendo per “abuso” il caso di “costruzioni di puro artificio”>>. Si richiama altresì la ricostruzione effettuata da R. Cordeiro Guerra, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle controlled foreign companies (art. 127-bis del Tuir)*, in Rass. trib. n. 5/2000, p. 1399. In particolare, l’autore, nel cercare di tratteggiare la ratio della normativa, individua due possibili tesi. Esso richiama la possibilità che la normativa voglia contrastare le politiche di *tax deferral*, ma attribuisce a tale eventuale soluzione diverse controindicazioni, in particolare incentrate a problemi di costituzionalità che deriverebbero se si attribuisse alla disciplina in parola l’intento, appunto, di evitare differimenti nella distribuzione degli utili (secondo l’autore, ad esempio, il *tax deferral* non potrebbe facilmente essere inquadrato nell’ambito della elusione fiscale, vi sarebbero problemi di riferibilità soggettiva del reddito tassato con il soggetto in capo al quale viene tassato e potrebbe aprire spazio a problematiche di carattere nazionale, dal momento che la stessa politica potrebbe essere attuata altresì da soggetti residenti che controllano soggetti anch’essi residenti). L’autore abbraccia dunque una via diversa, vale a dire quella di <<colpire redditi solo “apparentemente” prodotti fuori dai confini, ma in realtà generati attraverso un’attività che continua ad avere il proprio centro direttivo e/o operativo nel (o comunque primarie connessioni col) territorio dello Stato. È il caso, segnatamente, delle imprese che, anche tramite artifici contrattuali, spostano all’estero solo flussi reddituali, mentre la fonte che in effetti li genera rimane saldamente ancorata al territorio domestico. Rispetto ad ipotesi siffatte, la tassazione dei dividendi non distribuiti assolverebbe dunque allo scopo di recuperare a tassazione un reddito di fonte interna, formalmente estero vestito>>. Se la norma mira a combattere questo comportamento, secondo il citato autore, ci troviamo di fronte ad una disposizione antievasiva, come quelle volte a combattere fenomeni di interposizione fittizia (art. 37, comma 3, dpr 600/1973). Laddove la norma però attraggia altresì fenomeni di interposizione reale, la stessa è in grado di assumere i connotati della disposizione antielusiva. In conclusione, l’Autore esclude che la disposizione sia orientata propriamente nel senso di combattere i fenomeni di *tax deferral*. E a tale conclusione giunge richiamando l’esimente che esclude l’applicabilità della disciplina se l’attività svolta nel territorio a fiscalità privilegiata è un’attività effettiva. In questa prospettiva, pertanto, l’autore abbraccia la linea stando alla quale la normativa *cfc* vuole combattere <<ipotesi di produzione di reddito tramite attività (ancorché industriali o commerciali) non radicate in loco, e dunque fittiziamente dirottate sulla controllata>>.

Tale finalità anti-abuso pare conciliarsi nel modo migliore con la portata delle esimenti⁽²⁶²⁾.

Ed infatti, la prima esimente si riferisce, come abbiamo illustrato, all'esercizio, da parte della controllata estera, di una attività industriale o commerciale effettiva. La circostanza, dunque, che vede escluse tali attività dall'ambito applicativo della disciplina dimostra come il legislatore abbia inteso intervenire, più che sul differimento della distribuzione degli utili (il quale, come detto, rappresenta probabilmente una motivazione "di secondo livello"), sulla collocazione in giurisdizioni a fiscalità privilegiata di imprese che non esercitano una concreta attività economica, ma sono funzionali, in quanto soggetti giuridicamente indipendenti, alla imputazione del reddito.

La questione relativa al "mercato" e dunque alla necessità, recentemente introdotta dal dl 78/2009, di ravvisare un collegamento con il mercato locale non solo per quanto riguarda l'esistenza di una effettiva organizzazione sul territorio, bensì anche per quanto riguarda l'approvvigionamento e i canali di sbocco non lascia inalterata la disciplina, rischia tuttavia di impattare in maniera dirompente sulla *ratio* della disciplina, la quale rischia di tramutarsi in disciplina capace di attrarre nel proprio ambito applicativo anche situazioni che non rappresentano costruzioni artificiali. Ed infatti, nonostante la prima esimente sia in parte coerente con la *ratio* sopra descritta, le modifiche apportate dal d.l. 78/2009, anche con riguardo alle limitazioni introdotte dal comma 5 *bis*, attirano altresì situazioni nelle quali

²⁶² Sulla seconda esimente non è pacifica la dottrina. Vi è infatti chi vede una stonatura giacché la seconda esimente è tutta incentrata sul carico fiscale sopportato e non già sulla effettività della attività di impresa svolta dalla controllata. Su tale aspetto si veda G. Bizioli, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc, op. cit.*, p. 242-243. Su tale aspetto si tornerà, peraltro, analizzando la compatibilità della disciplina italiana con il diritto comunitario.

l'impresa estera svolge una attività effettiva nel territorio di insediamento e non rappresenta affatto una struttura di puro artificio.

Procedendo in questa direzione, il rischio è quello di tramutare una disciplina incentrata sul contrasto alla delocalizzazione fittizia di redditi passivi in una disciplina che contrasta la delocalizzazione effettiva di attività economiche, con le gravi conseguenze che ne derivano per gli operatori.

Nel senso di una *ratio* antielusiva, oltre all'analisi della seconda esimente, la quale esclude l'operatività della disciplina nel caso in cui si dimostri che dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in stati o territori *black list*, sembra deporre anche l'analisi della esimente recentemente introdotta a fronte della applicazione della disciplina nei riguardi dei soggetti localizzati in paesi non *black list* che conseguono prevalentemente *passive income* e che sono soggetti a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti se residenti nel nostro paese.

Ebbene, nel caso della recente estensione della disciplina ai soggetti non *black list* è evidente l'enfasi posta dal legislatore sulla attività effettivamente esercitata dalla società estera. Ed infatti, sia nell'ambito del comma 8 *bis*, lett. b), (il quale estende la disciplina ai soggetti non *black list*), sia nell'ambito del comma 8 *ter* (il quale tratteggia la specifica esimente) vi è un chiaro riferimento all'attività svolta dalla *cfc*. In primo luogo, si intercettano, nell'estendere la disciplina, i soggetti che (in linea teorica) sono più idonei a conseguire prevalentemente redditi cc.dd. passivi. In secondo luogo, nel definire l'esimente necessaria per la disapplicazione della disciplina, il legislatore chiede che sia dimostrato il fatto che l'insediamento

all'estero non rappresenta una "costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale".

Anche questa ultima modifica, nel senso della estensione della disposizione in parola, depone nel senso di una *ratio* orientata a combattere pratiche di stampo elusivo. Ciò nondimeno, anche tale modifica normativa rischia in qualche modo di rendere maggiormente difficoltosa la posizione di soggetti che in realtà non rappresentano costruzioni artificiali. Ed infatti, nonostante sia stata introdotta una via d'uscita (l'esimente di cui al comma 8 *ter*, appunto), è da evidenziare che le attività individuate dal legislatore nel nuovo comma 8 *bis* non sono attività che automaticamente nascondono situazioni abusive.

Sempre l'analisi delle esimenti permette altresì di escludere che la *ratio* sia propriamente rinvenibile nell'intento di attuare, da parte del legislatore, politiche di *capital export* □ *neutrality*⁽²⁶³⁾. Tali politiche, orientate a rendere la variabile fiscale neutra nella scelta tra investire nel paese di residenza o in un altro paese⁽²⁶⁴⁾ e

²⁶³ Su questo tema si veda, in particolare, A. Ballancin, *Note ricostruttive sulla ratio sottesa alla disciplina italiana in tema di controlled foreign companies*, in Riv. dir. trib. 2008, I, p. 13 ss, dove si possono trovare ampi riferimenti bibliografici anche internazionali. Si veda inoltre S. Cipollina, *Cfc legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in Riv.dir.fin., 2007, p. 3 ss, dove l'Autore sostiene, appunto, che <<I regimi CFC attuano una politica di capital export neutrality>>, dimodoché <<(…) l'investimento viene tassato in modo equivalente, a prescindere dal luogo in cui viene effettuato. Al contrario, la capital import neutrality (CIN), incentrata sul luogo dell'investimento, consiste in quella condizione di neutralità del sistema domestico, per cui gli investitori nazionali ed esteri sono soggetti ad un unico regime fiscale equivalente, senza alcuna discriminazione tra stabili organizzazioni di, e società controllate da, imprese estere, da un lato, ed imprese nazionali, dall'altro>>. L'Autore, nel richiamato lavoro, evidenzia come le criticità di un modello incentrato sulla CEN siano ancor più evidenti se confrontate con il diritto comunitario. Ciò per il semplice fatto che esse si contraddistinguono per la finalità di protezione nei confronti del mercato interno dello Stato. Protezione la quale, per definizione, si trova in un piano di contrasto con le libertà fondamentali che, al contrario, si pongono in un'ottica di integrazione e di formazione del mercato unico.

²⁶⁴ Cfr A. Ballancin, *Note ricostruttive, op. ult. cit.*, dove l'Autore precisa che <<La neutralità fiscale è ottenuta quando il fattore fiscale non interferisce con le scelte di impiego del capitale, rendendo dunque indifferente per un soggetto economico investire i propri capitali nel proprio Stato di residenza oppure all'estero>>. L'autore spiega inoltre come, mediante il credito di imposta, si ottenga di "livellare la tassazione" dei redditi prodotti all'estero in modo tale che l'aliquota marginale sia comunque quella

chiaramente perseguite da taluni paesi, non sembrano essere centrali nel caso della legislazione messa in campo dal nostro legislatore. Nel caso di altri paesi, il fine di perseguire politiche di neutralità dell'esportazione del capitale appare più evidente, giacché le legislazioni *cfc* introdotte in tali paesi prevedono l'imputazione in capo al controllante dei redditi prodotti dalle controllate (a) indipendentemente dal livello di tassazione previsto nel paese di residenza di queste ultime e (b) senza discriminare tra soggetti che svolgono una attività industriale o commerciale effettiva e soggetti che incamerano solamente redditi di tipo passivo⁽²⁶⁵⁾.

La legislazione introdotta in Italia, a seguito delle modifiche recentemente introdotte, assume caratteri ibridi. Da un lato, si pone un discrimine tra paesi a fiscalità privilegiata e paesi a fiscalità ordinaria.

Il prima battuta, invero, la disciplina è applicabile solamente con riguardo a soggetti residenti in particolari territori a fiscalità privilegiata (cfr art. 167 tuir, comma 1).

Ciò nondimeno, il nuovo comma 8-bis allarga l'ambito applicativo fino a comprendere soggetti residenti in paesi *white list*. Ma in questo caso il discrimine è comunque dato dalla tipologia di attività esercitata nel territorio di stabilimento e dalla effettività della stessa.

del paese di residenza. In questo modo, laddove si introducesse una disciplina *cfc* generalizzata per tutte le società estere, il risultato sarebbe tendente, appunto, alla *capital export neutrality*, come avveniva inizialmente negli Stati Uniti d'America. Sul tema della *capital export neutrality* e della *capital import neutrality*, cfr G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, p. 403 ss; C. Sacchetto, *L'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel paese di residenza*, in Riv. dir. trib. int. 2001, p. 35.

²⁶⁵ Cfr R. Baggio, *Il principio di territorialità*, op. cit., p. 403-404; R. Franzè, *Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti partecipati residenti o localizzati in <<paradisi fiscali>>*, in V. Uckmar (a cura di), *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, p. 929 ss, il quale analizza la il caso degli Stati Uniti.

Il soggetto controllante residente nel nostro Paese, infatti, *per essere incluso* nella novellata disciplina, deve detenere partecipazioni in soggetti che per la maggior parte conseguono redditi (almeno in apparenza) passivi e, per essere escluso dalla medesima disciplina, deve dimostrare che l'insediamento all'estero non è una costruzione artificiosa. Di conseguenza, si torna, ancora una volta, sulla attività svolta.

Queste discriminanti permettono di confermare che, nel caso del nostro paese, la neutralità dell'esportazione dei capitali può talvolta essere il risultato della applicazione della disciplina, ma non ne rappresenta la finalità direttamente perseguita⁽²⁶⁶⁾.

È facile infatti osservare che, se per davvero l'intento fosse quello di livellare la tassazione per chi investe nel territorio e chi investe al di fuori del territorio italiano,

²⁶⁶ Giunge invece ad una conclusione stando alla quale la normativa italiana sarebbe riconducibile dalla *capital export neutrality* in chiave antielusiva A. Ballancin, *Note ricostruttive*, op. cit. L'Autore richiamato, infatti, sostiene che il legislatore italiano, con la riforma dell'Ires e dunque con la estensione della disciplina fino a ricomprendere le società collegate, abbia - forse non consapevolmente - perseguito una politica di valorizzazione delle delocalizzazioni elusive del reddito verso paradisi fiscali più che di valorizzazione del *tax deferral*. Tale lettura sarebbe valorizzata da considerazioni incentrate sul parallelismo tra normativa cfc e *participation exemption*. Quest'ultima disciplina, in particolare, con riferimento al requisito attinente la localizzazione del soggetto partecipato in territori non *white list*. Agganciata alla disciplina pex prevista per i paradisi fiscali (che necessita la dimostrazione dell'esimente di cui allo stesso art. 167, comma 5, lett. b), la disciplina cfc assumerebbe una connotazione maggiormente sistematica: se non sussistono i presupposti per l'applicazione della normativa cfc (per mancanza di controllo o collegamento), <<la tassazione dell'utile prodotto dal soggetto ubicato nel paradiso fiscale è semplicemente rinviata al momento della distribuzione dei dividendi a favore - o della realizzazione della plusvalenza ad opera - del socio italiano>>. Secondo il richiamato Autore, la valenza sistematica della normativa cfc troverebbe la sua ragione nel condurre alla parità di trattamento tra redditi prodotti all'estero (che, in un modo o nell'altro, vengono comunque tassati in Italia) e redditi prodotti nel territorio dello Stato). Pertanto <<Letta con l'istituto della *participation exemption* e con la rilevanza colà assunta dalla "seconda esimente" volta a dimostrare la mancata localizzazione del reddito nel paradiso fiscale - nel senso che il reddito è tassato in un altro Stato a fiscalità ordinaria collocato "a monte" dell'Italia - la disciplina CFC si palesa quale riscoperta di una *capital export neutrality* in chiave antielusiva e derogatoria rispetto alle regole generali che tendono a non sottoporre ad ulteriore imposizione i redditi delle società partecipate estere residenti in Stati a fiscalità ordinaria>>.

non avrebbe senso escludere i soggetti che dimostrano di svolgere all'estero attività effettive⁽²⁶⁷⁾.

Del resto, tale finalità nemmeno compare nel testo della relazione di accompagnamento al disegno di legge, nel quale, nell'esplicare le finalità della disciplina, è stato chiarito che l'intento del legislatore era quello di <<introdurre nel nostro ordinamento una legislazione modellata sul cosiddetto sistema della controller foreign companies (CFC) legislation, secondo cui, in estrema sintesi, si provvede ad imputare al soggetto residente il reddito delle proprie partecipate estere a prescindere dal momento di distribuzione dello stesso. Questo tipo di legislazione, internazionalmente riconosciuto, tiene conto dei lavori svolti in seno all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) e la sua adozione è stata recentemente raccomandata da tale organizzazione>>⁽²⁶⁸⁾.

Altra finalità che è stata affiancata alle normative *cfc* è stata individuata nell'intento di facilitare l'attività di accertamento. Tale finalità, peraltro, è stata attribuita alle normative *cfc* che prescindono dal livello di tassazione (nel senso che possono colpire altresì le società residenti in paesi dove il livello di tassazione è adeguato) e

²⁶⁷ Cfr R. Baggio, *Il principio di territorialità*, op. cit., p. 404, il quale evidenzia che <<L'esclusione del principio d'imputazione per gli investimenti effettuati in attuazione di programmi imprenditoriali taglia alla radice le possibilità di mettere in pratica l'auspicata parità di trattamento fiscale tra chi produce redditi all'estero e chi produce redditi solo nel territorio dello Stato. Del resto ci si chiede perché la politica di neutralità dell'esportazione di capitale dovrebbe essere limitata ad una determinata categoria di soggetti non residenti e precisamente a quelli localizzati in Stati o territori che si caratterizzano per il regime fiscale privilegiato e per non garantire un adeguato scambio d'informazioni>>.

²⁶⁸ Il punto di vista dell'OCSE sul tema delle legislazioni *cfc* è descritto da P. Pistone, *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, in *TributImpresa* n. 3/2005, il quale afferma che secondo l'OCSE (v. Commentario all'art. 1 del modello Ocse, par. 22 e 23) la legislazioni *cfc* seguono una logica anti-abuso.

che includono i soggetti residenti in paesi con i quali non vi è scambio di informazioni⁽²⁶⁹⁾.

Non è questo, però, il caso del nostro paese.

In definitiva, si può rilevare che la finalità sottesa alla disciplina *cfc* è da ricondurre al contrasto nei confronti di schemi elusivi i quali <<*attraverso l'interposizione formalistica di uno schermo societario, "spezzano" il principio di tassazione mondiale, facendo confluire il passive income (originariamente tassato alla stregua di reddito prodotto all'estero in capo al soggetto italiano) sotto la titolarità (e, quindi, nella base imponibile) della società (controllata o collegata) interposta*>>⁽²⁷⁰⁾.

Stabilito questo, non si può però fare a meno di evidenziare come le modifiche introdotte dal d.l. 78/2009 abbiano altresì impattato pesantemente sulla definizione della *ratio* della disciplina in parola. La modifiche sulle esimenti portate dall'introduzione del riferimento al mercato (di cui si è detto più sopra) e dalle limitazioni introdotte dal nuovo comma 5 *bis* si pongono infatti in pieno contrasto con le ragioni per le quali le normative *cfc* sono state introdotte⁽²⁷¹⁾.

Determinando l'inclusione nell'ambito applicativo di soggetti che di fatto svolgono attività commerciali o industriali effettive (ma che, per un verso, non le svolgono nei confronti del mercato locale oppure non lo possono dimostrare a causa della limitazione introdotta dal nuovo comma 5 *bis*), il punto di arrivo è quello di una disciplina che contrasta non solo le delocalizzazioni fittizie di redditi, bensì anche le

²⁶⁹ Sul punto si veda G. Maisto – P. Pistone, *Modello europeo per le legislazioni degli stati membri*, op. cit.

²⁷⁰ Così, testualmente, M. Poggioli, <La "novella" nella disciplina CFC e il diritto dell'Unione Europea: armonia o conflitto?, in *Il Commercialista Veneto* n. 196/2010.

²⁷¹ Sul punto si veda D. Stevanato, *Delocalizzazioni produttive e metamorfosi della disciplina CFC: dalla tassazione dei <<passive income>> alla penalizzazione dei <<business income>>*, in *Dialoghi tributari* n. 4/2009, dove l'Autore evidenzia come la normativa *cfc*, siccome modificata dal citato decreto anticrisi, vede alterate le proprie cornici di riferimento, tanto da uscirne stravolta.

delocalizzazioni effettive di attività d'impresa poiché caratterizzate dall'insediamento in territori a fiscalità privilegiata⁽²⁷²⁾.

E' a causa della storpiatura che si configurerebbe facendo altrimenti che le modifiche introdotte dal d.l. anticrisi devono necessariamente essere interpretate tenendo ben a mente quale è la *ratio* della disciplina in parola. Diversamente facendo, si assisterebbe ad una vera e propria metamorfosi della disciplina *cfc*⁽²⁷³⁾.

3.7. Possibili problemi di costituzionalità delle disposizioni riguardanti le CFC.

La disciplina sulle *cfc* si caratterizza, come abbiamo già ampiamente illustrato, per il fatto che essa prevede la tassazione per trasparenza in capo al soggetto controllante residente dei redditi prodotti dall'impresa estera partecipata, a prescindere dalla distribuzione. Proprio a causa di questa tassazione in capo ad un soggetto diverso dal possessore/produttore del reddito, la dottrina si è interrogata sulla costituzionalità della disposizione. È evidente, infatti, che, se normalmente la tassazione con il metodo della trasparenza è giustificata per il fatto che il reddito si considera già nella disponibilità dei soggetti in capo ai quali viene tassato, nel caso delle *cfc* manca, a prima vista, tale corrispondenza. Ed invero, fintanto che l'utile non viene distribuito a beneficio del soggetto controllante, quest'ultimo soggetto è tassato, con il meccanismo appunto della trasparenza, a fronte di un reddito che

²⁷² Sul punto, chiaramente, M. Poggioli, "Scudo fiscale", presunzione legale di evasione "per equivalente" e disciplina CFC, in AA.VV., *Scudo fiscale e azione di contrasto ai paradisi fiscali*, 2009, p. 50, dove l'Autore evidenzia che <<Le novità introdotte dal decreto di luglio vanno ad alterare il quadro di riferimento (...), ampliando la latitudine stessa del concetto di CFC, non più limitato ai meri "contenitori" collocati nei paradisi fiscali, ma esteso adesso sino a ricomprendere soggetti che svolgono attività economiche effettive negli Stati a fiscalità privilegiata, e financo società situate in Stati white list>>.

²⁷³ Per impiegare i termini usati da D. Stevanato, *Delocalizzazioni produttive e metamorfosi della disciplina CFC*, op. cit.

non è posseduto, bensì solo potenzialmente acquisibile⁽²⁷⁴⁾. In questa prospettiva, il problema si porrebbe con riguardo alla effettività ed alla attualità della capacità contributiva ed il dubbio di compatibilità costituzionale potrebbe porsi con riguardo, per l'appunto, all'art. 53 Cost.⁽²⁷⁵⁾.

È appena il caso di specificare, infatti, che, essendo l'attitudine alla contribuzione parametrata alla forza economica del soggetto, tale forza economica non può essere solamente supposta, probabile o remota. La forza economica, al contrario, deve essere contraddistinta dalla effettività e dalla attualità⁽²⁷⁶⁾.

Se, prima delle modifiche introdotte dal d.l. 78/2009, si poteva in qualche modo giustificare tale mancanza di coincidenza tra soggetto produttore del reddito e soggetto in capo al quale il reddito veniva tassato, oggi, a seguito delle modifiche normative di cui si è detto, tale giustificazione risulta più ardua.

Prima, infatti, facendo leva sulla *ratio* antielusiva della disciplina in parola, la tassazione in capo al soggetto residente pareva giustificarsi poiché tale tassazione colpiva in realtà redditi che solo apparentemente venivano prodotti all'estero.

²⁷⁴ cfr, sul punto G. Ingraio, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*. Quaderni della Rivista di Diritto Tributario, Milano, 2008, p. 271 ss.

²⁷⁵ Sul principio della capacità contributiva, si veda F. Moschetti, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, *passim*; I. Manzoni, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965, *passim*. Sul rapporto tra capacità contributiva e territorialità, oltre agli Autori appena citati, si veda altresì, senza pretesa di esaustività, G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999, p. 300 ss; G. Fransoni, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, p. 268 ss; R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, p. 223 ss; M. Russo, *La territorialità*, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 81 ss.

²⁷⁶ Si veda, per tutti, G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2010, p. 169.

Maggiori dubbi in punto di costituzionalità permanevano, invece, se si considerava la disciplina come volta al contrasto di politiche di *tax deferral*⁽²⁷⁷⁾.

Per effetto delle esimenti inizialmente introdotte, dunque, la tassazione doveva concretizzarsi solamente nel caso in cui il soggetto estero si presentasse come costruzione artificiosa, vale a dire <<di comodo>>⁽²⁷⁸⁾.

La nuova formulazione della disposizione, tuttavia, innesta ulteriori dubbi. Ciò per il semplice fatto che le esimenti, siccome ridisegnate dal legislatore, non sembrano in grado di distinguere nettamente le situazioni di fittizia delocalizzazione di redditi passivi dalle situazioni di genuina delocalizzazione delle attività economiche. Con il risultato che si rischia di “fare di tutta tutta l’erba un fascio” e di attrarre nell’ambito applicativo della disciplina situazioni che, viceversa, dovrebbero rimanerne estranee.

Il riferimento va, ad esempio, alla introduzione del comma 5 *bis* che, come detto più sopra, esclude, per taluni soggetti, la possibilità di invocare la prima esimente. Tale disposizione, laddove letteralmente intesa, rischia di impedire, anche a soggetti che di fatto non costituiscono costruzioni artificiali ma svolgono una effettiva attività

²⁷⁷ Sul punto si veda D. Stevanato, *La delega fiscale e la CFC Legislation*, in *Il Fisco* 2002, p. 2731. Il richiamato Autore solleva appunto importanti dubbi sulla costituzionalità della disciplina in parola, a maggior ragione con riferimento alla sua estensione nei confronti delle collegate estere. Il punto di partenza di tale Autore è proprio fondato sulla *ratio* della disciplina, per esso orientata a combattere fenomeni di *tax deferral*. È lo stesso Autore ad evidenziare come solo una diversa *ratio* antielusiva della disposizione possa in qualche modo portare a giustificare la disciplina anche nel rispetto dei principi costituzionali. In questo senso cfr altresì G. Ingraio, *La riforma dell’IRES*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell’IRES*, *op. cit.*, p. 272 - 273, il quale propende proprio per la *ratio* antielusiva.

²⁷⁸ Questa espressione è stata impiegata da M. Beghin, *L’abuso del diritto nelle operazioni internazionali*, in *Corr. trib.* n. 12/2010, p. 957 ss, dove l’Autore spiega che <<“Puro artificio” significa “di comodo”, nel senso che anche noi tributaristi diamo a questa espressione quando ci riferiamo, per esempio, ad una società. si vuole soltanto dire che quella struttura è un involucro formalmente deputato allo svolgimento di attività d’impresa ma, nei fatti, del tutto estraneo all’esercizio di attività economiche, sottratto al rischio tipico di quei comparti e deputato, per contro, al mero godimento. L’espressione <<di comodo>> sembra dunque evocare l’idea di una dissociazione tra forma e sostanza, pur sempre finalizzata ad eludere (aggirare) il tributo>>.

d'impresa, di adire alla prima esimente dimodoché essi si ritrovano intrappolati in una disciplina che li penalizza.

L'inclusione nella applicazione delle regole sulle *cfc* anche a questi soggetti, per effetto della "stretta" sulla prima esimente, non è per nulla giustificata sul piano dell'art. 53 Cost. Per questi soggetti, invero, la tassazione non si giustifica quale tassazione in capo al soggetto residente di un reddito solo apparentemente prodotto all'estero. In questo caso, infatti, ci troviamo di fronte ad una vera e propria tassazione in capo al soggetto residente di un reddito prodotto da un soggetto diverso.

Alle stesse conclusioni si arriva con riguardo alla "stretta" apportata sempre al comma 5, lett. a), dell'art. 167 per il tramite dell'inserimento del riferimento al mercato. È evidente che, anche in questo caso, si rischia di calamitare soggetti che esercitano una attività effettiva, anche se tale attività non è esercitata nei confronti del territorio di insediamento. Anche in questo caso il problema è il medesimo. La tassazione per trasparenza in capo al controllante non si giustifica perché non ci troviamo innanzi a redditi solamente in apparenza prodotti all'estero, ma davanti a redditi effettivamente prodotti dal soggetto estero che vengono irragionevolmente attratti a tassazione in Italia⁽²⁷⁹⁾. La prima esimente, pertanto, non rappresenta un corretto bilanciamento perché, per effetto della sua formulazione, non è in grado di distinguere compiutamente i soggetti che meritano di essere attratti a questo particolare regime impositivo dai soggetti che viceversa dovrebbero rimanere nell'ambito delle regole ordinarie.

La degenerazione è di tutta evidenza ed i problemi di costituzionalità sono tutt'ora aperti, come del resto lo sono sempre stati per la disciplina riguardante le società collegate prevista dall'art. 168 Tuir. Il mero collegamento, invero, richiesto per l'attrazione del reddito della impresa estera non pare affatto sufficiente per giustificare la tassazione in capo al soggetto residente. Come abbiamo detto più sopra, laddove abbiamo introdotto la disciplina riguardante la tassazione per trasparenza delle imprese estere collegate, manca, nella disposizione di cui all'art. 168 tuir, uno dei due elementi di pericolosità fiscale intercettati dal legislatore al momento della introduzione della disciplina *cfc*. Elementi la cui presenza dovrebbe giustificare la forzatura creata attraverso la tassazione per trasparenza in capo al soggetto residente di redditi provenienti dai soggetti esteri. Se tali elementi vengono a mancare (il controllo, nel caso di specie), viene a mancare anche la giustificazione, e dunque la ragionevolezza, di una così penetrante disciplina

3.8. Disciplina cfc e convenzioni contro la doppia imposizione.

Delle problematiche attinenti alla compatibilità con il diritto comunitario della *cfc legislation* ci occuperemo nel prossimo capitolo. Ci soffermiamo ora su un ulteriore aspetto, il quale comunque si sgancia dalla prospettiva squisitamente interna finora affrontata ed è legato alla compatibilità della normativa *cfc* con i trattati internazionali siglati tra Stati al fine di evitare doppie imposizioni⁽²⁸⁰⁾. Ci si chiede,

²⁸⁰ Sull'argomento si veda C. Sacchetto - S. Plebani, *Compatibilità della legislazione CFC italiana con le norme convenzionali e con l'ordinamento comunitario*, in *Dir. prat. trib. Internazionale*, 2002, 13 ss; P. Bracco, *CFC legislation e trattati internazionali: le recenti integrazioni al Commentario Ocse e il loro valore ermeneutico*, in *Riv. dir. trib.* 2004, I, p. 179 ss; P. Antonini, *The compatibility of CFC legislation with tax treaties*, in *Rassegna di fiscalità internazionale*, n. 2/2004; P. Pistone, *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, in *TributImpresa*, op. cit.; G. Ingraio, *La riforma dell'IRES*, op. cit., p.

in particolare, se la normativa *cfc* sia applicabile laddove tra il nostro paese e il paese di localizzazione della controllata estera sia stata siglata una convenzione contro la doppia imposizione, in particolare nel caso in cui la convenzione medesima non sia stata dotata di una specifica clausola di salvaguardia, capace di fare salva, per l'appunto, l'applicazione della normativa interna sulle imprese estere controllate.

Il problema è di tutta evidenza e nasce dal fatto che la tassazione per trasparenza in capo al soggetto residente potrebbe modificare i criteri di ripartizione della sovranità impositiva siccome tratteggiati negli accordi internazionali. Tali accordi, infatti, prevedono che il reddito sia tassato soltanto nel paese di residenza, salvo il caso della stabile organizzazione (art. 7 delle Convenzioni stipulate sulla base del Modello Ocse).

La risposta a tale problematica è controversa. Da un lato, vi è la tesi stando alla quale la disciplina *cfc* può essere applicata anche laddove vi sia una convenzione, in tal modo prevalendo su di essa. Tale tesi poggia sul fatto che è la stessa disciplina *cfc* a derivare dalle raccomandazioni dell'Ocse. Dall'altro lato vi è la tesi opposta, la quale, facendo leva sul fatto che il regime *cfc* finisce per tassare il reddito prodotto in un altro paese, s'incentra sulla prevalenza degli accordi raggiunti a livello

276-277; L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 Tuir, op. cit.*, p. 842; G. Maisto, *Norme anti-elusive, abuso del diritto e convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni sul reddito*, in Id. (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, 2009, p. 277 ss; A. Ballancin, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC ed il diritto comunitario*, in Riv. dir. trib. n. 3/2010, p. 161 ss.

internazionale⁽²⁸¹⁾, i quali non possono essere disattesi in forza delle indicazioni offerte dall'Ocse⁽²⁸²⁾.

La questione è stata affrontata anche nell'ambito dello stesso Commentario Ocse, dove è stata confermata la legittimità e la applicabilità delle disposizioni *cfc* nazionali proprio in ragione della loro funzione anti-abuso⁽²⁸³⁾.

Anche il *Committee on Fiscal Affairs dell'OCSE* si è espresso sul punto nel 2003, sancendo la operatività delle disposizioni *cfc* anche nei casi in cui la convenzione non sia munita di specifica clausola di salvaguardia. Per evitare tali problematiche, infatti, alcuni Stati hanno provveduto a rinegoziare le convenzioni al fine di introdurre una specifica clausola per fare salva l'applicazione della normativa *cfc* interna⁽²⁸⁴⁾. Ciò anche in considerazione delle divergenti posizioni assunte dalle

²⁸¹ Assume rilievo, a tale riguardo, la problematica attinente alla gerarchia delle fonti. Più precisamente il riferimento va al primato delle disposizioni pattizie sulla normativa interna. Il dibattito dottrinale, sul punto, è sempre stato molto acceso e, secondo alcuni autori, esso ha trovato la propria soluzione con la Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, la quale ha modificato l'art. 117 Cost. Secondo tale orientamento, a seguito di tale modifica, vi è una chiara prevalenza delle disposizioni convenzionali sulle disposizioni interne. Nello stesso senso, si vedano le sentenze della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349. Sul punto si veda R. Baggio, *Commento all'art. 117 Cost., sez. II*, in G. Falsitta (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo I. Diritto costituzionale tributario e Statuto del contribuente*, Padova, 2011, p. 399 ss. Sull'argomento si veda anche G. Maisto, *Norme anti-elusive, abuso del diritto e convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni sul reddito*, in Id. (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, 2009, p. 284 ss, il quale evidenzia come la problematica attinente alla ammissibilità delle disposizioni antielusive interne, in presenza di convenzioni con le quali le citate disposizioni interne potrebbero contrastare, debba essere affrontata, in via pregiudiziale, alla luce del diritto internazionale.

²⁸² Distingue queste due posizioni L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 Tuir, op. cit.*, p. 842.

²⁸³ Cfr P. Pistone, *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, in *TributImpresa*, op. cit. Si rileva tra l'altro che anche la nostra Amministrazione finanziaria si era rapidamente preoccupata di intervenire su questo particolare aspetto. E ciò aveva fatto nella circolare 207/E del 16 novembre 2000, limitandosi ad affermare che la introducenda disciplina *cfc* non si poneva in contrasto con le convenzioni internazionali e che pertanto essa poteva essere applicata anche con riguardo a soggetti esteri residenti in paesi con i quali era in vigore un accordo contro la doppia imposizione, a prescindere che in tale accordo fosse presente una apposita clausola diretta a salvaguardare l'applicabilità delle disposizioni in punto di *cfc*. Critica tale "apodittica" presa di posizione P. Bracco, *CFC legislation e trattati internazionali: le recenti integrazioni al Commentario Ocse e il loro valore ermeneutico*, in *Riv. dir. trib.* 2004, I, p. 185, nota 18.

²⁸⁴ Sul punto si veda L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 Tuir, op. cit.*, p. 842.

Corti di diversi paesi. In questa prospettiva, infatti, ha assunto particolare rilievo in caso *Schneider Electric*, nel quale i giudici francesi (seguendo quanto affermato dal Consiglio di Stato⁽²⁸⁵⁾) hanno reputato inapplicabile la normativa *cfc* nazionale laddove operi una convenzione contro le doppie imposizioni. In particolare, l'incompatibilità è stata delineata proprio con riferimento all'art. 7 della Convenzione stipulata sulla base del Modello Ocse.

Altri paesi poi hanno condiviso la linea tratteggiata dai giudici francesi, rendendo inapplicabile la normativa nel caso di rapporti con paesi con i quali è in vigore una convenzione, oppure inserendo apposite clausole di salvaguardia nel testo delle Convenzioni medesime⁽²⁸⁶⁾.

Tale problematica, anche negli orientamenti abbracciati dalla dottrina, si sviluppa su diversi fronti. Più precisamente essa coinvolge l'art. 7 e l'art. 10 del Modello Ocse (al quale si ispirano gran parte delle convenzioni in vigore) e la funzione anti-abuso rivestita dagli stessi trattati⁽²⁸⁷⁾.

Ai fini della questione in esame, al pari della situazione francese, pertanto, anche in Italia potrebbe assumere rilevanza l'art. 7 del modello OCSE di convenzione, secondo il quale gli utili di un'impresa di uno Stato contraente (la controllata estera, nel caso che ci riguarda) sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che l'impresa non svolga la sua attività nell'altro Stato contraente (lo Stato di residenza

²⁸⁵ Sentenza del Consiglio di Stato francese del 28 giugno 2002 in *International Tax Law Reports*, 2002, p. 1082 e in *Revue de Droit Fiscal*, 2002, p. 1151.

²⁸⁶ Sul punto si veda P. Pistone, *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, op. cit., il quale ricostruisce il quadro al momento dell'inserimento della normativa italiana avvenuto con l'introduzione dell'art. 127-bis nel corpo del Testo unico delle imposte sui redditi. In particolare, il richiamato Autore, evidenzia come anche la Svezia abbia seguito le linee tratteggiate dalle Corti francesi. Il caso francese è richiamato anche da V. Ceriani, *Problemi attuali dell'imposizione sulle società*, in *Rass. trib.* n. 5/2006, p. 1605 ss.

²⁸⁷ Il quadro è stato in tal modo delineato da P. Bracco, *Cfc legislation e trattati internazionali*, op. cit., p.

della casa madre) per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata⁽²⁸⁸⁾. Ora, atteso che la società controllata non costituisce una stabile organizzazione della società controllante, vi è la posizione di coloro⁽²⁸⁹⁾ i quali ritengono incompatibile la norma convenzionale con quella interna. Infatti, l'applicazione della normativa italiana in punto di *cfc* comporterebbe la tassazione in Italia di un reddito d'impresa prodotto in un altro Stato da un soggetto residente in detto altro Stato, senza che questo abbia una stabile organizzazione in Italia. E ciò sarebbe in contrasto con quanto stabilito dalla convenzione⁽²⁹⁰⁾.

L'art. 10 del Modello di convenzione Ocse, invece, rileverebbe poiché, secondo il suo dettato, <<(…) *allo Stato in questione* [quello di residenza della casa madre] *non è mai consentito assoggettare a imposizione gli utili (distribuiti o non) di una società residente*

²⁸⁸ Il modello di convenzione Ocse stabilisce infatti, all'art. 7(1) che <<*The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to that permanent establishment*>>.

²⁸⁹ In questo senso si vedano S. Mayr – G. Fort, *Compatibilità delle norme «CFC» con le Convenzioni internazionali*, in *Corr. trib.* 2001, p. 645 secondo i quali <<*se si considera l'impresa di uno Stato contraente in una società di capitali estera qualificabile come CFC e se si considera che sia l'ordinamento italiano, che le convenzioni riconoscono l'autonomia giuridica della società estera (e, quindi, la sua natura di soggetto imprenditore diverso dal soggetto socio residente in Italia), ne deriva che l'Italia, come Paese di residenza del socio, non può mai tassare il reddito della società estera, a meno che quest'ultima abbia in Italia una stabile organizzazione*>>. Fra gli altri, evidenzia l'esistenza di tale interpretazione F. Nanetti, *Italy's controlled foreign companies legislation*, in *Bulletin for international fiscal documentation*, 2000, p. 288, secondo il quale <<*according to [this] interpretation, which seems closer to the letter of the provision, a contracting state may not tax the profits derived in its jurisdiction by an enterprise resident in the other state, unless the profits are derived by a permanent establishment located in the first state. In this case, the application of CFC legislation constitutes a violation of Art. 7(1)*>>. Si veda anche P. Bracco, *Cfc legislation e trattati internazionali*, *op. cit.*, p. 184 ss, il quale ricostruisce anche l'orientamento assunto dalla dottrina francese al riguardo.

²⁹⁰ Tale linea è stata abbracciata anche dalla Commissione tributaria provinciale di Bergamo, sez. I, sentenza 12 novembre 2009, n. 170, in *Riv. dir. trib.* n. 3/2010, con commento di A. Ballancin, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali*, *op. cit.*, p. 161 ss. I giudici, in questo caso, hanno dato prevalenza alla norma convenzionale aderendo alla linea stando alla quale la normativa interna in tema di *cfc* contrasta con il dettato dell'art. 7 della Convenzione contro la doppia imposizione siglata tra gli Stati coinvolti.

nell'altro Stato contraente, mentre gli è permesso tassare i dividendi ove – o nella misura in cui – siano percepiti da un suo residente o siano attribuiti a una stabile organizzazione localizzata nel suo territorio>>⁽²⁹¹⁾.

Anche con riguardo all'art. 10, la tesi che sostiene la incompatibilità della disciplina *cfc* fa leva sul fatto che la disposizione convenzionale impedisce allo stato della casa madre di tassare un certo reddito, senza porre riguardo a chi tale reddito percepisca.

Tale tesi (che giunge alla incompatibilità della disciplina interna con le disposizioni pattizie) si fonda altresì sul fatto che i trattati non si limiterebbero a contrastare la doppia imposizione giuridica⁽²⁹²⁾, bensì anche quella economica (che si verifica in capo a soggetti diversi).

A sostegno della tesi opposta (compatibilità), si ritiene invece che l'art. 7 e l'art. 10 del modello Ocse di convenzione abbiano un ambito applicativo diverso da quello di cui alla disciplina *cfc* italiana. Secondo una tale posizione, infatti, mentre le richiamate disposizioni pattizie riguarderebbero la tassazione di una società non residente sugli utili da essa realizzati, le disposizioni nazionali sulle *cfc* riguarderebbero una diversa fattispecie, ovvero la tassazione nello Stato di residenza dei soggetti residenti che controllano una *cfc*⁽²⁹³⁾. Riguardando fattispecie

²⁹¹ Così P. Bracco, *Cfc legislation e trattati internazionali*, op. cit., p. 187.

²⁹² Sul tema della doppia imposizione giuridica, si veda P. Tarigo, *La doppia imposizione giuridica internazionale come fattispecie disciplinata nei trattati bilaterali*, in Riv. dir. trib. 2009, I, p. 901 ss; si veda inoltre, sulla doppia imposizione, A. Fantozzi – K. Vogel, *Doppia imposizione internazionale*, in Dig. disc. Priv, sez. com., I, 1990, p. 186.

²⁹³ Una tale posizione è sostenuta da G. Ingraio, *La riforma dell'IRES*, op. cit., p. 276-277; L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 Tuir*, op. cit., p. 842; P. Anello, *Controlled foreign companies rules: luci e ombre*, in Corr. trib., 2000, p. 164, secondo il quale la normativa CFC e quella convenzionale non sono incompatibili «in quanto, mentre le convenzioni si occupano della tassazione, in capo ai soggetti non residenti, dei redditi prodotti in Italia, le *Cfc rules* riguardano la tassazione, in capo al soggetto

diverse, non sarebbe possibile far emergere un profilo di incompatibilità. Mancherebbe infatti la alterazione dei criteri impositivi che, viceversa, starebbe alla base della tesi opposta.

Secondo questo orientamento, inoltre, assumerebbe rilievo il fatto che, ai fini dei trattati internazionali, rileva unicamente la doppia imposizione giuridica e non già la doppia imposizione economica la quale potrebbe realizzarsi (in capo a soggetti diversi, appunto) nel caso della imposizione per trasparenza della *cfc*⁽²⁹⁴⁾.

La conclusione che arriva alla compatibilità della disciplina *cfc* con le disposizioni pattizie è ulteriormente avvalorata da alcune considerazioni che ruotano, per un verso, intorno alle finalità anti-abuso proprie dei trattati e, per altro verso, intorno alla compatibilità delle discipline anti-abuso nazionali con i trattati medesimi⁽²⁹⁵⁾.

Coloro i quali sostengono la compatibilità della disciplina interna *cfc* sviluppano il proprio ragionamento anche alla luce del fatto che lo stesso Ocse ha giustificato le normative nazionali *cfc* alla luce della finalità antiabuso ad esse attribuita, quale finalità che gli stessi trattati siglati tra Stati perseguono autonomamente⁽²⁹⁶⁾. Tale posizione è stata valorizzata, appunto, dal citato *Committee on Fiscal Affairs* dell'Ocse, il quale, dopo aver evidenziato come una normativa anti-abuso nazionale

residente in Italia, dei redditi prodotti dalle partecipate estere residenti in *tax havens*». E, seppur con qualche incertezza, M. Piazza, *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2001, p. 1025.

²⁹⁴ Così, P. Bracco, *Cfc legislation e trattati internazionali*, op. cit., p. 187-188, il quale mette in evidenza gli ulteriori tentativi abbracciati dalla dottrina di coinvolgere altresì l'art. 21 del Modello Ocse, in punto di redditi diversi; G. Ingraio, op. ult. cit., p. 277.

²⁹⁵ Sull'argomento si veda A. Ballancin – G. Bizioli, *L'abuso del diritto tributario: profili internazionali ed europei*, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 187 ss; G. Maisto, *Norme anti-elusive, abuso del diritto e convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni sul reddito*, in Id. (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, 2009, p. 277 ss.

²⁹⁶ Sul punto si veda P. Bracco, *Cfc legislation e trattati internazionali*, op. cit., p. 195, il quale, nell'analizzare le modifiche apportate al Commentario Ocse 2003, evidenzia come i redattori abbiano puntato ad attribuire <<un'autonoma funzione anti-abuso alle convenzioni, prevedendo che "it is also a purpose of tax convention to prevent tax avoidance and evasion">>.

non possa, in linea di principio, essere incompatibile con le disposizioni pattizie (in quanto esse riguardano fattispecie differenti), chiarisce che, in ogni caso, laddove lo scopo sia quello di ottenere una posizione fiscale privilegiata e tale posizione sia contraria allo scopo delle disposizioni, i benefici della convenzione non devono essere accordati⁽²⁹⁷⁾.

Il contrasto alle pratiche abusive rappresenterebbe, dunque, assieme alla eliminazione della doppia imposizione, una delle finalità delle convenzioni bilaterali⁽²⁹⁸⁾.

²⁹⁷ Cfr P. Bracco, *Cfc legislation e trattati internazionali*, op. cit., p. 196.

²⁹⁸ Sul punto si veda A. Ballancin – G. Bizioli, *L'abuso del diritto tributario: profili internazionali ed europei*, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 183 ss, dove si evidenzia che, a partire dal 2003, l'argomento dell'utilizzo abusivo delle convenzioni è stato esplicitamente trattato. Come esempi, gli Autori richiamano, quale manifestazione di abuso delle convenzioni internazionali, il c.d. *treaty shopping*, riferendosi alle fattispecie nelle quali si ravvisa l'interposizione di una persona mediante la quale si verifica una impropria traslazione dei benefici convenzionali. Il soggetto interposto, in questi casi, è denominato *conduit company*: <<residente in uno stato che abbia concluso con lo Stato della fonte una Convenzione bilaterale che comporti un regime impositivo più favorevole rispetto a quello previsto dalla Convenzione eventualmente conclusa tra quest'ultimo Paese ed il Paese di residenza del soggetto interponente>>. Richiamano inoltre le cc.dd. fattispecie triangolari, le quali, invece di prevedere l'interposizione di un soggetto, prevedono la localizzazione di una stabile organizzazione sulla quale far transitare redditi per lo più passivi. Ulteriori richiami sono fatti al caso del *rule shopping*, come fenomeno che tenta di applicare una disposizione convenzionale in luogo di quella naturale, poiché maggiormente favorevole. Gli Autori mettono inoltre in luce come la normativa *cfc* sia l'unico caso di normativa antielusiva specifica menzionata dal Commentario specificamente. In questa prospettiva, essi evidenziano come gli Stati, nell'interpretare le convenzioni condizionando la loro efficacia alle norme antielusive nazionali, non violano il principio di buona fede. A tale conclusione giungono tenendo conto, oltre che della posizione assunta dal Commentario Ocse a partire dal 2003, anche <<accogliendo la tesi secondo la quale il Commentario OCSE esprime il <<senso particolare>> di cui al comma 4 dell'art. 31 della Convenzione di Vienna>>. Parte della dottrina, infatti, ricava la applicabilità delle normative antielusive nazionali proprio dai criteri ermeneutici del diritto dei trattati ricavabili, in primo luogo, dagli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna (come il principio di buona fede) e, in secondo luogo, nell'articolo 3, comma 2, del Modello di Convenzione Ocse. A tali conclusioni era già pervenuto, G. Maisto, *Norme anti-elusive, abuso del diritto e convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni sul reddito*, op. cit., p. 277 ss, al quale si rinvia altresì per una completa ricognizione delle diverse posizioni assunte dalla dottrina che di tale argomento si è diffusamente occupata nel corso degli anni. Si veda inoltre, sull'argomento, P. Pistone, *L'abuso delle Convenzioni internazionali in materia fiscale*, in V. Uckmar (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, p. 813.

CAPITOLO 4

4. CFC e principi comunitari.

4.1. Premessa. Sulla necessità di valutare la compatibilità comunitaria delle disposizioni nazionali in punto di *cfc*.

Abbiamo avuto modo di illustrare nel precedente capitolo come le disposizioni nazionali in punto di *cfc* siano applicabili, in taluni casi, altresì nei confronti di soggetti residenti in Italia che detengano partecipazioni di controllo o di collegamento in imprese localizzate in paesi che fanno parte della Comunità europea.

Tale circostanza può verificarsi in due ipotesi. In primo luogo, può verificarsi nel caso in cui l'impresa estera controllata (o collegata) sia localizzata in un paese o territorio il quale, nonostante faccia parte della Unione europea, ciò nondimeno sia inserito nella *black list* (o, quando verrà data applicazione al nuovo modello introdotto dalla Finanziaria per il 2008, nel caso in cui la controllata sia residente in un paese non *white list*). In secondo luogo, tale circostanza può verificarsi, alla luce di quanto previsto dal recentemente introdotto comma 8 *bis* dell'art. 167 Tuir, allorché la società controllata, sia pure residente in un territorio non *black list* (o territorio *white list* dopo che verrà stilato l'elenco degli Stati o territori virtuosi), risponda a particolari requisiti.

Ebbene, il fatto che la disciplina trovi appunto applicazione anche nei confronti di strutture di gruppo localizzate all'interno della Ue, fa emergere immediatamente la

necessità di verificare se essa possa porre o meno problemi di compatibilità con le libertà fondamentali sancite dal Trattato di Roma o con altre fonti comunitarie, quali la Direttiva Madre-Figlia. Tale problematica prende le mosse dal fatto che, mediante la disciplina *cfc*, si introduce una deroga ai criteri ordinari di imposizione riguardanti, appunto, i redditi prodotti dalle società controllate. Ciò in quanto la tassazione, di regola collegata alla distribuzione dell'utile o del dividendo, viene, per effetto di tale normativa, anticipata, lasciando spazio al metodo della trasparenza. Tale regola potrebbe in qualche modo urtare contro le libertà fondamentali, provocando restrizioni al loro esercizio.

In altre parole, è necessario indagare se la normativa interna *cfc* - anche alla luce delle recenti, importanti modifiche apportate ad opera del d.l. 78/2009 - ostacola, ovvero restringe, e nel caso di risposta positiva, entro quali limiti, la delocalizzazione di attività all'estero.

4.2. *Cfc*, libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali.

Al fine di valutare la compatibilità della disciplina *cfc* con il diritto comunitario, è necessario anzitutto individuare quali sono le libertà fondamentali che, per effetto di tale disciplina, possono essere "intaccate". Più precisamente, è necessario stabilire nei confronti di quali libertà fondamentali la normativa *cfc* può determinare restrizioni vietate dal Trattato.

Una volta chiarito questo aspetto, si potrà, in primo luogo, procedere con la valutazione attinente alla esistenza di eventuali restrizioni e, in secondo luogo, verificare - laddove le restrizioni sussistano - se, a fronte delle restrizioni, esistono

giustificazioni in grado di mantenere comunque la disciplina nell'ambito della compatibilità con il diritto comunitario, anche alla luce del principio di proporzionalità.

Ebbene, si può immediatamente affermare che le libertà fondamentali le quali vengono in qualche modo chiamate in causa, nel caso delle disposizioni *cfc*, sono la libertà di stabilimento, siccome sancita dall'art. 49 del Trattato di Roma⁽²⁹⁹⁾, e la libertà di circolazione dei capitali⁽³⁰⁰⁾, siccome tratteggiata dall'art. 63 del Trattato medesimo.

In particolare, l'art. 49 del Trattato, stabilisce che *<<Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.*

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali>>⁽³⁰¹⁾.

²⁹⁹ La numerazione degli articoli si riferisce all'ultima versione, siccome consolidata con le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, del Trattato di Roma.

³⁰⁰ Tale libertà fondamentale ha assunto particolare rilievo in ambito fiscale a seguito della sentenza *Sandoz* (C-439/97) e *Verkooijen* (C-35/98). Su tali sentenze si veda M. Invinale - E. Marchi, *Le forme di limitazione del diritto di stabilimento e della libera circolazione dei capitali*, in A. Di Pietro (a cura di), *Lo stato della fiscalità nell'Unione Europea*, Tomo II, 2003, p. 1073 ss.

³⁰¹ Sul punto si deve altresì fare riferimento all'art. 54 del Trattato, a mente del quale *<<Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri.*

Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro>>. Si veda infatti il punto 31 della sentenza *Cadbury Schweppes*, dove la Corte

L'art. 63 del Trattato, a sua volta, prevede che <<1. *Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi.*

2. *Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi*>>.

La libertà di stabilimento, più precisamente, rappresenta una specificazione della libertà di circolazione delle persone. Essa si distingue in libertà di stabilimento primaria, la quale riguarda la libertà di stabilire <<*una attività economica produttiva che sia priva dei requisiti del rapporto di lavoro subordinato in ciascuno degli Stati membri*>>, e libertà di stabilimento secondaria, che riguarda, invece, la libertà di stabilire agenzie, succursali o affiliate ad opera di soggetti residenti in Stati membri⁽³⁰²⁾. Di conseguenza, la libertà di stabilimento osta, in linea di principio, a tutte quelle disposizioni nazionali le quali determinano una discriminazione tra soggetti residenti e soggetti non residenti e osta a quelle disposizioni che, per l'effetto della loro applicazione, finiscono per impedire, ostruire o restringere lo stabilimento della attività economica in un altro Stato membro.

L'ordine nel quale tali libertà sono state citate non è casuale, ed infatti, come messo in luce da autorevole dottrina⁽³⁰³⁾, le analisi di compatibilità svolte dalla stessa Corte di Giustizia presentano, soprattutto nei casi affrontati più di recente, un

di Giustizia, nel delineare l'ambito applicativo della libertà di stabilimento, afferma che <<*Tale questione deve ritenersi fare riferimento anche all'art. 48 CE [oggi art. 54] che, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento, assimila alle persone fisiche cittadini comunitari, di cui all'art. 43 CE [oggi art. 49], le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi sede sociale, amministrazione centrale ovvero stabilimento principale all'interno della Comunità*>>.

³⁰² Sul punto si veda P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010, p. 145.

³⁰³ G. Bizioli, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla Relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, 2008, p. 230.

ordine di preferenza, nel senso di applicare prioritariamente, laddove vi siano i presupposti, la libertà di stabilimento.

Più precisamente, partendo dalla circostanza stando alla quale la libertà di stabilimento presuppone il movimento del capitale e stando alla quale la libera circolazione dei capitali, viceversa, non sempre presuppone che vi sia l'esercizio dello stabilimento, si ritiene che, laddove sia applicabile la prima (libertà di stabilimento) non vi è necessità di valutare la seconda. La libera circolazione di capitali, infatti, comprende la libertà di stabilimento⁽³⁰⁴⁾ e, rispetto a questa, va anche oltre, essendo essa applicabile altresì laddove la libertà di stabilimento non arriva.

È vero pertanto che, per certi aspetti, le due libertà menzionate coinvolgono ambiti applicativi talvolta sovrapponibili, è anche vero però che l'estensione della libera circolazione dei capitali supera quella della libertà di stabilimento.

Del resto, la prima consente altresì di proteggere rapporti e situazioni che coinvolgono altresì paesi terzi. È lo stesso art. 63 del Trattato che esplicita tale ambito applicativo.

Ed infatti, mentre la libertà di stabilimento può essere invocata solamente per le persone e le società residenti all'interno della Ue (e dello spazio economico europeo), la libera circolazione dei capitali riguarda altresì, per espressa previsione normativa, i soggetti extra Ue, dimodoché anche la circolazione dei capitali al di fuori della Ue può essere in tal senso tutelata.

Ma vi è anche da dire che, diversamente dalla libertà di stabilimento, la libera circolazione dei capitali non fa esplicito riferimento (dal punto di vista soggettivo)

alla cittadinanza o alla residenza. Con riguardo alla libertà di stabilimento, infatti, l'art. 54 del Trattato fa espresso riferimento, ai fini della equiparazione alle persone fisiche, alle <<*società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione*>>. Tale precisazione non esiste per la libera circolazione dei capitali, la quale sembra porre enfasi sul solo ambito oggettivo di applicazione.

Detto questo a proposito del più esteso raggio di azione riservato alla libera circolazione dei capitali, non si può trascurare che sono più ampie altresì le giustificazioni che possono essere messe in campo al fine di salvare la compatibilità di una normativa nazionale laddove si discuta, appunto, della libera circolazione dei capitali⁽³⁰⁵⁾.

In altre parole, una volta accertata la restrizione alla libertà di circolazione dei capitali, è possibile invocare maggiori cause giustificative rispetto a quanto succede nel caso delle restrizioni alla libertà di stabilimento, ciò a maggior ragione quando sono coinvolti i rapporti con i paesi terzi. La minore protezione, in questo caso, è dovuta proprio al fatto che il rapporto tutelato non è un rapporto tra soggetti comunitari e pertanto le esigenze di tutela, fondate sugli obiettivi posti dal Trattato, sono inferiori.

Ebbene, dato questo primo inquadramento, è stato rilevato⁽³⁰⁶⁾ come la Corte di Giustizia abbia disatteso il precedente orientamento che, in linea con una parte della dottrina, voleva le due libertà fondamentali applicate in modo congiunto. Ciò

³⁰⁵ In generale, sulla libertà di circolazione dei capitali, si veda P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010, p. 140 ss il quale precisa che <<*La libertà di circolazione costituisce l'unica delle libertà comunitarie per la quale è ammessa una restrizione in base ad una causa di giustificazione prevista direttamente in una norma del Trattato. Per le altre libertà comunitarie le cause di giustificazione trovano invece origine nell'apprezzamento giudiziale effettuato dalla Corte di Giustizia*>>.

³⁰⁶ Cfr G. Bizioli, *op.ult.cit.*, p. 230.

al fine di abbracciare una linea maggiormente restrittiva stando alla quale, laddove il soggetto controllante sia in grado di esercitare una <<*sicura influenza sulle decisioni della società*>>, si rende applicabile in prima istanza la libertà di stabilimento⁽³⁰⁷⁾, per poi precisare ancora che, qualora si riscontrino restrizioni alla libertà di stabilimento, esse comprendono altresì le restrizioni alla libera prestazione di servizi e alla libera circolazione dei capitali⁽³⁰⁸⁾. Quest'ultima, pertanto, assume una sorta di posizione secondaria rispetto alla prevalente libertà di stabilimento⁽³⁰⁹⁾. È chiaro però che la libera circolazione dei capitali assume particolare rilievo laddove non opera la libertà di stabilimento. E nella prospettiva della nostra indagine può pertanto assumere rilievo nel caso delle disposizioni in punto di imprese estere collegate, laddove si possa affermare che il soggetto controllante non ha quella "sicura influenza" che permette di far leva sulla libertà di stabilimento⁽³¹⁰⁾ e può assumere rilevanza altresì nelle situazioni che vedono coinvolti soggetti che

³⁰⁷ Tale orientamento maggiormente restrittivo è emerso a partire dalla sentenza *Baars*, causa C-251/98. In particolare, cfr punto 22. La Corte di Giustizia ha tra l'altro precisato che tale influenza sicura può sussistere altresì nel caso in cui il controllo della società estera sia attribuibile a membri della stessa famiglia, anche se le quote partecipative detenute dai soggetti non configurano, se singolarmente considerate, influenza dominante. In particolare, nel caso al quale ci riferiamo, le quote erano detenute dai membri della famiglia e da una società a sua volta partecipata dai medesimi soggetti. Inoltre, i membri della citata famiglia, nell'assemblea generale, erano rappresentati dallo stesso soggetto dimodoché era evidente il perseguimento del medesimo scopo. Sul punto si veda la sentenza della Corte di Giustizia 6 dicembre 2007, causa C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co.*, punti 30-31 e 32 della motivazione.

³⁰⁸ Sul punto si veda la sentenza *Cadbury Schweppes*, causa C-196/04, punto 33, dove la Corte precisa che <<*Ammesso che essa (normativa nazionale) abbia, (...), effetti restrittivi sulla libera prestazione di servizi e sulla libera circolazione dei capitali, tali effetti sarebbero l'inevitabile conseguenza di un possibile ostacolo alla libertà di stabilimento e comunque non giustificano un esame autonomo della detta legislazione in considerazione degli artt. 49 CE e 56 CE*>>.

³⁰⁹ Cfr S. Cipollina, *Cfc legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in Riv. Dir. Fin. 2007, p. 3 ss.

³¹⁰ È chiaro che tale analisi non può prescindere da una valutazione effettuata caso per caso. Non si può infatti escludere a priori che anche una partecipazione del 20% possa in taluni casi configurare la "influenza sicura" sul soggetto partecipato.

non fanno parte della Ce o dello Spazio economico europeo. Ambito, quest'ultimo, nel quale – come detto – la libertà di stabilimento non può offrire protezione⁽³¹¹⁾.

Sul punto è però necessaria una precisazione.

Il riferimento va alle situazioni di controllo indiretto che finiscono, tramite il controllo di società Ue, per coinvolgere paesi terzi inseriti nella *black list*, o stabili organizzazioni delle società Ue localizzate in Paesi o territori *black list*.

Su questi aspetti anche la dottrina espone diverse posizioni.

Il riferimento va, ad esempio, al caso del soggetto residente in Italia il quale controlla una società residente in uno Stato membro che, a sua volta, controlla un soggetto extracomunitario inserito nella *black list*. Oppure si pensi al caso del soggetto residente il quale controlla un soggetto residente in uno Stato membro che a sua volta ha una stabile organizzazione in uno Stato o territorio extracomunitario *black list*. Entrambe queste tipologie di controllo indiretto rientrano nella applicazione della disciplina italiana *cfc* ed in entrambi i casi, per il soggetto residente, la disciplina *cfc*, richiedendo la diretta imputazione del reddito ed un livello di tassazione che non può comunque essere inferiore al 27%, crea un ostacolo. Ciò nondimeno, gran parte della dottrina ha evidenziato come tali situazioni, le quali sono suscettibili di ricadere nella nozione oggettiva di stabilimento, non possano essere protette dal Trattato giacché coinvolgono paesi

³¹¹ Su tale aspetto si veda P. Pistone, *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, in *Tributimpresa* 3/2005, dove l'Autore evidenzia come la libertà di circolazione dei capitali possa assumere rilevanza in tre diverse ipotesi. La prima, allorché la soglia del controllo prevista dalla normativa nazionale non sia sufficiente a configurare il "controllo" siccome inteso dal diritto comunitario, vale a dire come "influenza sicura" (il riferimento va, a maggior ragione, alle normative nazionali che, come la nostra, coinvolgono altresì le società collegate). La seconda ipotesi, riguarda il caso dei soggetti residenti che detengono partecipazioni che non configurano il controllo ma che si vedono applicare comunque, a causa del controllo detenuto da un altro soggetto residente, la normativa CFC. La terza ipotesi si configura quando la normativa *cfc* coinvolge soggetti residenti in paesi terzi, per i quali la protezione data dalla libertà di stabilimento non può esplicare effetti.

terzi e pertanto non soddisfano i presupposti tratteggiati dagli artt. 49 e 54 del Trattato medesimo⁽³¹²⁾.

Si pensi ancora al caso di un soggetto residente che, per il tramite di una partecipazione di controllo in un soggetto extracomunitario, controlli altresì un soggetto residente nella Unione europea o nell'ambito dei paesi che fanno parte dello Spazio economico europeo. Secondo autorevole dottrina⁽³¹³⁾, nemmeno tale situazione può beneficiare della protezione data dalla libertà di stabilimento, giacché l'esercizio di tale libertà fondamentale <<è limitato al territorio di un altro Stato membro e alle "società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità">>.

In definitiva, ai fini della nostra analisi, preminente rilievo deve essere dato alla libertà di stabilimento. Con riguardo a tale libertà fondamentale, potranno essere valutate le disposizioni contenute nell'art. 167 Tuir il quale, per l'ambito soggettivo che lo riguarda, ricomprende situazioni nelle quali il soggetto residente controllante

³¹² Così, G. Bizioli, op. ult. cit., p. 234-235; C. Sacchetto - S. Plebani, *Compatibilità della legislazione cfc italiana con le norme convenzionali e con l'ordinamento comunitario*, in *Dir. prat. trib. int.* 2002, p. 13; G. Ingraio, *D.L. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?*, in *Rass. trib.* 1/2010, p. 87 ss; R. Lupi, *Illegittimità delle regole cfc se rivolte a paesi comunitari: punti fermi e sollecitazioni sulla sentenza Cadbury Schweppes*, in *Dial. dir. trib.* 2006, p. 1589 ss. *Contra*, e dunque per la applicabilità della libertà di stabilimento anche con riguardo a queste situazioni, si veda C. Rotondaro, *Note minime in tema di compatibilità del regime CFC con il diritto comunitario. Alcune riflessioni sul caso italiano*, in *Riv. dir. trib.* 2000, p. 517 ss, il quale evidenzia come l'attrazione del reddito prodotto dalla stabile organizzazione *black list* del soggetto controllato comunitario determini una restrizione nei confronti di tutto il gruppo societario. Di conseguenza, la restrizione deve essere valutata con riguardo all'intero gruppo perché <<Date le modalità organizzative dei gruppi multinazionali, l'apertura di una sede secondaria non può che considerarsi manifestazione delle scelte imprenditoriali del gruppo nella sua interezza>>. Sulla linea della applicabilità della libertà di stabilimento anche nei casi sopra rappresentati si veda altresì P. Pistone, *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, in *TributImpresa* 3/2005; E. Della Valle, *Tassazione degli utili della società estera controllata e rispetto del diritto di stabilimento*, in *Corr. trib.* n. 42/2006, p. 3348 ss.

³¹³ In questo senso, G. Bizioli, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, op. cit., p. 233-234.

ha una sicura influenza sulla impresa controllata residente in un altro Stato membro⁽³¹⁴⁾. Ma possono essere valutate anche talune situazioni ricomprese nello spettro applicativo dell'art. 168 Tuir. In particolare, la valutazione sarà incentrata sulla libertà di stabilimento ogni volta che una partecipazione non inferiore al 20 per cento nel soggetto Ue potrà comunque costituire, per il soggetto controllante, fonte di "sicura influenza" sulla controllata. Viceversa, assumerà rilievo la libertà di circolazione dei capitali in tutti gli altri casi nei quali la disciplina *cfc* si applica con riguardo a partecipazioni che non consentono di configurare la più volte richiamata "sicura influenza". Oltre che nei casi di coinvolgimento di paesi terzi.

Tutto ciò tenendo presente che, come la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia ha sottolineato in più occasioni, le libertà fondamentali non trovano la loro tutela solamente attraverso il principio di non discriminazione⁽³¹⁵⁾, bensì anche, e soprattutto, con riguardo al principio di non restrizione.

³¹⁴ Fatte salve le situazioni più in alto descritte, per le quali non è pacifico che si possa invocare la protezione del Trattato in punto di libertà di stabilimento a causa del coinvolgimento di soggetti extracomunitari.

³¹⁵ Sul principio di non discriminazione, si veda F. Amatucci, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 2003; A. Fantozzi, *Dalla non discriminazione all'eguaglianza in materia tributaria*, in A. Di Pietro (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, op. cit., p. 193 ss; R. Calvo Ortega, *Uguaglianza e non discriminazione*, in A. Di Pietro (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, op. cit., p. 219 ss; G. Bizioli, *Il divieto di discriminazione fiscale*, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 143 ss, il quale, ricostruendo la giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Avoir fiscal* (causa C-270/83, Commissione delle CE v. Repubblica francese) e dalla sentenza *Schumacker* (causa C-279/93), spiega come la Corte abbia costruito il principio di non discriminazione nel senso che <<il divieto di discriminazione europeo proibisce agli Stati membri non solo diversi trattamenti (fiscali) in ragione della nazionalità - discriminazione diretta -, come nel caso *avoir fiscal*, ma anche diversi trattamenti (fiscali) in ragione della residenza - discriminazione indiretta -, poiché, secondo l'id quod plerumque accidit, il non residente è anche cittadino straniero>>. L'Autore spiega inoltre come l'analisi della Corte venga svolta in tre fasi, una pregiudiziale rispetto a quella successiva: a) identificare se vi è rilevanza per l'ordinamento europeo, vale a dire l'esercizio effettivo di una libertà fondamentale; b) identificare la comparabilità tra situazione transfrontaliera e situazione interna le quali si distinguono solamente in forza della nazionalità o della residenza del soggetto o del presupposto; c) identificare eventuali cause di giustificazione alla base del diverso trattamento. Lo stesso Autore evidenzia come tale approccio sia stato abbracciato soprattutto nel settore dei dividendi, come si può ricavare dalla sentenza *Denkavit International BV* (causa C-179/05)

Originariamente veniva dato molto peso al principio di non discriminazione al fine di valutare la compatibilità delle discipline domestiche, ciò al fine di imporre agli stati membri di adeguare le discipline interne che fossero idonee a provocare diversi trattamenti tra cittadini e soggetti di altra nazionalità oppure diversa residenza⁽³¹⁶⁾. Successivamente, però, anche grazie agli interventi propulsivi della Corte di Giustizia, l'analisi si è incentrata anche sotto il profilo del principio di non restrizione. In questa prospettiva, non si guarda solamente alla non discriminazione, vale a dire al trattamento non discriminatorio che deve sussistere tra soggetti residenti e soggetti non residenti, nella prospettiva di riservare ai soggetti non residenti che stabiliscano la propria attività economica lo stesso trattamento fiscale riservato ai soggetti residenti. Ma si guarda altresì alle restrizioni

e dalla sentenza *Amurta* (causa C-379/05). L'individuazione del trattamento discriminatorio sulla imposizione dei dividendi ha prodotto effetti altresì per la nostra normativa, la quale ha visto la modifica dell'art. 27, comma 3 *ter*, dpr 600/1073.

³¹⁶ Così A. Fantozzi, *Dalla non discriminazione all'eguaglianza in materia tributaria*, in A. Di Pietro (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, op. cit., p. 194 ss, dove l'Autore evidenzia i limiti di una siffatta valutazione attinente alla libertà di stabilimento. In particolare, attraverso una rassegna della giurisprudenza della Corte di Giustizia, il richiamato Autore evidenzia come l'approccio adottato sia mutato da approccio incentrato sul principio di non discriminazione ad approccio attento alla analisi delle restrizioni provocate dalla disciplina domestica nei confronti della libertà di stabilimento. Il mutamento è avvenuto, secondo l'Autore richiamato a partire dalla sentenza *Daily Mail* (causa C-81/87) nella quale la Corte ha chiaramente affermato che anche se le norme interne mirano <<in special modo ad assicurare il beneficio della disciplina nazionale dello Stato Membro ospitante, esse ostano parimenti a che lo Stato d'origine ostacoli lo stabilimento in un altro Stato Membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione e corrispondente alla definizione dell'art. 58>>. In altre parole <<i diritti garantiti dall'art. 52 e seguenti sarebbero vanificati se lo Stato di origine potesse vietare alle imprese di migrare per stabilirsi in un altro Stato Membro>>.

L'Autore richiamato sottolinea dunque che <<(...) l'analisi della Corte non è più mirata a verificare se un soggetto non residente riceva, in quanto tale, un trattamento meno favorevole, ma tende, invece, a verificare se un soggetto residente che, conformemente ai diritti riconosciutigli dal Trattato, eserciti un'attività economica in altri Stati Membri, si trovi ostacolato dalla legislazione del proprio Stato di residenza e trattato in modo deteriore rispetto agli altri contribuenti residenti che non esercitino quegli stessi diritti>>.

Sull'argomento si veda altresì C. Rotondaro, *Note minime in tema di compatibilità dei regimi CFC con il diritto comunitario. Alcune riflessioni sul caso italiano*, in Riv. dir. trib. 2000, n. 5, p. 517 ss, dove l'Autore evidenzia come anche la dottrina straniera abbia spesso incentrato i propri studi in punto di compatibilità dei regimi *cfc* sul principio di non discriminazione, in tal modo non inquadrando in maniera esaustiva le problematiche attinenti alla compatibilità delle discipline in punto di restrizione. Cfr altresì, B.J.M. Terra – P. J. Wattel, *European Tax Law*, 5a ed., 2008, p. 63 ss.

che la normativa interna può determinare, sottoforma di ostacolo o impedimento per il soggetto residente che intenda sviluppare, delocalizzandola, la propria attività nel territorio di un altro Stato membro.

Tale soluzione appare chiaramente in linea con le finalità del Trattato di Roma, nel quale emerge con chiarezza l'intento di creare un mercato unico, mediante l'eliminazione degli ostacoli alla circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Ecco che una disposizione che comporti una restrizione alla libertà di stabilimento (o alla libera circolazione dei capitali), sottoforma di ostacolo, appunto, rispetto alla creazione di un mercato unico, si pone in netto contrasto con gli obiettivi perseguiti dal Trattato, dimodoché essa deve essere considerata incompatibile⁽³¹⁷⁾.

Tale approccio, dunque, permette di analizzare la compatibilità delle disposizioni in due direzioni: nella prospettiva dell'ingresso in un nuovo mercato, il soggetto non deve subire trattamenti discriminatori; nella prospettiva dell'uscita dal mercato di origine, il soggetto non deve essere ostacolato. È evidente che questi due diversi punti di vista si completano a vicenda e permettono di raggiungere l'obiettivo del Trattato, vale a dire un mercato unico. Tale obiettivo, infatti, non può essere raggiunto fintantoché il soggetto che intenda uscire dal mercato di origine si trovi ostacolato "in uscita" oppure si trovi in una situazione di discriminazione all'entrata nello Stato della fonte del reddito⁽³¹⁸⁾.

³¹⁷ In tal senso A. Fantozzi, *Dalla non discriminazione all'eguaglianza in materia tributaria*, op. cit., p. 199, il quale fa leva, appunto, sulla interpretazione delle libertà fondamentali in una prospettiva teleologica.

4.3. Imprese estere controllate ed imprese estere collegate. I profili di incompatibilità della disciplina italiana.

Partendo dalla analisi della disciplina riguardante le imprese estere controllate, possiamo affermare immediatamente come i profili di incompatibilità con riferimento alla libertà di stabilimento si sostanzino in un trattamento discriminatorio il quale è idoneo a penalizzare i soggetti che intendano sviluppare la propria attività mediante la costituzione (o l'acquisto di partecipazioni) di società estere che, nonostante la loro residenza in uno Stato membro, ciò nondimeno si trovano nella sfera applicativa della *black list*.

Più precisamente, la incompatibilità emerge sotto due distinti profili. Da un lato, la incompatibilità risulta dal fatto che la tassazione degli utili del soggetto controllato viene anticipata. Come abbiamo avuto modo di mettere in luce nel precedente capitolo, invero, la disciplina *cfc* deroga alle ordinarie regole di tassazione legate alla territorialità e tassa gli utili della controllata per trasparenza in capo al soggetto controllante residente a prescindere dal fatto che tali utili vengano distribuiti. La *cfc legislation* privilegia dunque un criterio di competenza che tassa gli utili al momento della produzione, contrariamente a quanto accade secondo le ordinarie regole che presiedono alla tassazione degli utili delle imprese estere controllate che sottopongono a tassazione gli utili della controllata solamente al momento della loro distribuzione. È evidente che ciò determina una diversità di trattamento e dunque una penalizzazione in capo a chi decide di localizzare la propria controllata in un paese Ue che tuttavia rientra nella *black list*. Questi soggetti, invero, sono sottoposti alla forzatura della tassazione per trasparenza dei redditi prodotti dal

soggetto controllato estero.

Questo, dunque, è il primo aspetto che incide negativamente, ostacolandola, sulla libertà di stabilimento.

Il secondo aspetto è invece legato alle modalità di determinazione dell'imposta dovuta sugli utili della impresa estera controllata. Come abbiamo avuto modo di illustrare, infatti, le imposte non vengono determinate mediante l'applicazione della aliquota ordinaria, bensì esse sono determinate sulla base di una aliquota media che in ogni caso non può essere inferiore al 27%.

Ebbene, anche tale elemento può determinare un effetto discriminatorio nel caso in cui, a causa di tale normativa, la tassazione degli utili subisca un prelievo superiore rispetto al prelievo che il soggetto residente avrebbe subito localizzando le proprie controllate in un altro paese Ue che non rientra nella *black list*⁽³¹⁹⁾ (o che non rientra nella nuova previsione di cui all'art. 167, comma 8 *bis*, Tuir).

Così si atteggia la protezione offerta dalla libertà di stabilimento con riguardo ai soggetti residenti che detengono una partecipazione tale da consentire una "influenza sicura" nelle decisioni della impresa controllata.

È evidente che, per quanto riguarda il secondo profilo di incompatibilità, la situazione si aggrava allorquando si discuta della disposizione di cui all'art. 168 Tuir, relativa alle imprese estere collegate. La normativa italiana, invero, come abbiamo avuto modo di mettere in luce di precedenza, si atteggia diversamente in punto di determinazione del reddito da attrarre per trasparenza in capo al soggetto residente a seconda che si tratti di partecipazioni di controllo (che rientrano nella disciplina di cui all'art. 167 Tuir) o partecipazioni di collegamento (che rientrano

216 ³¹⁹ Su questi aspetti si veda G. Bizzioli, op. ult. cit., p. 232-233; G. Ingraio, *D.L. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC*, op. cit.

nell'ambito applicativo dell'art. 168 Tuir). Ed infatti, mentre per le società estere controllate le regole di determinazione del reddito proveniente dalla impresa estera ricalcano, fatte salve talune eccezioni, le ordinarie regole di determinazione della base imponibile dettate per il reddito di impresa, per le società estere collegate i criteri cambiano. Nella prospettiva dell'art. 168 Tuir, invero, il reddito da imputare al soggetto residente è determinato induttivamente sulla base dell'applicazione di coefficienti sul valore dei beni se da tale conteggio emerge un reddito maggiore rispetto a quello ante-imposte ricavabile dal bilancio della società estera. Su tale aspetto ci siamo già soffermati al fine di contestare i problemi di natura interna che derivano da una siffatta tassazione la quale si appiattisce sui valori patrimoniali e ben può essere distante dalla tassazione del reddito effettivamente prodotto. Al di là di questi profili, però, è evidente che tale metodologia di determinazione del reddito crea una disparità di trattamento ancor più evidente tra chi partecipa una società *black list* e chi partecipa una società non *black list*.

Tale disparità di trattamento, tuttavia, non può beneficiare della protezione del Trattato facendo leva sulla libertà di stabilimento in quanto, salvi i casi in cui la partecipazione non sia comunque sufficiente, il soggetto residente non ha quella "sicura influenza" necessaria per far scattare la protezione di tale libertà fondamentale.

Abbiamo detto però che, laddove non arriva la libertà di stabilimento, può arrivare la protezione di un'altra libertà fondamentale, vale a dire la libera circolazione dei capitali siccome tratteggiata dall'art. 63 del Trattato. Ebbene, tale libertà, nel caso delle *cfc*, è idonea ad estendere la propria protezione in due direzioni: la prima,

laddove la disciplina *cfc* attragga in Italia la tassazione degli utili prodotti da società *black list* collegate ai sensi dell'art. 168 Tuir (nei confronti delle quali la partecipazione del soggetto residente non è inferiore al 20 per cento), la seconda riguarda i casi che coinvolgono i paesi terzi. Vale a dire i casi nei quali la tassazione per trasparenza avviene in forza del controllo indiretto del soggetto *black list* detenuto per il tramite di un soggetto Ue⁽³²⁰⁾.

Nei rapporti con i paesi terzi, pertanto, non ci si trova completamente sforniti della protezione del Trattato, ciò nondimeno, come rilevato dalla dottrina, la protezione data nei confronti dei paesi terzi si dimostra comunque più debole. Ciò per il semplice fatto che ci troviamo nell'ambito di rapporti che sono estranei rispetto agli obiettivi del Trattato. In altre parole, giacché le libertà fondamentali sono strumentali rispetto al raggiungimento degli obiettivi del Trattato, vale a dire l'instaurazione ed il funzionamento del mercato unico, tali libertà non tutelano in maniera uguale i rapporti tra Stati membri e i rapporti tra uno Stato membro e uno stato extracomunitario. Mentre i primi sono di fondamentale importanza al fine di raggiungere gli obiettivi posti dal Trattato, i secondi assumono una importanza molto marginale. Ecco perché, nonostante la libera circolazione dei capitali sia applicabile nei rapporti con i paesi terzi, si ritiene che, in ogni caso, possano essere invocate maggiori giustificazioni a fronte delle restrizioni provocate dalla normativa nazionale⁽³²¹⁾.

Alla luce di quanto finora esposto, possiamo dunque trarre una prima, parziale conclusione nel senso che la normativa *cfc* è idonea a creare un ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali.

³²⁰ In questo senso, G. Bizioli, *op. ult. cit.*, p. 235-236.

Detto questo, è ora necessario verificare se tale ostacolo possa essere giustificato e, laddove vi sia una giustificazione, è necessario verificare se la normativa nazionale si atteggi in modo proporzionato ed non vada oltre invece allo scopo prefissato.

4.4. Le cause di giustificazione. La prevenzione dell'abuso del diritto ed il principio di proporzionalità. I limiti tratteggiati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Punto di riferimento imprescindibile al fine di verificare se sussistano motivi idonei a giustificare la restrizione alla libertà di stabilimento è la sentenza *Cadbury Schweppes* della Corte di Giustizia⁽³²²⁾. Mediante tale sentenza, infatti, la Corte del Lussemburgo, nell'occuparsi della compatibilità della normativa britannica, ha tratteggiato i confini entro i quali una normativa *cfc* deve restare affinché essa possa dirsi compatibile con il diritto comunitario⁽³²³⁾. Come abbiamo più volte evidenziato nel corso del presente lavoro, la disciplina *cfc* è in grado di impattare in maniera evidente sulle scelte di autonomia privata. Ciò per il semplice fatto che essa

³²² L'orientamento della Corte è stato poi confermato nella ordinanza CGE, 23 aprile 2008, causa C 201/05, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*. Su tale ordinanza, si veda il lavoro di S. Grilli, *Le costruzioni di puro artificio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: considerazioni in tema di effettiva attività economica*, in *Rass. trib. n. 4/2008*, p. 1169 ss.

³²³ Sul ruolo fondamentale svolto dalla Corte di Giustizia nella attività interpretativa, si veda F. Tesauero, *Il ruolo della Corte di Giustizia nel coordinamento della tassazione delle società*, in *TributImpresa* 2004, 1, p. 3 ss, secondo il quale <<Le sentenze della Corte di Giustizia – oltre a influire sulla legislazione e sulla giurisprudenza dei giudici nazionali – hanno effetti oltre il caso giudicato ed al di là della legislazione dello stato membro chiamato in giudizio. In tal modo la Corte contribuisce al coordinamento – a livello comunitario – delle legislazioni tributarie nazionali e, dunque, alla eliminazione delle barriere di natura fiscale che ostacolano il mercato unico>>; P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010, p. 115 ss; G. Melis, *L'interpretazione del diritto tributario europeo e internazionale*, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 16 ss; Id., *Motivazione e argomentazione nelle sentenze interpretative della Corte di Giustizia in materia tributaria: alcuni spunti di riflessione*, in *Rass. trib. n. 2/2005*, p. 401 ss; G. Melis – R. Miceli, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia delle Comunità europee nel diritto tributario: spunti dalla giurisprudenza relativa alle direttive sull'imposta sui conferimenti e sull'Iva*, in *Riv. dir. trib. 2003, I*, p. 111 ss.

mette gli operatori che intendano localizzare la propria attività sottoforma di gruppo su scala internazionale nella condizione di dover assumersi l'onere di dimostrare la non artificiosità dei soggetti facenti parte del gruppo e localizzati in particolari territori a fiscalità privilegiata. In questo modo la disciplina impatta sulla libertà di stabilimento valorizzata dal Trattato quale strumento di creazione ed implementazione del mercato unico. Agendo in tal senso, tuttavia, la disciplina in parola non può operare senza il confronto con i principi comunitari, i quali operano costantemente nell'evitare che lo strumento tributario possa in qualche modo, attraverso interferenze di vario genere, agire negativamente sul funzionamento del mercato medesimo. La Corte di Giustizia si è dunque occupata di tale problematica, al fine di trovare un equilibrio corretto tra tutela della libertà di stabilimento, ma anche valorizzazione del principio di proporzionalità il quale richiede che la normativa anti-abuso nazionale non ecceda comunque quanto necessario per il raggiungimento dello scopo prefissato.

È sulla base di tali indicazioni puntualmente offerte dalla Corte che possiamo giungere a valutare la compatibilità o incompatibilità della normativa italiana.

Le linee tratteggiate dalla Corte di Giustizia sono essenzialmente le seguenti.

Una volta stabilito che la restrizione alla libertà di stabilimento esiste, la Corte si preoccupa di identificare le eventuali giustificazioni e, nel fare ciò, precisa che una restrizione può essere ammessa solamente per ragioni imperative di interesse generale, specificando tuttavia che tale normativa non può in ogni caso eccedere quanto necessario per il raggiungimento dello scopo prefissato⁽³²⁴⁾.

220 ³²⁴ Si veda il punto 47 della sentenza. Sulla stessa linea si veda anche la sentenza *Futura Participations e Singer* (causa C-250/95) al punto 26 e la sentenza *De Lasteyrie du Saillant* (causa C-9/02) al punto 49.

Procedendo in questa direzione e tenendo in considerazione il fatto che, mediante la normativa *cfc*, secondo il governo del Regno Unito (ed i governi degli altri paesi che sono intervenuti a sostegno), si <<*intende combattere una forma particolare di evasione fiscale consistente per una società residente nel trasferire fittiziamente utili dallo Stato membro in cui sono stati realizzati in uno Stato membro a basso livello impositivo creando quivi una controllata e concludendo operazioni destinate principalmente a permettere un tale trasferimento a vantaggio della controllata*>>, la Corte precisa chiaramente che <<*L'esigenza di impedire la riduzione del gettito tributario non rientra né tra gli obiettivi enunciati all'art. 46, n. 1, CE, né tra le ragioni imperative di interesse generale suscettibili di giustificare una restrizione a una libertà prevista dal Trattato*>>.

Tale passaggio, riportato pedissequamente per comodità espositiva, è un passaggio assai rilevante della pronuncia in parola, il quale fa intendere a chiare lettere come una restrizione provocata da una disposizione nazionale orientata ad evitare riduzioni del gettito provocate dalla delocalizzazione non possa essere giustificata. In altre parole, evitare riduzioni del gettito non rappresenta un motivo imperativo

Il principio di proporzionalità assume in questo quadro importanza fondamentale. Sull'argomento si veda F. Vanistendael, *Le nuove fonti del diritto ed il ruolo dei principi comunitari nel diritto tributario*, in A. Di Pietro (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 102; P. Marchessou, *Uguaglianza e proporzionalità nel diritto tributario*, in A. Di Pietro (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 237 ss; G. Falsitta, *Giustizia distributiva, principio di proporzionalità e federalismo nell'opera di Dante Alighieri*, Skira, s.d., p. 399, dove l'Autore evidenzia che <<*Il principio di proporzionalità è il criterio di giustizia applicato dalle Corti costituzionali di molti Paesi dell'Europa e dalla Corte di Giustizia della U.E. e della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*>>. Si veda inoltre la nota 52 alla p. 399 del lavoro da ultimo citato per riferimenti bibliografici riguardanti il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla tutela dei diritti umani. Cfr, ancora, A. Pitten Velloso, *Eguaglianza tributaria e proporzionalità*, in Riv. dir. trib., 2006, I, p. 821 ss; E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000; A. Mondini, *Coerenza fiscale e principio di proporzionalità: crisi del sistema o dell'armonizzazione?*, in Riv. dir. fin., 2007, p. 41 ss; G. Melis, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, in Rass. trib. n. 5/2008, p. 1486 ss; C. Fontana, *Deducibilità fiscale di donazioni provenienti da patrimoni aziendali, restrizioni discriminatorie della libera circolazione dei capitali per motivi imperativi di interesse generale e violazioni del principio di proporzionalità*, in Riv. dir. trib. 9/2011, p. 233 ss.

di interesse generale che permette allo Stato membro di inserire normative che causano restrizioni alle libertà fondamentali.

Al punto 51 della sentenza, poi, la Corte individua la giustificazione alla restrizione provocata dalla normativa *cfc*. La Corte afferma infatti che <<Per contro, una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa solo se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate a sottrarre l'impresa alla legislazione dello Stato membro interessato>>⁽³²⁵⁾.

Nella prospettiva di chiarire tale passaggio, si aggiunge poi che è necessario tenere presente l'obiettivo della libertà di stabilimento. Secondo la Corte, l'esercizio della libertà di stabilimento implica che vi sia <<l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro (...). Essa presuppone, pertanto, un insediamento effettivo della società interessata nello Stato membro ospite e l'esercizio quivi di un'attività economica reale >>.

Alla luce della *ratio* sottostante la libertà fondamentale in parola, la Corte chiarisce in definitiva che <<perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiose, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale>>⁽³²⁶⁾.

³²⁵ Conclusioni analoghe sono rinvenibili anche in altre sentenze della Corte di Giustizia. Sul punto si vedano infatti la sentenza 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Thin Cap*; sentenza 16 luglio 1998, causa C-264/96, *Ici*; sentenza 12 dicembre 2002, causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*; sentenza 11 marzo 2004, causa C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant* (sentenza già richiamata in tema di *exit tax*); sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/2003, *Marks & Spencer*; ordinanza 23 aprile 2008, causa C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*.

³²⁶ Cfr punto 55 della motivazione.

La linea della Corte di Giustizia è pertanto chiara nello stabilire che la normativa *cfc* è compatibile con il diritto comunitario solamente se è rivolta a strutture di puro artificio, specificando altresì che nel novero delle strutture di puro artificio rientrano le società “fantasma” o “schermo”⁽³²⁷⁾. Di conseguenza, una normativa *cfc* nazionale non potrebbe essere giustificata laddove finisse per colpire, a causa della sua ampia portata ed a causa della struttura delle esimenti, società controllate che rappresentano una realtà economica effettiva⁽³²⁸⁾.

L’elemento cruciale è dunque rinvenibile nel verificare se, attraverso la localizzazione della società controllata in un paese a più bassa fiscalità, viene raggiunto lo scopo perseguito dalla libertà di stabilimento. Se tale scopo viene raggiunto mediante la localizzazione di una attività economica reale ed effettiva, una normativa che attragga gli utili in capo al soggetto controllante residente in un altro Stato membro risulta incompatibile con il diritto comunitario. Se, viceversa, la localizzazione della controllata non raggiunge l’obiettivo della libertà di stabilimento, perché tale localizzazione non rappresenta una realtà economica effettiva, la restrizione alla libertà di stabilimento risulta giustificata sotto la bandiera della prevenzione rispetto alle pratiche abusive.

Il punto cruciale, pertanto, non è dato dal risparmio di imposta. Tale risparmio, infatti, se connesso ad uno stabilimento economico reale, può beneficiare della protezione del Trattato⁽³²⁹⁾ giacché non è idoneo a configurare una pratica abusiva.

³²⁷ Tali riferimenti non risultano nuovi nel panorama giurisprudenziale. Sul punto si veda infatti la sentenza della Corte di Giustizia 2 maggio 2006, causa C-341/04, *Eurofood IFSC*, dove si trova l’espressione <<società fantasma, la quale non svolgesse alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui si trova la sua sede sociale>>.

³²⁸ Sul punto si veda B.J.M. Terra – P. Wattel, *European Tax Law*, 5° ed., 2008, p. 821.

³²⁹ Sul punto si veda G. Marino, *Paradisi e paradossi fiscali*, *op. cit.*, p. 61, dove l’Autore afferma che <<(…) la libertà di stabilimento resta in via di principio impregiudicata anche a fronte di ipotesi in cui dalla

Del resto, la scelta di implementare la propria attività (o di realizzare alcune operazioni) in modo tale da ridurre il carico fiscale è stata ampiamente valorizzata anche da altre sentenze della Corte di Giustizia⁽³³⁰⁾ nelle quali emerge chiaramente che la pratica abusiva non ha a che vedere con la semplice ricerca del risparmio d'imposta, bensì prende corpo laddove il vantaggio fiscale realizzato sia un vantaggio contrario al sistema⁽³³¹⁾. In questa prospettiva, nel caso della normativa *cfc*, la pratica abusiva prende corpo, come rilevato dalla Corte di Giustizia, laddove vi sia uno sviamento rispetto alle finalità sottese alla libertà di stabilimento. In altre parole, nelle pratiche abusive la libertà di stabilimento viene impiegata in maniera

complessiva architettura di un gruppo societario derivino indirettamente vantaggi fiscali; solo nei casi in cui il gruppo si serva di strutture puramente fittizie, prive cioè di qualsiasi substrato economico, si può attribuire alla società controllante un esercizio abusivo della libertà di stabilimento, <<sospendendo>> nei suoi riguardi l'applicazione delle libertà fondamentali>>. Sul punto si veda altresì G. Ingraio, D.L. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC, op. cit., il quale evidenzia che il contrasto all'abuso non costituisce una deroga legittima alla libertà di stabilimento, ma è quest'ultima libertà a non offrire protezione allorché la costituzione di controllate estere è effettuata con finalità abusive.

³³⁰ In tal modo si è espressa di recente la Corte di Giustizia con la sentenza 22 dicembre 2010, causa C-103/09, punto 27, in Rass. trib. 6/2011 con nota di A. Colli Vignarelli, *Pratica abusiva e autonomia contrattuale: un ulteriore contributo della Corte di Giustizia UE*, p. 1616 ss; ma si veda altresì la sentenza 21 febbraio 2008 *Part Service*, causa C-425/06, punto 47, in Riv. dir. trib. con nota di M. Poggioli, *Il modello comunitario della "pratica abusiva" in ambito fiscale: elementi costitutivi essenziali e forza di condizionamento rispetto alle scelte legislative ed interpretative nazionali*, in Riv. Dir. Trib., 2008, IV, p. 252 ss; la sentenza 21 febbraio 2006 *Halifax*, causa C-255/02, punto 73, in Riv. dir. trib. 2006, III, p. 107 ss con nota di M. Poggioli, *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia d'Iva e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?*

³³¹ Sul punto si veda M. Beghin, *L'abuso del diritto nelle operazioni internazionali*, in Corr. trib. n. 12/2010, p. 957 ss, dove l'Autore evidenzia come tale conclusione emerga chiaramente dalla stessa giurisprudenza comunitaria (*Halifax*) <<per la quale l'abuso si esprime attraverso l'ottenimento di vantaggi che si traducano in uno <<sviamento>> rispetto alle finalità della legge. Abusare del diritto non significa, dunque, pagare di meno. Significa, invece, costruire un percorso negoziale che, a parità di risultati ottenuti, consenta di ridurre il carico fiscale mediante l'aggiramento dello spirito della disposizione, se non addirittura in contrasto con esso>>. Lo stesso Autore, nel tratteggiare tale linea argomentativa, fa leva altresì proprio sulla sentenza *Cadbury Schweppes*, evidenziando come la Corte di Giustizia abbia chiaramente statuito che, di fronte alla scelta del percorso da adottare, il contribuente è libero di orientarsi verso quella fiscalmente meno onerosa. L'unica limitazione, nella prospettiva dell'abuso del diritto, è infatti <<rappresentata dall'impiego "di costruzioni di puro artificio, prive di effettività economica e finalizzate a eludere la normale imposta sugli utili">>.

asistemica e non già per perseguire le sue legittime finalità, vale a dire l'esercizio di una attività economica radicata nel territorio di stabilimento.

È appena il caso di rilevare, inoltre, che la competizione fiscale costituisce un elemento strutturale e fondamentale in un sistema che, come quello europeo, è basato sulla instaurazione e sul funzionamento del mercato interno⁽³³²⁾. Il punto cruciale - lo si ribadisce - è legato alla effettività dello stabilimento che, secondo la Corte, <<deve poggiare su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di presenza fisica della SEC in termini di locali, di personale e di attrezzature>>⁽³³³⁾.

È per questo motivo che la Corte evidenzia la necessità di mettere il soggetto residente nella condizione di poter produrre <<elementi relativi all'effettività dell'insediamento della SEC e delle sue attività>>. Ed infatti, laddove il soggetto residente non fosse messo nelle condizioni di poter dimostrare che l'impresa controllata non rappresenta una struttura artificiosa, la normativa *cfc* finirebbe inesorabilmente per sconfinare, aggredendo situazioni che non configurano una pratica abusiva.

Tale linea è stata tra l'altro abbracciata anche dalla Commissione europea la quale, mediante la Comunicazione COM(2007) 785 del 10 dicembre 2007, è intervenuta sul tema della compatibilità delle misure anti-abuso nazionali e, con specifico riguardo alle disposizioni in punto di *cfc*, ha chiarito che <<gli Stati membri devono garantire che tali misure non siano applicate a stabilimenti secondari in altri Stati membri che svolgono attività imprenditoriali reali e non vadano oltre quanto è necessario per conseguire l'obiettivo dichiarato di combattere il trasferimento fittizio di utili>>.

³³² Sul punto si veda G. Bizioli, *op. ult. cit.*, p. 239.

³³³ Cfr punto 67 della motivazione.

I punti di riferimento, alla luce delle linee tratteggiate dalla Corte di Giustizia poi condivise dalla Commissione europea, si sviluppano su due direzioni. La prima direzione è incentrata sul principio di divieto di abuso del diritto, la seconda è incentrata sul principio di proporzionalità. La Corte ha infatti cercato, nella sua interpretazione, una sorta di bilanciamento il quale tenesse conto, da un lato, delle libertà di circolazione e, dall'altro lato, della sovranità degli stati membri nell'ambito della imposizione diretta⁽³³⁴⁾.

È per questo motivo che autorevole dottrina ha affermato che la libertà di stabilimento presenta <<una certa "malleabilità">>, nel senso che esso permette la coesistenza di disposizioni antiabuso nazionali, le quali <<fungono, rispetto a quest'ultimo, da contrappeso o da correttivo>>⁽³³⁵⁾.

Il bilanciamento raggiunto dalla Corte, infatti, da un lato tiene conto delle esigenze del singolo, il quale invoca la libertà di stabilimento quale principio fondamentale dell'ordinamento comunitario. Dall'altro lato, però, tiene conto altresì delle esigenze dei singoli Stati membri, i quali cercano la protezione, innanzi a fenomeni di delocalizzazione, invocando normative antiabuso nazionali. Da qui il bilanciamento nel senso di confermare la protezione del Trattato, sotto la bandiera della libertà di stabilimento, ma solamente quando la scelta di delocalizzazione non si attegga quale pratica abusiva, contraria, appunto, allo spirito della libertà di stabilimento.

³³⁴ Sul punto cfr M. Beghin, *La sentenza Cadbury-Schweppes*, op. cit; S. Cipollina, *Cfc legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in Riv. dir. fin. 2007, I, p. 3 ss

³³⁵ Così, testualmente, M. Beghin, *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in Rass. trib. 2007, p. 983 ss.

4.5. La normativa italiana a confronto con i limiti tratteggiati dalla Corte di Giustizia.

Sulla base di quanto finora esposto, possiamo effettuare qualche considerazione in ordine alla (in)compatibilità della disciplina italiana in punto di tassazione delle imprese estere controllate.

È evidente che tale analisi deve svilupparsi tenendo conto delle esimenti previste dal legislatore, anche con riguardo alla “stretta” provocata dalle modifiche introdotte dal d.l. 78/2009 di cui si è detto nel precedente capitolo. Come abbiamo evidenziato più sopra, infatti, le cause esimenti, con la funzione ad esse demandata, rappresentano il fulcro della disciplina. Il perimetro di quest’ultima, invero, non può essere tratteggiato senza l’analisi delle esimenti che delineano più precisamente l’ambito applicativo.

Vi sono comunque ulteriori aspetti che devono essere tenuti in considerazione al fine di valutare la compatibilità con il diritto comunitario della disciplina nazionale *cfc*. Ed infatti, se, da un lato, l’analisi delle esimenti consente su un piano sostanziale di definire l’ambito di applicazione della disciplina e la sua compatibilità anche alla luce della proporzionalità rispetto al fine prestabilito, dall’altro lato assumono rilevanza altresì gli aspetti procedurali, i quali sono agganciati alle modalità di assolvimento dell’onere della prova. Di conseguenza, sotto il primo profilo, si possono analizzare le esimenti e la loro capacità o meno di distinguere le situazioni di fittizia delocalizzazione di redditi passivi dalle situazioni di genuina delocalizzazione di attività economiche. Sotto il secondo profilo, invece, si può analizzare la compatibilità della disciplina dal punto di vista procedimentale. È

appena il caso di evidenziare, infatti, che anche l'aspetto procedimentale, laddove sproporzionato, può ledere e dunque essere contrario rispetto ai principi comunitari, determinando ostacoli evidenti nella prospettiva della creazione ed implementazione del mercato unico.

Procediamo dunque con ordine, esponendo alcune considerazioni in ordine alla portata delle esimenti. Più precisamente, partiamo dalla prima esimente prevista dall'art. 167, comma 5, lett. a).

Ebbene, l'esimente così come riformulata dal d.l. 78/2009, presta il fianco a problemi di incompatibilità con il diritto comunitario.

Il riferimento, introdotto dal dl 78 cit., all'esercizio della effettiva attività industriale o commerciale *nel mercato* dello Stato di stabilimento, infatti, fuoriesce totalmente dalle indicazioni offerte dalla Corte di Giustizia. La Corte non richiede che l'attività sia svolta nei confronti del mercato locale nel senso che nel mercato locale debbono essere effettuati approvvigionamenti ed individuati altresì i mercati di sbocco⁽³³⁶⁾.

La Corte si limita ad affermare che espressione della libertà di stabilimento è l'esercizio di una attività effettiva, radicata nel territorio, senza escludere che l'attività possa essere sviluppata su scala internazionale (<<estero su estero>>). Del resto, una presa di posizione in tal senso risulterebbe contraria rispetto agli stessi obiettivi del Trattato che della integrazione, internazionalizzazione ed apertura dei singoli mercati allo scopo di creare un mercato unico fa il proprio obiettivo⁽³³⁷⁾.

³³⁶ Come evidenziato dalla dottrina (E.M. Bagarotto, *La compatibilità con l'ordinamento comunitario della disciplina in materia di controller foreign companies alla luce delle modifiche apportate dal <<decreto anti-crisi>>*, op. cit.), l'esimente si presta ad essere così interpretata anche grazie alla seconda parte dell'art. 167, comma 5, lett. a), la quale, con riguardo alle attività bancarie, finanziarie e assicurative, sancisce che l'esimente si considera sussistente se si dimostra che <<la maggior parte delle fonti, impieghi o ricavi originano nello Stato o territorio di insediamento>>.

³³⁷ Cfr, sul punto, G. Marino, *La presuntuosa disciplina CFC e le incongruenze delle sue esimenti*, op. cit.

Il riferimento al mercato, in questa prospettiva, supera l'obiettivo prefissato nel combattere misure abusive e si traduce in una misura contraria al principio di proporzionalità, in quanto finisce per ostacolare attività che, viceversa, sono perfettamente in linea con le linee tratteggiate dalla Corte di Giustizia. Ben possono sussistere infatti (e così sarà sempre più evidente in un mercato che va inesorabilmente verso la globalizzazione) attività effettivamente radicate nel territorio di stabilimento la cui operatività si concretizza su scala internazionale.

Il riferimento al mercato recentemente introdotto dal dl 78/2009 fa sorgere pertanto ulteriori dubbi in punto di incompatibilità della disciplina con il diritto comunitario⁽³³⁸⁾.

Sulla questione riguardante il riferimento al *mercato* è tra l'altro intervenuta l'Amministrazione finanziaria (Circolare 51/E del 6 ottobre 2010), la quale, cercando di giustificare tale inserimento, richiama proprio la sentenza *Cadbury-*

³³⁸ Già prima della novella apportata dal dl 78/2009 non mancava infatti chi avesse sottolineato problemi di incompatibilità della prima esimente con il diritto comunitario. Prima della modifica, come abbiamo avuto modo di chiarire nel capitolo precedente, la formulazione della esimente non poneva specifico riferimento allo svolgimento della attività nel "mercato". Ciò nondimeno, anche a causa della posizione assunta dalla prassi amministrativa, i requisiti richiesti al fine della disapplicazione potevano apparire troppo restrittivi e dunque non proporzionali. Così si era espresso G. Bizzioli, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc, op. cit.*, p. 240. In particolare, il richiamato Autore evidenziava come il concetto di <<attività economica>> dovesse essere interpretato in senso ampio, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia che ne aveva dato la definizione. Tra tali attività dovevano rientrare altresì l'acquisto e la gestione di proprietà immobiliari oltre che la raccolta e gestione di risorse finanziarie per il gruppo (come del resto accade proprio nel caso *Cadbury-Shweppes*). Insomma, il richiamato Autore sosteneva che tra le attività economiche dovessero rientrare anche le attività di mero godimento, generatrici di *passive income*. Ulteriori profili di incompatibilità venivano individuati nell'ancor oggi presente requisito dello svolgimento della attività come attività *principale*. Requisito tuttavia assente nella giurisprudenza comunitaria. Già con riguardo alla precedente disciplina, poi, l'Autore richiamato poneva attenzione al requisito dello svolgimento dell'attività <<nello Stato o nel territorio nel quale ha sede>> il soggetto estero. Con riguardo a tale questione, si evidenziava la necessità di considerare il radicamento al territorio a prescindere dal fatto che l'attività potesse svolgersi estero su estero. Tale preoccupazione era evidentemente fondata, dato che la modifica normativa introdotta dal dl 78/2009 è andata proprio in questa, discutibile direzione. Per un'analisi della compatibilità della disciplina ante-modifiche normative si veda G. Ingraio, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies, op. cit.*, p. 273 ss.

Schweppes. Più precisamente, l'Amministrazione sostiene la linea stando alla quale sarebbe proprio la Corte di Giustizia ad invocare la necessità del collegamento con il mercato del paese di stabilimento. In particolare, al paragrafo 3 della circolare, si legge che <<In linea di principio, per radicamento (i.e. collegamento con il "mercato dello stato o territorio di insediamento") deve intendersi il legame economico e sociale della CFC con il Paese estero e, quindi, "...la sua intenzione di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato ... - (omissis) - diverso dal proprio e di trarne vantaggio ..." (Sentenza Corte di Giustizia 12 settembre 2006, C-196/04, punto 53, c.d. sentenza *Cabdury Schweppes*>>.

Ebbene, la modifica normativa si inquadrerebbe pertanto, a detta della amministrazione, nel solco tratteggiato dalla Corte di Giustizia.

Tale soluzione, tuttavia, presta il fianco a critiche.

Innanzitutto, la citazione sopra riportata evidenzia come nella circolare anzidetta sia stata estrapolata solamente una parte del punto 53 della sentenza, senza considerarne il contesto generale. Contesto nel quale la Corte è stata chiarissima nell'affermare che la restrizione alla libertà di stabilimento può essere giustificata solamente laddove essa sia orientata a colpire costruzioni di puro artificio, vale a dire "schermi societari" che non esercitano una effettiva attività economica nel paese di insediamento, ma non dice che l'attività deve essere rivolta a quel preciso mercato. Del resto, è sufficiente soffermarsi sul successivo punto 54 della richiamata sentenza per capire come nella linea tratteggiata dalla Corte di Giustizia al punto 53 (<<partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio Stato di origine>>), sia da intendere nel senso che lo stabilimento

<<implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro>>.

Nessun riferimento al mercato locale è pertanto ricavabile dalla sentenza Cadbury Schweppes⁽³³⁹⁾.

È vero che la Corte richiede un contatto con il territorio di stabilimento. Al punto 67 della sentenza, infatti, si afferma che l'«*insediamento reale*» deve «*poggiare su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di presenza fisica della SEC in termini di locali, di personale e di attrezzature*».

Tali elementi, come si può facilmente rilevare, non hanno a che vedere con il mercato di approvvigionamento o con il mercato di sbocco, ma con lo stabilimento, radicamento e comunque con il contatto con il territorio di stabilimento. Nulla dice la Corte – lo si ribadisce – con riferimento al mercato in cui i beni o servizi devono essere ceduti oppure i fattori produttivi devono essere reperiti.

È evidente, dunque, che la novellata disposizione di cui all'art. 167, comma 5, lett. a) non è in armonia con le linee tratteggiate dalla Corte, giacché è chiaro che anche i soggetti che operano “estero su estero” ben possono partecipare in maniera stabile alla vita economica dello stato di insediamento⁽³⁴⁰⁾. Precludere a tali soggetti

³³⁹ Su tale argomento si è soffermato G. Marino, *La presuntuosa disciplina CFC e le incongruenze delle sue esimenti, op. cit.*, dove l'Autore evidenzia, oltre alla contrarietà di tale riferimento al mercato rispetto alla finalità della disciplina, che il richiamo fatto alla sentenza Cadbury Schweppes da parte della circolare richiamata si presenta del tutto erroneo. L'Autore evidenzia infatti come quel passaggio della sentenza sia tratto da precedenti che valorizzavano la presenza stabile e continuativa nel territorio di insediamento come discriminare tra applicazione della libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi. Evidenzia inoltre come nella giurisprudenza della corte mai si pone riferimento al mercato siccome delineato dalla nostra amministrazione, bensì si richiama costantemente il luogo di insediamento. Diversamente, un concetto di mercato locale finirebbe per cozzare inesorabilmente con la stessa *ratio* delle libertà fondamentali le quali mirano all'abbattimento dei limiti nazionali per giungere al mercato in senso globale.

³⁴⁰ Così D. Stevanato, *Lo strumento tributario contro la delocalizzazione produttiva: decreto anticrisi e modifiche alle CFC*, in Dial. trib. n. 4/2009; M.E. Bagarotto, *La compatibilità con l'ordinamento*

l'accesso alla disapplicazione del regime *cfc* poiché non esercitano un'attività rivolta a quello stesso paese significa andare oltre allo scopo anti-abuso e colpire strutture economiche reali che con l'abuso non hanno nulla a che vedere⁽³⁴¹⁾. Ancora una volta il rischio è quello di non distinguere situazioni e situazioni, travolgendo con il meccanismo della trasparenza soggetti che presentano una loro solida struttura economica solo per il fatto che hanno un mercato di approvvigionamento e di sbocco sviluppato a livello internazionale.

Si tratta peraltro di elementi (quelli richiamati dalla Corte per dimostrare il radicamento con il territorio di stabilimento) che necessitano di essere valutati ed adattati caso per caso. Ci saranno attività estere che meglio si prestano a soddisfare tale necessità, poiché sono attività che maggiormente richiedono presenza fisica, stabilimenti, uffici eccetera. Ci saranno anche soggetti però che, per il tipo di attività svolta, richiedono una struttura organizzativa meno evidente. Non per questo però sono sempre ed automaticamente soggetti che rappresentano <<costruzioni di puro artificio>>. La valutazione, in questo caso, non può prescindere dall'analisi, da un lato, della concreta attività svolta, e, dall'altro lato, anche delle strutture negoziali che regolano i rapporti tra società residenti e imprese estere controllate.

È per questo motivo che anche la limitazione all'utilizzo della esimente di cui al comma 5, lett. a), dell'art. 167 Tuir racchiusa nel nuovo comma 5-bis desta non poche problematiche in punto di compatibilità con il diritto comunitario.

Si rammenta infatti che, per taluni tipi di impresa, è preclusa alla radice la possibilità di invocare la esimente in parola. In particolare, tale limitazione opera

comunitario della disciplina in materia di *controller foreign companies* alla luce delle modifiche apportate dal <<decreto anti-crisi>>, op. cit.

con riguardo a soggetti che producono talune tipologie di reddito. Tipologie di reddito, queste, le quali evidentemente, secondo il legislatore, non sono di per sé idonee a configurare attività economiche radicate effettivamente nel paese estero⁽³⁴²⁾.

Orbene, il problema legato a tale esimente è di tutta evidenza. Nel tratteggiare le ipotesi che fanno scattare questa sorta di presunzione di non radicamento e di non esercizio di attività economicamente rilevanti, il legislatore individua talune tipologie di reddito che più di altre fanno pensare ad attività generatrici di *passive income*, in tal modo dando per scontato che tali attività non sono degne di essere tutelate. L'errore è però evidentissimo poiché, nonostante la tipologia di reddito prodotto, non è automatico che le menzionate imprese rappresentino costruzioni artificiali, prive di consistenza economica e oggetto di pratiche abusive⁽³⁴³⁾.

Da qui l'importanza della valutazione caso per caso. È chiaro infatti che anche una società che opera come *holding* o come gestore di beni immateriali non è automaticamente una società "schermo"⁽³⁴⁴⁾. Sussistono infatti diversi gradi di operatività i quali vanno dalla mera detenzione di partecipazioni (o mera intestazione di beni immateriali) con semplice incasso dei frutti senza lo

³⁴² Si ricorda in particolare che, ai sensi del nuovo comma 5-bis, non possono beneficiare della prima esimente i soggetti che detengono partecipazioni in società i cui proventi derivano 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>>.

³⁴³ La incompatibilità di tale limitazione con il diritto comunitario è evidenziata anche da G. Ingraio, *D.L. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC*, op. cit.

³⁴⁴ È per questo motivo che in dottrina vi è stato chi ha sostenuto che il legislatore abbia introdotto una sorta di presunzione assoluta neppure fondata sull'*id quod plerumque accidit*. Non è infatti ragionevole pensare che i soggetti i cui utili derivano per più del 50% da talune attività rappresentano automaticamente costruzioni di puro artificio nel senso delineato dalla Corte di Giustizia. Così E.M. Bagarotto, *La compatibilità con l'ordinamento comunitario*, op. cit.

svolgimento di attività alcuna, alla attività di gestione effettiva, con prestazione di servizi accentrati, con lo svolgimento di attività di coordinamento eccetera. Ciò vale a maggior ragione per le società che operano servizi infragrupo.

È per questo che si è evidenziata in precedenza la necessità di valutare approfonditamente la struttura contrattuale esistente tra società estera e società residente. Dall'analisi dei rapporti giuridici si può infatti avere un primo quadro della situazione e verificare se, ad esempio, la *holding* è un mero intestatario di partecipazioni che si limita ad attrarre i relativi frutti o è un soggetto attivo che, viceversa, esercita attività di gestione e coordinamento. Attività che, tuttavia, non possono rimanere sulla carta e debbono al contrario trovare la propria concretezza.

È evidente che la esimente così formulata rischia di attrarre redditi che non sono espressione di pratiche abusive ma sono espressione di delocalizzazione di attività effettive. Ciò in pieno contrasto con le linee tratteggiate dalla Corte di Giustizia.

Le modifiche introdotte dal d.l. anticrisi prestano pertanto il fianco a pesanti critiche incentrate sulla incompatibilità della disciplina che vanno ad aggiungersi a quelle già sollevate con riguardo alla precedente formulazione della normativa⁽³⁴⁵⁾.

³⁴⁵ Le critiche anzidette infatti si sommano a quelle già evidenziate anche con riguardo alla seconda esimente. Questa infatti, come detto nel capitolo precedente, esclude l'applicazione della normativa *cfc* laddove si dimostri che dalla partecipazione non consegue la localizzazione del reddito in un paese a fiscalità privilegiata. Il testo di tale, seconda esimente non è stato modificato dal decreto anticrisi e nonostante parte della dottrina (si veda, ad esempio, G. Ingraio, *D.L. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC, op.cit.*) abbia sostenuto la compatibilità di tale esimente, è anche chi ha riscontrato profili di incompatibilità. Tale incompatibilità deriverebbe dal fatto che la esimente in parola si limita a valutare la pianificazione dal punto di vista del risparmio fiscale, senza considerare l'attività effettivamente svolta. Come detto più sopra, la localizzazione orientata al risparmio fiscale non è di per sé fenomeno capace di integrare una pratica abusiva. La esimente così strutturata appare in contrasto con le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia la quale, lungi dal contrastare la ricerca del risparmio di imposta, vuole colpire solamente le costruzioni artificiose, vale a dire prive di sostanza economica. Tali critiche sono state esposte da G. Bizzioli, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc, op. cit.*, p. 242-243.

A questo punto non resta che svolgere alcune considerazioni in merito alla disposizione da ultimo introdotta nel nuovo comma 8 *bis* dell'art. 167 Tuir, corredata dalla specifica esimente di cui al comma 8 *ter*. Si ricorda infatti che, mediante il dl 78/2009, il legislatore ha ampliato l'ambito soggettivo della disciplina in parola, estendendone l'applicabilità altresì per i soggetti localizzati in paesi o territori non *black list*. Tale estensione, tuttavia, è idonea ad operare se il soggetto localizzato all'estero subisce una tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella che avrebbe sopportato qualora fosse stato residente in Italia e, congiuntamente, se consegue proventi per più del 50% derivanti da talune specifiche attività³⁴⁶. Anche in questo caso, dunque, la disciplina ha subito un inasprimento collegato alla svolgimento di attività che, evidentemente, nella prospettiva del legislatore, sono maggiormente idonee a configurare costruzioni artificiali, prive della consistenza economica alla quale si riferisce anche la Corte di Giustizia. E proprio per evitare censure da parte degli organismi comunitari è stata introdotta la richiamata esimente nel comma 8 *ter*, stando alla quale è possibile chiedere la disapplicazione della disposizione dimostrando che <<*l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*>>.

Il richiamo alla locuzione impiegata dalla Corte di Giustizia nella più volte citata sentenza *Cadbury-Schweppes* è di tutta evidenza, anche se i termini fatti propri dal nostro legislatore non sono perfettamente aderenti a quelli impiegati dalla Corte.

³⁴⁶ In particolare, il legislatore si riferisce ai proventi derivanti da <<*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*>>.

Il problema è che, anche nel caso del comma 8 *bis*, come accade con la limitazione imposta dal richiamato 5 *bis*, il legislatore sembra dare per scontato che lo svolgimento di talune attività sia automaticamente sintomatico dell'esistenza di una pratica abusiva. Ma tale circostanza, come abbiamo avuto modo di illustrare poc'anzi, non è sempre verificata⁽³⁴⁷⁾.

E, ancora, nel richiamare la tassazione inferiore a più del 50% rispetto alla tassazione che la controllata estera avrebbe in Italia, il legislatore sembra dare eccessivo rilievo al risparmio di imposta, in spregio a quanto più volte affermato dalla Corte di Giustizia in punto di libertà di scegliere la strada meno onerosa.

È vero che il successivo 8 *ter* consente di uscire dalla disciplina dimostrando la consistenza dell'attività economica svolta all'estero, ciò nondimeno non si può non considerare che, in questo caso, il contribuente si trova aggravato dall'onere della prova. Senza considerare che lo stesso contribuente, al solo fine di verificare l'applicabilità del nuovo comma 8 *bis* alla sua specifica situazione, dovrà alla fine di ogni periodo di imposta verificare se la tassazione *effettiva* subita all'estero è inferiore alla metà rispetto a quella che avrebbe subito in Italia. È chiaro che un tale adempimento, nell'ambito di un gruppo multinazionale, può creare non pochi oneri amministrativi aggiuntivi⁽³⁴⁸⁾.

Da qui possono emergere infatti ulteriori limitazioni alla libertà di stabilimento poiché la misura potrebbe non trovare giustificazione in termini di proporzionalità, andando oltre a quanto necessario per contrastare le pratiche abusive.

³⁴⁷ Critiche in tal senso sono state sollevate anche da D. Stevanato, *Lo strumento tributario contro la delocalizzazione produttiva: decreto anticrisi e modifiche alle cfc*, in Dial. trib. n. 4/2009.

³⁴⁸ Tale aspetto è stato limpidamente messo in luce da L. Carpentieri, *Commento all'art. 167 Tuir*, op. cit., p. 832-833.

Anche il profilo procedimentale può prestare dunque il fianco ad alcune considerazioni critiche.

4.6. Segue. Proporzionalità e profili procedurali.

Ai soggetti i quali decidano di strutturare la propria attività in modo sovranazionale viene chiesto un maggiore sforzo in punto di onere della prova, documentazione, presentazione di interpelli preventivi eccetera.

Questo aggravio rispetto ai soggetti che non delocalizzano la propria attività può dirsi giustificato e proporzionale rispetto all'obiettivo sottostante?

Le questioni che emergono in questa prospettiva sono più d'una e sono legate al fatto che, come accennato più sopra, anche il profilo procedimentale assume una importanza fondamentale giacché è attraverso tale profilo procedimentale che il contribuente ha la possibilità di offrire la prova contraria e dunque di sfuggire al meccanismo di imputazione per trasparenza dei redditi prodotti dal soggetto estero che fa parte del gruppo. Laddove la fase procedimentale si dimostrasse troppo articolata oppure laddove precludesse qualche forma di tutela del contribuente in ambito giurisdizionale per la mancata proposizione preventiva di azioni sul piano amministrativo, ci troveremmo innanzi ad ulteriori profili di incompatibilità della disciplina con il diritto comunitario, i quali andrebbero a sommarsi a quelli di irragionevolezza già riscontrati sul piano domestico.

In primo luogo, è appena il caso di evidenziare come la normativa *cfc* sia in grado di invertire l'onere della prova, in modo tale che, in presenza dei requisiti applicativi, spetta al contribuente fornire la prova concernente la sussistenza delle esimenti.

Ciò che preme evidenziare è che, come messo in luce dalla dottrina, tale inversione dell'onere della prova potrebbe da sola costituire <<uno strumento che, in presenza della direttiva comunitaria sullo scambio di informazioni, eccede quanto necessario al fine di contrastare l'elusione fiscale>>⁽³⁴⁹⁾.

Del resto tale questione è oggi ancor più evidente se si considera l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina nei confronti dei soggetti non *black list*, operata per il tramite dell'inserimento del nuovo comma 8 bis nel corpo dell'art. 167 tuir⁽³⁵⁰⁾.

Viene infatti ribaltato sul contribuente l'onere di dimostrare che <<l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale>>.

È per questo motivo che la dottrina ha auspicato, ancor prima delle modifiche apportate dal d.l. 78/2009, un ruolo attivo da parte della Amministrazione finanziaria⁽³⁵¹⁾. Ciò anche conformemente a quanto ha affermato la Corte di Giustizia nella più volte richiamata sentenza *Cadbury-Schweppes*, laddove, al punto 71, afferma, con riguardo alla prova legata alla attività svolta, che <<(...) le autorità nazionali competenti hanno la possibilità, per ottenere le informazioni necessarie sulla reale situazione della SEC, di ricorrere ai meccanismi di collaborazione e di scambio di informazioni tra amministrazioni fiscali nazionali>>. La Corte, più precisamente, fa

³⁴⁹ Così P. Pistone, *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, in *TributImpresa* n. 3/2005. Tale problematica è stata messa in luce altresì da E.M. Bagarotto, *La compatibilità con l'ordinamento comunitario della disciplina in materia di controller foreign companies alla luce delle modifiche apportate dal <<decreto anti-crisi>>*, in *Giustizia Tributaria*, n. 1/2010, p. 1 ss.

³⁵⁰ Tale problematica è stata ben messa in luce da M. Poggioli, *"Scudo fiscale", presunzione legale di evasione "per equivalente" e disciplina CFC*, in AA.VV., *Scudo fiscale e azione di contrasto ai paradisi fiscali*, 2009, p. 52, nota 15, dove l'Autore evidenzia come l'onere procedimentale messo a carico del contribuente con il nuovo comma 8 bis rischia di rendere (eccessivamente) difficile, sotto la lente del principio della effettività, l'esercizio della libertà di stabilimento.

³⁵¹ Così, M. Beghin, *La sentenza Cadbury-Schweppes*, op. cit.

riferimento, nel caso specifico, alla direttiva sulla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette e alla Convenzione siglata tra i due Stati coinvolti al fine di evitare doppie imposizioni.

È vero che la Corte non allude ad un “obbligo” della Amministrazione fiscale, ma fa riferimento alla “possibilità”. È vero altresì, però, che il ragionamento della Corte sembra scongiurare un comportamento inattivo da parte della Amministrazione⁽³⁵²⁾, ciò a maggior ragione laddove vi siano gli strumenti per reperire le informazioni necessarie per poter valutare la consistenza economica dello stabilimento all'estero.

Ma le problematiche non si arrestano qui.

Un altro aspetto rilevante è legato alla necessità di dover procedere mediante la presentazione di interpello preventivo.

Su tale aspetto ci siamo già soffermati nel precedente capitolo al fine di valutare la aderenza di tale prescrizione rispetto ai principi dettati dalla Carta Costituzionale.

Tale questione assume rilievo tuttavia anche nella valutazione del rispetto dei principi comunitari.

Non è mancata infatti la dottrina che ha evidenziato come anche la necessità di presentare l'interpello preventivo possa a sua volta configurare una restrizione di carattere procedurale alle libertà fondamentali⁽³⁵³⁾. È appena il caso di ricordare,

³⁵² Così, M. Beghin, *La sentenza Cadbury-Schweppes, op. cit.* Auspica un ruolo attivo da parte della Amministrazione finanziaria anche R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, p. 415-416.

³⁵³ Così si è espresso P. Pistone, *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario, op. cit.*; A. Ballancin, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC ed il diritto comunitario*, Riv. Dir. Trib. 2010, 161 ss, il quale osserva come lo strumento dell'interpello non sia previsto in nessun altro Stato membro e come la procedura richiesta dal legislatore italiano imponga un aggravio degli oneri amministrativi.

invero, che vi sono linee interpretative stando alle quali, in taluni casi, la mancata presentazione dell'interpello preventivo può provocare la inammissibilità del ricorso avverso l'eventuale avviso di accertamento. Una tale linea si pone tuttavia in netto contrasto con quanto affermato dalla Commissione europea, la quale ha affermato che il contribuente deve essere messo nella posizione di poter dimostrare, senza eccessivi oneri amministrativi, che lo stabilimento non costituisce una costruzione di puro artificio e, in ogni caso, <<E' ugualmente essenziale nell'interesse della proporzionalità che il risultato della pertinente valutazione da parte dell'autorità fiscale possa essere sottoposto a un controllo giurisdizionale indipendente>>.

È evidente che la procedura di interpello non può costituire una misura proporzionale laddove essa possa in qualche modo pregiudicare la successiva tutela giurisdizionale del contribuente⁽³⁵⁴⁾. Diversamente argomentando, infatti, il contribuente attratto dalla disciplina che tuttavia non realizza fattispecie abusive si troverebbe a dover sottostare alla normativa anche se la delocalizzazione è effettiva, ciò per il semplice fatto che non ha espletato una procedura amministrativa quale quella della presentazione dell'interpello.

La incompatibilità di una tale soluzione è di tutta evidenza: se mancano quegli effetti abusivi che la normativa vuole contrastare, non è possibile impedire al contribuente di dimostrarlo, nascondendosi dietro ad un onere (la presentazione

³⁵⁴ Sul punto G. Ingraò, *D.L. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC*, op. cit.; A. Ballancin, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC ed il diritto comunitario*, Riv. Dir. Trib. 2010, 161 ss, il quale fa leva altresì sul principio di effettività <<secondo cui i diritti di matrice comunitaria, in particolare le libertà economiche, devono ricevere una tutela giuridica effettiva – principio che smarrirebbe di ogni significato laddove si consentisse ad una misura nazionale di disconoscere un insediamento effettivo esclusivamente in funzione (dell'omissione) di un adempimento procedimentale (quale è, nel caso di specie, l'interpello)>>.

dell'interpello, per l'appunto) il quale, viceversa, dovrebbe rappresentare un diritto del contribuente.

4.7. Alcune considerazioni in merito alla disciplina riguardante le imprese estere collegate e le imprese estere extracomunitarie.

Abbiamo detto in precedenza che la disciplina *cfc* può assumere rilievo non solo con riguardo alla libertà di stabilimento, bensì può assumere rilievo altresì con riguardo alla libera circolazione dei capitali. Ciò in particolare laddove la prima non possa offrire copertura.

Con riferimento alla disciplina italiana, la libertà di circolazione dei capitali potrebbe assumere rilievo nel momento in cui il legislatore pretende di attrarre per trasparenza i redditi prodotti da imprese estere collegate⁽³⁵⁵⁾. Nei confronti di tali imprese, in linea generale, non si verifica infatti quella "influenza sicura" sulle decisioni della impresa estera da parte del soggetto partecipante residente, dimodoché la libertà di stabilimento non può trovare applicazione.

Ebbene, per quanto riguarda le cause esimenti di cui si è detto sopra, ricordiamo che le stesse valgono altresì per la disposizione in punto di imprese estere collegate di cui all'art. 168 Tuir. A tale disposizione però non si estende l'ampliamento dell'ambito soggettivo ai soggetti non *black list* previsto dall'art. 167 Tuir, comma 8 *bis*.

Le considerazioni svolte con riguardo alle esimenti di cui all'art. 167 comma 5, lett.a) e b) e di cui all'art. 167, comma 5 *bis*, potrebbero pertanto essere estese altresì

³⁵⁵ Così, E. Della Valle, *Tassazione degli utili della società estera controllata e rispetto del diritto di stabilimento*, op. cit.; P. Pistone, *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, in TributImpresa, op. cit.

alla normativa riguardante le società estere collegate, specificando tuttavia che, quando si parla di libertà di circolazione dei capitali, cambia il contesto di riferimento⁽³⁵⁶⁾ e cambiano altresì le giustificazioni invocabili al fine di preservare la compatibilità delle discipline nazionali.

In particolare, la dottrina⁽³⁵⁷⁾ che si è occupata di tale argomento ha evidenziato che, con riguardo alla libera circolazione dei capitali, le giustificazioni invocabili da parte degli Stati membri sono essenzialmente due. La prima è data dalla necessità di preservare la coerenza fiscale e la seconda è invece legata alla necessità di effettuare controlli fiscali.

Secondo la dottrina da ultimo richiamata, la prima giustificazione (preservare la coerenza fiscale) potrebbe trovare un senso laddove la *ratio* della disciplina *cfc* italiana fosse orientata ad una politica di *capital export neutrality*. Ma, al di là del fatto che non ci sembra questo l'intento perseguito dal nostro legislatore, tale giustificazione non potrebbe trovare comunque consistenza poiché, nel caso della disciplina *cfc* italiana, ci troviamo al di fuori della definizione di "coerenza fiscale" elaborata dalla Corte di Giustizia⁽³⁵⁸⁾.

³⁵⁶ In questa prospettiva, G. Bizioli, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc*, op. cit., p. 243 ss, evidenzia che <<La libera circolazione dei capitali, diversamente, è, da un punto di vista generale, strumentale alla realizzazione delle condizioni più efficienti del mercato dei capitali e, da un punto di vista individuale, funzionale alla massimizzazione della remunerazione del capitale. In questi termini, la natura fittizia o meno dei movimenti di capitale non può essere determinata in termini di effettività economica dello stabilimento bensì in termini di ragionevolezza con le finalità sopra specificate>>.

³⁵⁷ Sul punto si veda chiaramente G. Bizioli, op.ult.cit., p. 245.

³⁵⁸ Così G. Bizioli, op. ult. cit., p. 245, il quale evidenzia che <<Anche per la coerenza fiscale, la giurisprudenza comunitaria ha elaborato un concetto autonomo che si intende soddisfatto allorché "sussista un nesso diretto tra il beneficio fiscale di cui trattasi e la compensazione di tale beneficio tramite un prelievo fiscale determinato" e che tale nesso è riferibile al "medesimo contribuente soggetto all'imposta sui redditi" ed alla medesima imposta. Accogliendo questa ristretta nozione di coerenza fiscale, difficilmente la disciplina contenuta negli artt. 168 (e 167) T.U.I.R. potrebbe essere considerata giustificata poiché relativa al medesimo reddito di due distinti soggetti>>.

La seconda causa di giustificazione richiamata (esigenza di effettuare controlli fiscali) potrebbe invece assumere rilievo, allorché si discuta di rapporti tra stati membri. Il riferimento va alla applicazione della normativa sulle imprese estere collegate che tuttavia rientrano nella *black list*.

Ciò nondimeno, è stato osservato⁽³⁵⁹⁾ come, su tale causa di giustificazione, la Corte di Giustizia abbia tenuto un orientamento costante nel senso che la esigenza di effettuare i controlli fiscali non può essere invocata laddove operino gli strumenti orientati allo scambio di informazioni. Il senso di tale linea argomentativa è di tutta evidenza: lo Stato membro non può invocare, a protezione della normativa nazionale che determina una restrizione, la giustificazione incentrata sulla necessità di effettuare controlli fiscali laddove esso stesso abbia la possibilità di reperire le informazioni (al fine del controllo fiscale, appunto) dall'altro Stato membro grazie alla applicazione degli strumenti messi in campo dall'ordinamento comunitario.

È diverso tuttavia il caso dei rapporti tra paesi membri e paesi extracomunitari.

Abbiamo detto all'inizio del presente capitolo come la libertà di circolazione dei capitali non trovi il suo limite all'interno del territorio comunitario, bensì essa sia idonea ad andare oltre, fino a comprendere altresì i rapporti tra Stati membri e Stati extra-ue.

Ci chiediamo ora, pertanto, se la giustificazione relativa alla necessità di effettuare i controlli fiscali sia idonea a "salvare" la disposizione dalla incompatibilità anche nel caso in cui essa sia applicata nei rapporti tra soggetti residenti in Italia e soggetti extra-ue. Questa volta il riferimento va sia al caso delle imprese estere controllate

³⁵⁹ Cfr G. Bizioli, *op.ult.cit.*, p. 246.

(per le quali non può operare la protezione della libertà di stabilimento per effetto del coinvolgimento di un paese terzo) sia al caso delle imprese estere collegate.

Ebbene, ciò che si può immediatamente osservare è che potrebbe assumere maggiore rilievo la giustificazione legata alla esigenza di effettuare controlli fiscali. Del resto, con i paesi terzi potrebbero non operare strumenti idonei a supportare l'amministrazione fiscale nelle attività di controllo e accertamento. Tale linea sembra tra l'altro seguita anche dalla Corte di Giustizia laddove ha <<ammesso, quale causa di giustificazione alla mancata estensione dell'esenzione dall'imposizione dei dividendi provenienti da un paese extracomunitario, l'assenza, per via convenzionale (o unilaterale), dello scambio di informazioni e di disposizioni normative omogenee in materia contabile>>⁽³⁶⁰⁾.

La valorizzazione degli strumenti incentrati sullo scambio di informazioni e cooperazione tra stati è evidente anche dagli interventi della Commissione europea. In questa prospettiva, infatti, nella comunicazione COM(2007) 785⁽³⁶¹⁾, la Commissione ha affermato che <<Per quanto riguarda in particolare l'applicazione delle norme antielusione ai meccanismi internazionali di evasione fiscale, la Commissione ritiene che gli SM, al fine di proteggere la loro base imponibile, dovrebbero cercare di migliorare il coordinamento delle misure antiabuso nei confronti dei paesi terzi. Tale coordinamento può concretizzarsi utilmente nella cooperazione amministrativa (ad esempio, scambio di informazioni e condivisione delle migliori pratiche). La Commissione vorrebbe inoltre

³⁶⁰ In tal senso si è espresso G. Bizioli, op.ult.cit., p. 247, richiamando la sentenza della Corte di Giustizia causa C-101/05, A, punti 61 e 62.

³⁶¹ Comunicazione del 10 dicembre 2007 sul tema de <<L'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta - all'interno dell'UE e nei confronti dei paesi terzi>>.

incoraggiare gli SM, ove opportuno, a potenziare la cooperazione amministrativa con i loro partner non UE>>.

Tale soluzione parrebbe conforme anche a quanto affermato dalla stessa Commissione europea in punto di applicazione delle *exit taxes* con riguardo al trasferimento della residenza in un paese terzo. In questa sede, infatti, la Commissione, dopo aver affermato che, nella prospettiva del coinvolgimento dei paesi terzi, entra in gioco la libertà di circolazione dei capitali, afferma altresì che la restrizione potrebbe trovare giustificazione laddove vi sia assenza di cooperazione amministrativa. In questa ottica, la Commissione afferma l'intenzione di rafforzare, con riguardo ai paesi extra-ue, forme di cooperazione, quale scelta in grado di garantire, in modo migliore, <<il rispetto degli obblighi fiscali e per prevenire l'evasione fiscale>>⁽³⁶²⁾.

Tale cooperazione potrebbe evidentemente aiutare gli Stati ad applicare la disciplina *cfc* in maniera più aderente alla *ratio*, in modo tale da non attrarre situazioni che con l'abuso non hanno nulla a che vedere. Attraverso la cooperazione sarebbe infatti reso molto più agevole il controllo del Fisco anche nelle situazioni extra-ue e, di conseguenza, il vantaggio sarebbe sentito anche dal contribuente il quale non rischierebbe di ricadere in una disciplina marcatamente penalizzante per il solo fatto che l'Amministrazione finanziaria non ha modo di verificare il concreto svolgimento di attività economiche nei paesi a fiscalità privilegiata.

³⁶² Cfr, sul punto, Commissione delle Comunità Europee, COM(2006) 825 del 19 dicembre 2006, *Tassazione in uscita e necessità di coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri*.

4.8. Normativa *cfc* e Direttiva madre-figlia.

Ci siamo finora occupati della compatibilità tra disciplina nazionale *cfc* e libertà fondamentali sancite dal Trattato. Tale analisi non esaurisce tuttavia le questioni attinenti alla compatibilità tra disciplina nazionale e diritto comunitario. Ed infatti, vi è un ulteriore profilo che merita di essere qui menzionato, il quale riguarda eventuali profili di (in)compatibilità tra la normativa interna *cfc* e la Direttiva Madre-Figlia, la quale, nell'intento di eliminare la doppia imposizione economica, si occupa della imposizione dei dividendi distribuiti tra società residenti in Stati membri.

Il riferimento va oggi alla direttiva 2011/96/UE del 30 novembre 2011, la quale rifonda la direttiva 90/435/CEE del 23 luglio 1990⁽³⁶³⁾.

Il problema della compatibilità o meno della disciplina *cfc* con la direttiva menzionata, il quale ha fin da subito catturato l'attenzione della dottrina⁽³⁶⁴⁾, si sostanzia nel modo seguente: da un lato, la direttiva madre-figlia, laddove sussistano particolari requisiti partecipativi e nel combattere la doppia imposizione,

³⁶³ Sulle motivazioni che hanno indotto a rifondere la direttiva madre - figlia nella nuova direttiva 2011/96/UE, per lo più legate ad esigenze di chiarezza derivanti dalle diverse modifiche subite negli anni dalla direttiva, si veda P. Valente, *Criticità nella disciplina dei flussi di dividendi nella rifusione della direttiva madre-figlia*, in Corr. trib. n. 6/2012, p. 448 ss. Il primo considerando della direttiva sancisce infatti che <<La direttiva 90/435/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, ha subito numerose e sostanziali modificazioni. Poiché essa deve ora essere nuovamente modificata, è opportuno provvedere, per ragioni di razionalità e chiarezza, alla sua rifusione>>. Sulla direttiva madre-figlia, si veda A. Fedele, *La direttiva <<madre-figlia>> e la disciplina attuativa come complesso normativo unitario e sistematico: i criteri interpretativi*, in Rass. trib. n. 5/2001, p. 1256 ss; P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010, p. 274 ss; B. Tessa, *I dividendi*, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 308 ss.

³⁶⁴ Della questione si sono infatti occupati, ad esempio, C. Rotondaro, *Note minime in tema di compatibilità dei regimi CFC con il diritto comunitario. Alcune riflessioni sul caso italiano*, in Riv. dir. trib. n. 5/2000, p. 517 ss; P. Pistone, *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, in TrimutImpresa n. 3/2005; G. Bizzioli, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina *cfc*, op. cit.*, p. 247-248; G. Ingraio, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies, op. cit.*, p. 276;

prevede che la società madre residente in uno Stato membro, alla distribuzione degli utili, non sottoponga i medesimi utili ad imposizione; dall'altro lato la disciplina nazionale *cfc*, a prescindere dalla distribuzione dell'utile, prevede la diretta imputazione per trasparenza in capo alla società madre degli utili prodotti all'estero dalla controllata.

A prima vista, l'incoerenza tra le due misure (comunitaria, da un lato, e nazionale, dall'altro lato) è di tutta evidenza.

Ciò nondimeno, al fine di valutare la compatibilità della disciplina *cfc* è necessario andare oltre, senza fermarsi alle apparenze.

In questa prospettiva non possono non assumere rilievo le modalità che la stessa direttiva madre-figlia prevede al fine di scongiurare la doppia imposizione. Il riferimento va all'art. 4 della direttiva, il quale prevede che la società madre possa operare in due direzioni. Più precisamente, la società madre può a) astenersi dal sottoporre gli utili a imposizione oppure b) sottoporre gli utili ad imposizione concedendo la possibilità di dedurre l'imposta societaria pagata relativamente ai medesimi utili all'estero.

Altrimenti detto, la direttiva non impone il metodo della esenzione, bensì essa lo pone in alternativa al metodo della tassazione, purché tale ultimo metodo sia corredato dalla possibilità di scomputare le imposte già pagate dalla società figlia all'estero con riguardo a quello stesso utile.

È vero che la disciplina *cfc* comporta la tassazione dell'utile per trasparenza in capo alla società madre. È vero altresì, però, che, al momento della distribuzione dei dividendi da parte della società figlia, essi non concorrono alla imposizione fino

all'ammontare che ha già concorso, anche nei periodi di imposta precedenti, per effetto della summenzionata trasparenza. E, in ogni caso, viene riconosciuto altresì il credito per le imposte pagate all'estero su quell'utile.

Tale meccanismo, in sostanza, permette di giungere ad un carico impositivo analogo, dimodoché la disciplina *cfc* potrebbe trovarsi in linea con la direttiva laddove coinvolga rapporti tra stati membri che potrebbero, appunto, beneficiare del regime previsto dalla direttiva madre-figlia⁽³⁶⁵⁾.

Tale orientamento abbraccia dunque un ragionamento di stampo sostanziale, secondo il quale il meccanismo di tassazione previsto dall'art. 167 Tuir raggiunge comunque lo scopo della direttiva, vale a dire l'eliminazione della doppia imposizione.

Vi è anche un ulteriore percorso, però, il quale è stato intrapreso al fine di valutare la compatibilità della disciplina *cfc* con la Direttiva madre-figlia.

Questa volta il punto di riferimento è dato dalla diversità dell'ambito applicativo delle due discipline⁽³⁶⁶⁾. In questa prospettiva, è stato osservato come la direttiva madre-figlia si applichi con riguardo agli "utili distribuiti"⁽³⁶⁷⁾, mentre la disciplina *cfc* prescinda dalla distribuzione degli utili abbracciando il metodo della trasparenza. Procedendo in questa direzione ci troveremmo innanzi a due discipline che prendono a riferimento situazioni diverse.

³⁶⁵ Questa linea è stata valorizzata da C. Rotondaro, *Note minime in tema di compatibilità dei regimi CFC con il diritto comunitario*, op. cit.; G. Ingraio, *La riforma dell'IRPEF*, op. cit., p. 276.

³⁶⁶ In questi termini hanno analizzato la compatibilità tra disciplina *cfc* e direttiva madre-figlia, P. Pistone, *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, op. cit.; G. Bizioli, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc*, op. cit., p. 247-248.

³⁶⁷ Sul punto è stato sottolineato che, nonostante la direttiva non fornisca una specifica definizione di "utili distribuiti", il riferimento deve andare alla distribuzione ricollegata <<ad una formale delibera dell'organo societario a ciò preposto relativa ai redditi conseguiti>>. Così, G. Bizioli, op. ult. cit., p. 247-248.

A sostegno di tale tesi, la quale porta alla conformità della disciplina *cfc* nazionale con la direttiva madre-figlia, è stato richiamato⁽³⁶⁸⁾ anche il contenuto del paragrafo 2 dell'art. 4 della direttiva, a mente del quale <<La presente direttiva non impedisce in alcun modo allo Stato membro della società madre di considerare una società figlia trasparente ai fini fiscali, in base alla valutazione da parte di detto Stato membro delle caratteristiche giuridiche di tale società figlia, derivanti dalla legislazione in base alla quale la stessa è costituita e di sottoporre pertanto a imposizione la quota della società madre degli utili della società figlia se e quando tali utili sussistono. In questo caso lo Stato membro della società madre si astiene dal sottoporre a imposizione gli utili distribuiti della società figlia>>.

Percorrendo diverse strade pare che si possa comunque giungere alla medesima soluzione nel senso della conformità tra disciplina nazionale *cfc* e direttiva madre-figlia.

Conclusioni

Nell'ambito della presente ricerca, sotto la lente della delocalizzazione, ci siamo occupati delle attività economiche organizzate sottoforma di gruppo e, più precisamente, abbiamo cercato di analizzare fino a che punto le disposizioni antielusive nazionali possano impattare su tali scelte di localizzazione quali scelte rappresentative della autonomia privata.

Come abbiamo avuto modo di illustrare, il contesto di riferimento nel quale si destreggiano gli operatori economici, si trova in equilibrio tra diverse esigenze. Da un lato, l'attuale sistema economico spinge inesorabilmente verso la globalizzazione e, di conseguenza, verso la internazionalizzazione delle attività. Dall'altro lato, troviamo tuttavia i singoli Stati, i quali tendono a proteggere la propria potestà impositiva, in tal modo ostacolando in maniera più o meno evidente la tendenza delle imprese ad espandersi oltre i confini nazionali.

In questa prospettiva, infatti, se, per un verso, l'attività economica organizzata sottoforma di gruppo è stata ampiamente valorizzata, anche a livello europeo, quale fondamentale strumento di internazionalizzazione, quale strumento di sviluppo delle attività economiche e dunque di integrazione del mercato unico, per altro verso, questa stessa modalità d'essere delle attività ha formato oggetto di specifiche attenzioni, nell'ottica di contrastare pratiche fiscali abusive idonee a configurare una forma di concorrenza fiscale dannosa.

Nel bilanciare tali esigenze e con l'intento di perseguire gli obiettivi posti dal

Trattato di Roma nel senso della creazione ed implementazione del mercato unico, sono state messe in campo disposizioni volte a rafforzare le strutture economiche organizzate sottoforma di gruppo. Basti pensare, in questa prospettiva, alla direttiva madre-figlia ed alla direttiva riguardante le operazioni di riorganizzazione transnazionali, quali interventi orientati a rendere neutrale la variabile fiscale all'interno dell'ambito europeo e nell'ottica di abbattere ogni ostacolo alle libertà fondamentali.

Dall'altro lato, però, vi è stata sempre molta attenzione nei confronti di tali attività, con l'intento di evitare che le relazioni di controllo, quali espressioni della libertà di stabilimento, non potessero in realtà configurare ed implementare pratiche abusive, vale a dire forme di delocalizzazione fittizia del redditi e non già forme di legittima delocalizzazione di attività economiche.

In altre parole, la tutela offerta dalla libertà di stabilimento, come strumento di integrazione del mercato che trova la sua espressione anche nello stabilire in un altro paese una società controllata, incontra il suo limite laddove la delocalizzazione assuma caratteri patologici, configurando condotte abusive.

Procedendo in questa direzione, anche il legislatore italiano si è munito di specifica strumentazione di contrasto. E tra i vari strumenti impiegati in questa prospettiva di "protezione", particolare rilievo ha assunto, anche alla luce delle modifiche di recente introdotte sotto la bandiera della lotta ai paradisi fiscali, la normativa riguardante le *controller foreign companies*.

A differenza delle altre discipline di contrasto alla delocalizzazione, la disciplina in punto di *cfc* presenta caratteristiche peculiari. Ed infatti essa, nell'atteggiarsi quale

disposizione anti-abuso, risponde alle preoccupazioni del legislatore sorte di fronte a due circostanze tra di loro avvitate: la struttura imprenditoriale sviluppata sottoforma di gruppo ed il contatto con particolari paesi o territori a fiscalità privilegiata. Secondo il legislatore italiano, la combinazione di queste due circostanze ben può nascondere condotte abusive e rappresentare un indice di pericolosità fiscale capace di giustificare una scelta che, come quella della trasparenza dettata dagli artt. 167 e 168 Tuir, supera, mediante una evidente forzatura, le ordinarie regole preposte alla tassazione del reddito prodotto dai soggetti controllati/collegati esteri.

È evidente, tuttavia, che tale forzatura deve incontrare dei limiti e non può ricomprendere indistintamente ed automaticamente tutte le fattispecie che rispondono ai requisiti anzidetti. Tali limiti si ricavano analizzando la disciplina alla luce della sua *ratio*, delle esimenti previste e dagli aspetti procedurali. Ciò nella prospettiva dei principi costituzionali ed altresì dei principi comunitari previsti dal Trattato di Roma ed affinati dall'opera della Corte di Giustizia.

L'analisi della normativa, dopo aver guardato ai principi costituzionali evidenziando profili di irragionevolezza, si è sviluppata alla luce dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia la quale, occupandosi della normativa britannica mediante la nota pronuncia *Cadbury Schweppes*, ha offerto importanti linee guida e rappresenta oggi un imprescindibile punto di riferimento per valutare la compatibilità delle normative anti-abuso nazionali con il diritto comunitario.

Ebbene, dall'analisi svolta, è emerso come la *ratio* della disciplina in parola, anche alla luce delle recenti modifiche le quali hanno determinato una "stretta" delle

cause esimenti e un ampliamento dell'ambito soggettivo di applicazione, abbia subito una alterazione. Ed infatti, a seguito delle citate modifiche, ci troviamo innanzi ad una normativa la quale, invece di contrastare unicamente le situazioni di delocalizzazione fittizia di redditi, finisce per contrastare la delocalizzazione effettiva di attività economiche, in tal modo determinando un ostacolo agli imprenditori che, alla luce della autonomia privata, decidono di sviluppare la loro attività su scala internazionale.

La normativa *cfc*, sotto questo aspetto, è stata vittima di un vero e proprio "storpiamento", il quale declina, a causa della mancanza di proporzionalità delle misure adottate per contrastare fenomeni abusivi, nella incompatibilità della disciplina domestica con il diritto dell'Unione europea.

Quello che vogliamo evidenziare, in particolare, è che il trend attuale, sganciandosi dalle originarie logiche sottostanti alla disciplina *cfc*, porta sempre di più verso la tassazione in capo ai soggetti residenti dei redditi prodotti dalle imprese estere controllate o collegate indipendentemente dalla effettività della attività svolta all'estero. In tal modo colpendo unicamente in ragione della tassazione più mite applicata in taluni, particolari territori⁽³⁶⁹⁾.

Tale modalità operativa, tuttavia, si trova in pieno contrasto con quanto affermato in più occasioni dalla stessa Corte di Giustizia⁽³⁷⁰⁾.

³⁶⁹ Considerazioni in tal senso sono state espresse da G. Franson, *L'errore di fondo e le <<ragioni>> del Fisco*, in *Dialoghi Tributari* n. 4/2009, dove l'Autore pone attenzione sul fatto che si sta passando sempre di più da una concezione personale del reddito ad una concezione reale, dimodoché non importa se il reddito è nella disponibilità del soggetto in capo al quale viene tassato, importa, viceversa, il solo fatto che tale reddito esista.

³⁷⁰ Si veda, in particolare, la nota sentenza 21 febbraio 2006, causa C-255/02 *Halifax*, punto 73, in *Riv. dir. trib.* 2006, III, p. 107 ss con nota di M. Poggioli, *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia d'Iva e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?*, oltre che la sentenza 21 febbraio 2008, causa C-

Ed è per questo motivo che, per un verso, le nuove disposizioni non possono essere interpretate in maniera strettamente letterale, ma devono essere interpretate secondo *ratio*; per altro verso, la disciplina italiana necessita di un ripensamento.

Diversamente, si rischia di stravolgere la struttura stessa della *cfc legislation*, passando da una disciplina anti-abuso volta a contrastare la delocalizzazione artificiosa di *passive income* ad una disciplina che contrasta la delocalizzazione di attività effettive, sotto la bandiera di un concetto di abuso totalmente distorto.

Ed è per questo stesso motivo che ogni caso deve essere attentamente valutato, a seconda delle caratteristiche sue proprie, soprattutto con riguardo ai rapporti contrattuali che lo contraddistinguono⁽³⁷¹⁾. Se non si procede in tal senso, il rischio è

425/06 *Part Service*, punto 47, in Riv. dir. trib. 2008, IV, con nota di M. Poggioli, *Il modello comunitario della "pratica abusiva" in ambito fiscale: elementi costitutivi essenziali e forza di condizionamento rispetto alle scelte legislative ed interpretative nazionali*, p. 252 ss. Ma la stessa giurisprudenza comunitaria riguardante la normativa *cfc* (britannica, in quel caso specifico) ha chiarito - come abbiamo avuto modo di illustrare - che il contribuente può legittimamente intraprendere il percorso fiscalmente meno oneroso. Tale scelta risulta limitata solamente dall'impiego <<di costruzioni di puro artificio, prive di effettività economica e finalizzate a eludere la normale imposta sugli utili>>, come rilevato dalla dottrina (M. Beghin, *L'abuso del diritto nelle operazioni internazionali*, in Corr. trib. 12/2010, p. 957 ss). Tale orientamento è stato tra l'altro recentemente riaffermato dalla stessa Corte di Giustizia con la sentenza 22 dicembre 2010, causa C-103/09 *Weald Leasing*, punto 27, in Rass. trib. 6/2011 con nota di A Colli Vignarelli, *Pratica abusiva e autonomia contrattuale: un ulteriore contributo della Corte di Giustizia UE*, p. 1616 ss. Al richiamato punto 27 della sentenza si legge infatti che <<Peraltro, la scelta, da parte di un imprenditore, tra operazioni esenti ed operazioni soggette ad imposta può basarsi su un insieme di elementi, in particolare su considerazioni di natura fiscale attinenti al regime obiettivo dell'IVA. Quando un soggetto passivo ha la scelta tra due operazioni, la sesta direttiva non impone di scegliere quella che implica un maggiore pagamento di IVA. Al contrario, il soggetto passivo ha il diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che gli permette di limitare la sua contribuzione fiscale>>.

³⁷¹ L'aspetto contrattuale, nella prospettiva di intercettare pratiche abusive, è stato recentemente valorizzato dalla Corte di Giustizia. Sul punto, si veda la richiamata sentenza *Weald Leasing*, causa C-103/09, punto 45, dove si afferma che <<(…) il vantaggio fiscale derivante dal fatto che una società ricorra ad operazioni di leasing su beni come quelli oggetto della causa principale, invece che all'acquisto diretto di tali beni, non costituisce un vantaggio fiscale il cui ottenimento sarebbe contrario allo scopo perseguito dalle disposizioni pertinenti della sesta direttiva e della normativa nazionale che traspone quest'ultima, purché le condizioni contrattuali relative a tali operazioni, in particolare quelle riguardanti la fissazione dell'importo dei canoni locativi, corrispondano a normali condizioni di mercato e il coinvolgimento in tali operazioni di una società terza intermediaria non sia atto ad ostacolare l'applicazione delle citate disposizioni, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. Il fatto che tale impresa non effettui operazioni di leasing nell'ambito delle sue normali operazioni commerciali è ininfluenza a tale proposito>>.

quello di fare “di tutta l’erba un fascio” e di includere nella applicazione della normativa *cfc* soggetti che, nonostante le loro particolari scelte di localizzazione, non configurano quelle pratiche elusive che la normativa vuole contrastare, con l’effetto di bloccare la libertà di determinazione dell’imprenditore, il quale si trova costantemente limitato nella internazionalizzazione della propria attività di impresa.

Lo strumento delle *cfc* rischia così di diventare, da un lato, uno strumento di “rimpatrio” delle attività⁽³⁷²⁾ e, dall’altro lato, uno strumento di disincentivo alla delocalizzazione per gli imprenditori che intendano strutturare la propria attività sottoforma di gruppo.

Nel primo caso, infatti, la *cfc legislation* finisce per colpire (come strumento “di rimpatrio”) coloro i quali avevano programmato la propria attività sulla base della previgente disciplina e che ora si trovano stretti nella morsa delle nuove esimenti, ciò per il solo fatto che la loro attività, ad esempio, seppure concretamente impiantata nel territorio di stabilimento, si rivolge ad un mercato internazionale e non già al mercato globale. E finisce per colpire altresì coloro i quali, avendo localizzato le proprie controllate in paesi *white list* confidando nella esclusione di tali territori dal raggio d’azione della disciplina, si trovano ora incastrati tra le maglie del nuovo comma 8 *bis*.

La disciplina sulle *cfc*, come oggi formulata, costituisce un evidente disincentivo per coloro i quali, volendo localizzare la propria attività su scala internazionale, debbono tener conto delle difficoltà connesse a questo nuovo regime, il quale

³⁷² In questi termini si veda M. Poggioli, “Scudo fiscale”, presunzione legale di evasione “per equivalente” e disciplina CFC, in AA.VV., *Scudo fiscale e azione di contrasto ai paradisi fiscali*, op. cit., p. 52.

comporta un aumento degli oneri amministrativi oltre che dubbi ed incertezze sul carico impositivo che può gravare sulla attività. Come abbiamo avuto modo di mettere in luce, anche il profilo procedimentale è un profilo capace di incidere, da un lato, sulla ragionevolezza della disciplina e, dall'altro lato, sulla sua compatibilità comunitaria. L'aspetto procedimentale, infatti, delinea le modalità attraverso le quali il contribuente ha la possibilità di offrire la prova contraria e dunque di sfuggire dalla applicazione di una disciplina che comporta effetti dirimpenti in punto di superamento delle regole sulla soggettività passiva.

Lo sviluppo dei gruppi italiani su scala internazionale, pertanto, risulta evidentemente condizionato se non addirittura compromesso.

Ciò accade a maggior ragione per tutte quelle attività nei confronti delle quali il legislatore - spinto dalla lotta ai paradisi fiscali e probabilmente anche (o soprattutto) da un interesse finanziario nazionale (legato ad esigenze di bilancio) - ha alzato una sorta di "barriera", ponendo un gravoso onere della prova a carico del contribuente. Il riferimento va a tutte quelle attività che, per effetto del nuovo comma 5 *bis* e del nuova comma 8 *bis*, sono marchiate fin dall'origine come attività generatrici di *passive income*.

L'effetto dirimpente di tale scelta normativa è di tutta evidenza giacché essa non tiene conto che vi è modo e modo di condurre l'impresa e che non sempre tali attività (di *holding*, di gestione di beni immateriali o di prestazione di servizi infragruppo) sono automaticamente sintomatiche di pratiche abusive volte alla fittizia distrazione di redditi mediante costruzioni artificiose. Da qui l'importanza di valutare, caso per caso, le attività esercitate dalle imprese controllate estere, anche

alla luce del substrato giuridico che governa i rapporti tra queste ultime ed i soggetti residenti che le controllano.

In questa prospettiva, è chiaro che, ad esempio, gestire un marchio non significa solamente incassare *royalties*. Gestire un marchio significa altresì occuparsi di tutte quelle particolari normative messe in campo per la gestione delle attività immateriali. Prime fra tutte, le normative sulla proprietà industriale.

Parimenti, esercitare l'attività di *holding* non significa solo e necessariamente incassare dividendi in modo "passivo", ma significa altresì esercitare una attività di coordinamento nei confronti del gruppo e, in taluni casi, svolgere servizi per le altre società. È dunque particolarmente rilevante analizzare il modo d'essere dell'impresa estera, valorizzando le strutture contrattuali adoperate ed altresì le concrete modalità di svolgimento della attività.

In definitiva, è evidente che la scelta normativa effettuata dal legislatore italiano rischia, laddove non venga rimeditata, di produrre a lungo termine effetti che si trovano in pieno contrasto rispetto agli obiettivi posti dal Trattato di Roma. Le libertà fondamentali, le quali sono state valorizzate quali strumenti per la creazione ed implementazione del mercato unico, vengono in tal modo ostacolate a fronte di uno strumento legislativo troppo incentrato sulle esigenze finanziarie nazionali e poco attento al ruolo economico che il tributo assume allorquando si abbracci la prospettiva europea.

La variabile fiscale, la quale dovrebbe atteggiarsi quale variabile neutrale nell'ottica dello sviluppo delle attività economiche e dunque del mercato unico⁽³⁷³⁾, diventa in

257 ³⁷³ Sul punto si veda A. Di Pietro, *Conclusioni*, in Id. (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 442, dove l'Autore evidenzia che «La legalità ed il consenso all'imposizione restano, così, prerogative nazionali, tant'è che non sono stati riconosciuti, esplicitamente e formalmente, dalla

questo caso uno strumento in grado di incidere pesantemente sulle scelte imprenditoriali, determinando una frammentazione del mercato medesimo, in pieno contrasto con gli obiettivi perseguiti con il Trattato di Roma.

Con ciò non s'intende affermare che le esigenze finanziarie nazionali non rivestono alcuna importanza. Ma tali esigenze devono essere correttamente bilanciate tenendo ben a mente che il nostro paese si inserisce, per gli impegni assunti in ambito europeo, in un quadro più ampio, dove la prospettiva del mercato e del suo corretto funzionamento assume un ruolo di primaria rilevanza.

*Costituzione come patrimonio giuridico dell'Unione. (...) la Costituzione non avrebbe potuto che confermare - (...) - il ruolo economico del tributo, che risale addirittura al Trattato Ceca: come fenomeno, insomma, che incide nella formazione dei prezzi e che influenza, tra l'altro, la circolazione delle merci. Un simile ruolo del tributo trova sostegno, anche se non fondamento, proprio nelle fonti del Trattato, che la Costituzione avrebbe voluto confermare. Rispetto a quelle tradizionali non può quindi sorprendere il deficit democratico - (...) - perché qui non valeva la logica del consenso al finanziamento pubblico, come in sede nazionale: piuttosto, si affermava l'esigenza di garantire il rispetto delle regole del mercato, evitandone l'alterazione per effetto delle scelte impositive nazionali. Rispetto alle fonti non previste dal Trattato, ma pure ignorate dal progetto di Costituzione, che si sono variamente affermate e che sono ricomprese generalmente come soft law, la logica ispiratrice è stata ancora quella del mercato: mantenere comunque gli obiettivi là dove la scarsa efficacia o il rifiuto nazionale delle fonti tradizionali ne avrebbe compromesso la realizzazione>>. Si veda inoltre M. Poggioli, *La "novella" nella disciplina CFC e il diritto dell'Unione Europea: armonia o conflitto*, op.cit., dove l'Autore chiarisce che, al fine di valutare la sintonia delle misure cfc con il diritto dell'Unione europea richiede una premessa legata al fatto che <<l'imposta stessa, immessa nella dimensione del diritto dell'Unione europea, smetta quella connotazione solidaristica e finanziaria che più la qualifica all'interno dell'assetto costituzionale nazionale per rivestire una funzione preminentemente economica, "curvata" secondo un modello di "neutralità", ovvero sia in maniera da non interferire con le dinamiche concorrenziali d'investimento del mercato>>.*

BIBLIOGRAFIA

P. ADONNINO, *La pianificazione fiscale internazionale*, in V. Uckmar (a cura di), *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, p. 63 ss

F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 2003

F. ANDREOLI, *Il rapporto dell'OCSE sulla concorrenza fiscale dannosa*, in Riv. Dir. Trib., 1999, IV, 7

P. ANELLO, *Controlled foreign companies rules: luci e ombre*, in Corr. trib., 2000, p. 161 ss

M. ANTONINI, *Note critiche sulla presunzione in tema di residenza fiscale di società ed enti introdotta dal DL 4 luglio 2006, n. 223*, Riv. dir. trib. 2006, IV, p. 178 ss

P. ANTONINI, *The compatibility of CFC legislation with tax treaties*, in Rassegna di fiscalità internazionale, n. 2/2004

F. ARAMINI, *Spese derivanti da operazioni con soggetti residenti in Stati o territori a regime fiscale privilegiato*, in Riv. Dir. trib. 2011, V, p. 92 ss.

F. ARDITO, *Commento all'art. 166 del Tuir*, in G. Tinelli (a cura di), *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, Padova, 2009, p. 1418 ss

F. ARDITO, *Commento all'art. 167 del Tuir*, in G. Tinelli (a cura di), *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, Padova, 2009, p. 1425 ss

F. AVELLA, *Antiabuso e direttive madre-figlia e interessi-royalties*, in G. MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario. Quaderni della Rivista di diritto tributario*, Milano, 2009, p. 339 ss

E. M. BAGAROTTO (a cura di), *La presunzione di residenza fiscale delle società <<esterovestite>>*, Padova, 2008.

E. M. BAGAROTTO, *La residenza delle società nelle imposte dirette alla luce della presunzione di "esterovestizione"*, Riv. dir. trib. 2008, I, p. 1155 ss

E. M. BAGAROTTO, *La compatibilità con l'ordinamento comunitario della disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dal <<decreto anti-crisi>>*, in *Giustizia Tributaria*, 1/2010

R. BAGGIO, *La perdita e l'acquisto della residenza fiscale: quadro d'insieme ed aspetti controversi*, *Riv. dir. trib.* 2006, I, p. 537 ss

R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009

R. BAGGIO, *Commento all'art. 117 Cost., sez. II*, in G. Falsitta (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo I. Diritto costituzionale tributario e Statuto del contribuente*, Padova, 2011, p. 399 ss

A. BALLANCIN, *La disciplina italiana del transfer price tra onere della prova, giudizi di fatto e l'(in)esistenza di obblighi documentali*, in *Rass. Trib.*, 2006, p. 1982 ss.

A. BALLANCIN, *Note ricostruttive sulla ratio sottesa alla disciplina italiana in tema di Controlled Foreign Companies*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, I, 13

A. BALLANCIN, *Note in tema di esteroinvestizione societaria tra criteri ricostruttivi della nozione di residenza fiscale e l'interposizione elusiva di persona*, Riv. dir. trib. 11/2008, p. 975 ss

A. BALLANCIN, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC ed il diritto comunitario*, Riv. Dir. Trib. 2010, p. 161 ss

A. BALLANCIN - G. BIZIOLI, *L'abuso del diritto tributario: profili internazionali ed europei*, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 187 ss

F. BALZANI, *Il transfer pricing*, in V. UCKMAR (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, p. 565 ss

M. BARASSI, *Profili comparati della residenza fiscale delle società. La esteroinvestizione*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla Relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, 2008, p. 315 ss (Quaderni della Rivista di diritto tributario, n. 2).

M. BASILAVECCHIA, *Elusione e abuso del diritto: una integrazione possibile*, in GT - Riv. giur.

trib. 2008, p. 741 ss

M. BEGHIN, *Atti di gestione "anomali" o "antieconomici" e prova dell'afferenza del costo all'impresa*, in Riv. dir. trib. 1996, I, p. 413 ss

M. BEGHIN, *La revisione del bilancio nella disciplina del "consolidato mondiale": profili funzionali e aspetti problematici della bozza di testo unico predisposta dal Ministero dell'economia e delle finanze*, in Riv. dir. trib. 2003, I, p. 579 ss.

M. BEGHIN, *Note minime a proposito dell'interpello <<obbligatorio>> nella disciplina del cd <<consolidato mondiale>>*, in Boll. Trib. n. 18/2003, p. 1285 ss.

M. BEGHIN, *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in Rass. Trib., 2007, p. 983 e ss.

M. BEGHIN, *L'elusione tributaria tra soiste interpretative sul concetto di "aggiramento" e conseguenti fenomeni di "illusione ottica" quanto all'asistematicità dei vantaggi fiscali conseguiti*, in Riv. dir. trib., 2007, II, p. 237 ss

M. BEGHIN, *Il predominio delle valide ragioni economiche e l'inesistente indagine sulla asistematicità dei vantaggi tributari generati dall'operazioni straordinaria*, in Riv. dir. trib., 2007, II, p. 636 ss.

M. BEGHIN, *Note critiche a proposito di un recente orientamento giurisprudenziale incentrato sulla diretta applicazione, in campo domestico, del principio comunitario di divieto di abuso del diritto*, in Riv. Dir. Trib., 2008, II, p. 465 ss.

M. BEGHIN, *Il problema dell'interpretazione delle norme di esenzione in una fattispecie di contrabbando doganale in presenza di agevolazioni fiscali "per contingente"*, in Riv. Dir. Trib., 2008, p. 559 ss.

M. BEGHIN – M. POGGIOLI, *La Cassazione legittima la rettifica della dichiarazione per diversità tra prezzo e valore*, in Corr. trib. n. 24/2008, p. 1943 ss

M. BEGHIN, *E' <<comportamento antieconomico>> l'attività di amministratore svolta senza percepire compensi?*, in Corr. trib. 12/2008, p. 955 ss

M. BEGHIN, *Perdite su crediti, antieconomicità dell'operazione e giudizio di inerenza*, in Corr. trib. 5/2008, p. 377

M. BEGHIN, *Spese di pubblicità e requisito dell'inerenza: una lampante svista giurisprudenziale*, in Riv. dir. trib. 2008, II, p. 378 ss

M. BEGHIN, *La disciplina del transfer pricing, tra profili sostanziali, profili procedimentali, fattispecie di evasione e abuso del diritto*, in G. GAFFURI – M. SCUFFI (a cura di), *Lezioni di diritto tributario sostanziale e processuale*, (Atti dei Corsi di perfezionamento e di alta formazione permanente per magistrati tributari e professionisti abilitati al patrocinio avanti al giudice tributario), Milano, 2009, p. 347 ss.

M. BEGHIN, *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in G. Maisto (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario: orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, Milano, 2009, p. 23 ss.

M. BEGHIN, *L'abuso del diritto nella indefettibile prospettiva del «vantaggio fiscale»*, in Corr. trib., 2009, 2325 ss.

M. BEGHIN, *Abuso del diritto nelle operazioni internazionali*, in Corr. Trib., 12/2010, p. 957 ss

M. BEGHIN, *Diritto tributario. Principi, istituti e strumenti per la tassazione della ricchezza*, Torino, 2011

M. BEGHIN, *Gli enti collettivi di ogni tipo <<non operativi>>*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2012, p. 689 ss

B. BELLÈ, *Commento all'art. 115 tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo III. Tuir e leggi complementari*, Padova, 2010, p. 628 ss

B. BELLÈ, *Commento all'art. 116 tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo III. Tuir e leggi complementari*, Padova, 2010, p. 637 ss

E. BELLI CONTARINI, *Punti fermi (e non) in tema di deducibilità delle spese relative ad operazioni con soggetti residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata*, in *Riv. Dir. trib.* 2007, I, p. 795 ss

E. BIDOGLIA, *L'imputazione del reddito derivante da partecipazioni di controllo in imprese estere (Controlled foreign companies legislation)*, in *Boll. Trib.*, 2011, p. 1048 ss

G. BIZIOLI, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla*

presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla Relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, 2008, p. 223 ss (Quaderni della Rivista di diritto tributario, n. 2)

G. BIZIOLI, *Il divieto di discriminazione fiscale*, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 143 ss

M. BOIDI – E. LENTI, *La tassazione dei redditi delle Sci francesi e monegasche oggetto di "scudo fiscale"*, in *Il Fisco 2010*, p. 3465 ss

P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, Milano, 1996

P. BORIA, *L'anti-sovrano. Potere tributario e sovranità nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2004

P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010

P. BRACCO, *CFC legislation e trattati internazionali: le recenti integrazioni al Commentario Ocse e il loro valore ermeneutico*, *Riv. Dir. trib.*, 2004, I, 179

VASCO BRANCO GUIMARAES, *The Economic Integration, Eu Law and the Constitutional Principles*, in Y. Edrey - M. Greggi (a cura di), *Bridging a Sea. Constitutional and supranational limitations to taxing power of the states across the mediterranean sea*, Roma, 2010, p. 135 ss.

M. BRUZZONE, *L'interpello per le <<CFC>>*, in *Corr. Trib.*, 2002, 113

R. CALVO ORTEGA, *Uguaglianza e non discriminazione*, in A. Di Pietro (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 219 ss

E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000

P. CARABELLESE, *Lo stato attuale delle normative sulle <<controller foreign corporations>> nell'Unione Europea*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, III, 510

I. CARACCIOLI, *Transfer pricing e responsabilità delle società*, in *Il Fisco*, 2004, p. 2938 ss.

I. CARACCIOLI, *Applicazioni giurisprudenziali tributarie dell' "esterovestizione": preliminari considerazioni penalistiche a futura memoria*, *Riv. dir. trib.* 7-8/2008, p. 104 ss

A. CARINCI, *Le riorganizzazioni societarie e le imposte sui redditi. Il regime comunitario*, in A. Di Pietro (a cura di), *Lo stato della fiscalità nell'Unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, Tomo II, 2003, p. 509 ss.

A. CARINCI, *Il diritto comunitario alla prova delle exit tax, tra limiti, prospettive, e contraddizioni*, in *Studi Tributari Europei*, 1/2009

A. CARINCI, *Il diritto comunitario alla prova delle exit taxes, tra limiti, prospettive, e contraddizioni*, in *Studi Tributari Europei*, 1/2009.

S. CARMINI, *Il diritto tributario comunitario e la sua attuazione in Italia*, Padova, 2002

L. CARPENTIERI - R. LUPI - D. STEVANATO (a cura di), *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003

L. CARPENTIERI, *Commento all'art. 167 del Tuir*, in Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo III. Tuir e leggi complementari*, Padova 2010

L. CARPENTIERI, *Commento all'art. 168 del Tuir*, in Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo III. Tuir e leggi complementari*, Padova 2010

P. CENTORE, *Imprese all'estero, prelievo sospeso*, *Il sole24ore* del 5 febbraio 2012

F. CERIANA – A. TOMASSINI, *Nuovi ingressi nella UE e legislazione CFC*, in *Rass. Trib.*, 2007, p. 794 ss.

V. CERIANI, *Problemi attuali dell'imposizione sulle società*, in *Rass. trib.* n. 5/2006, p. 1605 ss.

S. CIPOLLINA, *I confini giuridici nel tempo presente. Il caso del diritto fiscale*, Milano, 2003

S. CIPOLLINA, *CFC Legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2007, II, 3

A. COLLI VIGNARELLI, *Pratica abusiva e autonomia contrattuale: un ulteriore contributo della Corte di Giustizia UE*, *Rass. trib.* n. 6/2011, p. 1616 ss

R. CORDEIRO GUERRA, *Prime osservazioni sul regime fiscale delle operazioni concluse con società*
270

domiciliate in paesi o territori a bassa fiscalità, in Riv. dir. trib. 1992, I, p. 277 ss

R. CORDEIRO GUERRA, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducendo disciplina delle controller foreign companies (art. 127-bis del Tuir)*, in Rass. Trib., 2000, 1399

R. CORDEIRO GUERRA, *La disciplina del transfer price nell'ordinamento italiano*, in Riv. dir. trib. 2000, I, p. 421 ss

R. CORDEIRO GUERRA, *La nuova definizione di "regime fiscale privilegiato" nell'ambito della disciplina in tema di controller foreign companies e di componenti negative derivanti da operazioni con imprese estere*, in Rass. Trib. 6/2000, 1788

R. CORDEIRO GUERRA, *Le imprese estere controllate e collegate*, in F. Tesauro (a cura di), *Imposta sul reddito delle società*, Bologna, 2007, p. 961 ss.

LEDA RITA CORRADO, *Elusione tributaria, abuso del diritto (comunitario) e inapplicabilità delle sanzioni amministrative*, in Riv. Dir. Trib., 2010, 551

P. CRESTANELLO – P. E. DALLA LIBERA, *La delocalizzazione produttiva all'estero nell'industria*

della moda: il caso di Vicenza, in *Economia e Società Regionale*, 2/2003, p. 5 ss

P. CRESTANELLO – G. TATTARA, *Connessioni e competenze nei processi di delocalizzazione delle industrie venete di abbigliamento calzature in Romania*, in *Economia e Società Regionale*, 2/2005, p. 64

E. DELLA VALLE, *Tassazione degli utili della società estera controllata e rispetto del diritto di stabilimento*, in *Corr. trib. n. 42/2006*, p. 3348 ss

E. DELLA VALLE, *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, *Riv. dir. trib.* 2/2009, p. 133 ss

E. DELLA VALLE, *Commento all'art. 110 Tuir*, in G. Tinelli (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle imposte sui redditi*, Padova, 2009, p. 1022 ss.

G. D'ANGELO, *La Corte di Giustizia respinge ancora l'applicazione della clausola della nazione più favorita all'interno del Mercato unico*, in *Rass. Trib.*, 2008, p. 568 e ss.

L. DEL FEDERICO, *Autorità e consenso nella disciplina degli interpelli fiscali*, in AA.VV., *Profili*

autoritativi e consensuali del diritto tributario (a cura di S. La Rosa), Milano, 2008, 171

C. DE PIETRO, *Compatibilità comunitaria di exit tax su partecipazioni rilevanti*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 1377 ss.

A. DI PIETRO, *La nuova disciplina Ires: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, in *Riv. dir. trib.* 2004, p. 593 ss

A. DI PIETRO – A. CARINCI, *Un intervento in linea con l'Europa*, *Il sole24ore* del 18 agosto 2006

A. DI PIETRO (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, Padova, 2008

A. DI PIETRO, *Passato e futuro dell'exit tax*, in *Studi Tributari Europei*, 1/2009.

R. DOMINICI, *Lo spirito della legislazione CFC e i suoi intrecci con la deducibilità dei costi verso paradisi fiscali*, *Dial. dir. trib.*, 2005, 1190.

S. DORIGO, *Il limite massimo dell'imposizione nel diritto internazionale e dell'Unione europea ed i*

suoi effetti nell'ordinamento italiano, in Riv. dir. trib., 2011, p. 41 ss.

A. DRAGONETTI - V. PIACENTINI - A. SFONDRINI, *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2010, 1245

S. DUS - N. MURATORI, *Interrogativi in tema di imputazione ai soci residenti di redditi di società ubicate in paesi a bassa fiscalità*, in Rass. Trib., 5/2000, 115

G. FALSITTA, *I principi di capacità contributiva e di eguaglianza tributaria nel diritto comunitario e nel diritto italiano tra "ragioni del fisco" e diritti fondamentali della persona*, in Riv. Dir. Trib., 2011, I, p. 519 ss, Postilla a L. Paverini, *Presupposto, soggettività passiva e capacità contributiva nelle accise: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in Riv. Dir. Trib., 2011, I, p. 449 ss.

G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2010

G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2012

G. FALSITTA, *Giustizia distributiva, principio di proporzionalità e federalismo nell'opera di Dante*

Alighieri, Skira, s.d.

A. FANTOZZI – K. VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, in *Dig. disc. Priv, sez. com.*, I, 1990

A. FANTOZZI, *Il Diritto tributario*, Torino, 2003

A. FANTOZZI, *Sindacabilità delle scelte imprenditoriali e funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Riv. dir. trib.* 2003, II, p. 553 ss

A. FANTOZZI – A. SPOTO, *Prime osservazioni in tema di trasparenza fiscale delle società di capitali*, in *Riv. dir. trib.* 2003, I, p. 685 ss

A. FANTOZZI, *Dalla non discriminazione all'eguaglianza in materia tributaria*, in A. DI PIETRO (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 193 ss

A. FEDELE, *Riorganizzazione delle attività produttive e imposizione tributaria*, *Riv. Dir. trib.* 5/2000, p. 485 ss

A. FEDELE, *La direttiva <<madre-figlia>> e la disciplina attuativa come complesso normativo unitario e sistematico: i criteri interpretativi*, in *Rass. trib.* n. 5/2001, p. 1256 ss

V. FICARI, *Trasferimento della sede all'estero, continuità della destinazione imprenditoriale e contrarietà al trattato CE dell'"exit tax" sulle plusvalenze latenti*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 2129.

C. FONTANA, *Deducibilità fiscale di donazioni provenienti da patrimoni aziendali, restrizioni discriminatorie della libera circolazione dei capitali per motivi imperativi di interesse generale e violazioni del principio di proporzionalità*, in *Riv. dir. trib.* 9/2011, p. 233 ss

A. FRANCO, *Trasferimento di società dall'estero verso l'Italia, regime delle perdite ed ingresso di Controlled Foreign Company nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009, p. 264 ss.

G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004

G. FRANSONI, *La determinazione del reddito delle stabili organizzazioni*, in *Rass.trib.* 2005, 73 ss.

G. FRANSONI, *Esigenze sistematiche e finalità antielusive della disciplina sui fondi immobiliari chiusi*, *Corr. trib.* 2008, p. 3858 ss

G. FRANSONI, *L'Agenzia delle entrate illustra la non impugnabilità delle risposte agli interpelli*, in *Corr. trib.* 14/2009, p. 1131 ss

G. FRANSONI, *L'errore di fondo e le <<ragioni>> del Fisco*, in *Dial. trib.* n. 4/2009

R. FRANZÈ, *Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti controllati non residenti (c.d. "Controlled Foreign Companies legislation")*, in V. Uckmar (coordinato da), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002, 769 ss

R. FRANZÈ, *Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti partecipati residenti o localizzati in paradisi fiscali*, in AA.VV. *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, 927. (sulla ratio)

S. FUCILE, *Riflessioni in tema di impugnabilità del diniego di disapplicazione di una norma antielusiva*, *Riv. dir. trib.* n. 9/2011, p. 421 ss

S. FURIAN - F. GALLIO, *Note sulla risoluzione n. 67/E del 30 marzo 2007: verso un primo riconoscimento, da parte dell'Agenzia delle Entrate, sul recepimento dei valori correnti in caso di trasferimento di sede dall'estero in Italia (ma solo se c'è exit tax)*, *Il Fisco* n. 36/2007 p. 5292 ss

S. FURIAN - F. GALLIO, *Alcuni effetti del trasferimento della sede in Italia*, *Il Fisco* 18/2009, p. 2887 ss

A. M. GAFFURI, *La nuova disciplina in tema di documentazione dei "prezzi di trasferimento"*, in *Rass. trib.* 6/2011, p. 1444 ss

A.M. GAFFURI, *Le nuove norme sulle CFC e la libertà di scelta dell'imprenditore riguardo al luogo di svolgimento dell'attività economica*, in corso di pubblicazione negli Atti della giornata di studio in onore del Prof. Gaspare Falsitta, svolta a Padova, presso la Facoltà di Giurisprudenza il 13 febbraio 2009

F. GALLO, *Mercato unico e fiscalità: aspetti del coordinamento fiscale*, in AA.VV., *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, Milano, 2001

F. GALLO, *Ordinamento comunitario e principi fondamentali tributari*, Napoli, 2006

C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2008

A. GARCEA – R. LUPI, *Trasferimenti intragruppo in neutralità e <<transfer price>> interno*, in *Dialoghi di dir. trib.* 2005, p. 195 ss

S. GARUFI, *La nuova disciplina delle CFC*, in *Rass. Trib.*, 2010, p. 619 ss.

C. GIANELLE, *Il Veneto che produce all'estero: una ricerca empirica sulla delocalizzazione delle imprese di abbigliamento*, in *Economia e Società Regionale*, ...2005, 38.

S. GIANNINI, *Mercato interno e fiscalità: aspetti economici*, in AA.VV., *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, Milano, 2001

A. GIOVANNINI, *Gruppi di società*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, in G. Tesauro (a cura di), *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, Torino, 1996

A. GIOVANNINI, *L'interpello preventivo all'Agenzia delle entrate (C.F.C. e Statuto dei diritti del contribuente)*, in *Rass. Trib.* 2/2002, 449

E. GOMIRATO, *La delocalizzazione dell'abbigliamento in Romania: il caso Stefanel*, in *Economia e Società Regionale*, 2/2004, 66

M. GREGGI, *Recenti sviluppi e questioni di compatibilità comunitaria delle disposizioni di contrasto al fenomeno della cosiddetta "estero vestizione" societaria*, in *Rass. Trib.*, 1/2009, 105

M. GREGGI, *Riflessi fiscali della mobilità all'interno della UE: per un nuovo Nomos europeo*, in *Studi Tributari Europei*, 1/2009.

H. GRIBNAU, *Per una maggiore legittimazione della soft law nel diritto tributario dell'Unione Europea*, in A. Di Pietro (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 153
ss

S. GRILLI, *Le costruzioni di puro artificio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: considerazioni in tema di effettiva attività economica*, in *Rass. trib. n. 4/2008*, p. 1169 ss.

A.M. GULINO – R. LUPI – D. STEVANATO, *Il sindacato del fisco sui compensi degli associati in partecipazione*, in *Dialoghi di dir. trib.* 2007, p. 659 ss

A. IANNACCONE, *La dimostrazione della "prima circostanza esimente" per disapplicare la normativa CFC e l'art. 110, comma 10 del Tuir: è giustificata un'assimilazione delle due norme e quale importanza hanno le interrelazioni dei soggetti non residenti con il "mercato locale" del paese*

estero?, Riv. Dir. Trib., 2009, V, 112 ss.

A. IANNACCONE, *La deducibilità dei costi black list: sulla rilevanza dell' 2effettivo interesse economico di gruppo" e sulla tassazione congrua all'estero*, Riv. Dir. trib. 2010, V, p. 75 ss

E. IASCONE, *La residenza fiscale delle società: il caso delle holding di partecipazioni*, in Riv. dir. trib. 2008, V, p. 181 ss

G. INGRAO, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla Relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, 2008, p. 255 ss (Quaderni della Rivista di diritto tributario, n. 2).

G. INGRAO, *Il regime fiscale delle perdite su crediti da rinunce e il sindacato dell'Amministrazione sull'economicità delle operazioni aziendali*, in G.T. - Riv. giur. trib. n. 3/2008, p. 209 ss

G. INGRAO, *D.L. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?*, Rass. trib. 1/2010, p. 87 ss

M. INVINALE - E. MARCHI, *Le forme di limitazione del diritto di stabilimento e della libera*

circolazione dei capitali, in A. Di Pietro (a cura di), *Lo stato della fiscalità nell'Unione Europea*, Tomo II, 2003, p. 1073 ss.

S. LA ROCCA, *L'indeducibilità di spese e componenti negativi di reddito derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti in Paesi a fiscalità privilegiata*, *Dir. prat. trib. int.*, 2002, II, p. 302 ss

S. LA ROSA, *L'interpello obbligatorio*, *Riv. dir. trib.* 7-8/2011, p. 711 ss.

M. LEO, *Le imposte sui redditi nel testo unico. Tomo II*, Milano, 2010

S. LORENZONI, *Effetti della delocalizzazione internazionale nei sistemi locali*, in *Economia e Società Regionale*, 1/2003, p. 142

R. LUPI, *A proposito di inerenza...il fisco può entrare nel merito delle scelte imprenditoriali?*, in *Riv. dir. trib.* 1992, II, p. 940 ss

R. LUPI, *L'Amministrazione finanziaria alla prova della globalizzazione*, in *Rass. Trib.* 1999, 1127

R. LUPI, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in *Rass trib.* 6/2000, p. 1730 ss

R. LUPI, *Equivoci in tema di sindacato del fisco sull'economicità della gestione aziendale*, in *Rass. trib.* 2001, p. 211 ss

R. LUPI, *L'inerenza e il sindacato delle scelte imprenditoriali sul versante dei costi*, in F. Crovato -

R. Lupi (a cura di), *Il reddito d'impresa*, Milano, 2002, p. 85 ss

R. LUPI, *Concorrenza tra ordinamenti, Comunità europee e prelievo tributario*, in *Rass. trib.*, 3/2004

R. LUPI, *Illegittimità delle regole CFC se rivolte a Paesi comunitari: punti fermi e sollecitazioni sulla sentenza Schweppes*, *Dial. dir. trib.*, 2006, 1591

R. LUPI, *Un'arma spuntata (in caso di convenzioni) e forse compatibile con la Pex*, in *Dial. dir. trib.* 2006, p. 1018 ss

R. LUPI, *Crediti verso clienti, interessi attivi ed economicità della gestione aziendale*, in *Corr. trib.*

6/2008, p. 465 ss

R. LUPI, *Diritto tributario. Oggetto economico e metodo giuridico nella teoria della tassazione analitico-aziendale*, Milano, 2009

A. LUPOI, *Spunti su trust e art. 127 bis del Testo unico delle imposte sui redditi*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2002, 221

M. MAGENTA, *Incompatibilità della normativa CFC con le disposizioni convenzionali (Francia)*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, III, 254

G. MAISTO, *Il <<transfer price>> nel diritto tributario e comparato*, Padova, 1985

G. MAISTO, *Il regime tributario delle operazioni intercorrenti tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato*, in *Riv. dir. trib.* 1991, I, p. 757 ss

G. MAISTO, *Il regime di imputazione dei redditi delle imprese partecipate (cd. Controlled Foreign Companies)*, in *Riv. Dir. Trib.* 2000, IV, p. 39 ss

G. MAISTO, *L'estensione della normativa CFC alle <<imprese estere collegate>>*, in Riv. dir. trib. 2005, IV, p. 241 ss

G. MAISTO, *Il metodo delle liste positive (white list) e negative (black list) ai fini dell'imposizione nei rapporti con Stati aventi regime fiscale privilegiato*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla Relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, 2008, p. 291 ss (Quaderni della Rivista di diritto tributario, n. 2).

G. MAISTO – P. PISTONE, *Modello europeo per le legislazioni degli Stati membri in materia di imposizione fiscale delle società controllate estere (CFC)*, in Riv. dir. trib. 2008, n. 11, p. 191

G. MAISTO, *Norme anti-elusive, abuso del diritto e convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni sul reddito*, in ID. (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, 2009, p. 277 ss.

A. MANZITTI, *Modifiche alle regole CFC e <<costruzioni di puro artificio>>*, in Dial. dir. trib. n. 4/2009.

I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965

P. MARCHESSOU, *Uguaglianza e proporzionalità nel diritto tributario*, in A. DI PIETRO (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 237 ss

G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999

G. MARINO, *Residenza fiscale, libertà fondamentali e normative antielusive nazionali*, Riv. dir. trib. int. 2/2001, p. 195 ss

G. MARINO, *La considerazione dei "paradisi fiscali" e la sua evoluzione*, in V. Uckmar (a cura di) *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, 873 ss

G. MARINO - R. LUPI, *Quale valore sistematico per le nuove disposizioni sulla residenza in Italia delle "holding estere"?*, Dial. dir. trib. 2006, p. 1013 ss

G. MARINO, *Le holding italiane nella concorrenza fiscale internazionale: cronaca di una morte annunciata*, in Dial. dir. trib. 2006, p. 1016 ss

G. MARINO, *Paradisi societari e paradisi fiscali: norme di contrasto o contrasto tra norme?*, in Riv.

Dir. Trib., 2007, p. 967 ss.

G. MARINO, *Paradisi fiscali: dalle black list alle white list, dallo scambio di informazioni, alla ricettazione di informazioni*, in G. Franson (a cura di), *Finanziaria 2008: saggi e commenti*. Quaderni della Rivista di diritto tributario n. 1, Milano, 2008, p. 213 ss.

G. MARINO, *Relazioni di controllo e attività di impresa*, in Riv. Dir. Trib. 2009, I, 851.

G. MARINO, *Recessione internazionale e sostegno fiscale dell'economia: i <<tremonti dividend>>*, in Corr. Trib., 2009, p. 1064 ss.

G. MARINO, *Paradisi e paradossi fiscali*, Milano, 2009

G. MARINO, *La cooperazione internazionale in materia tributaria, tra mito e realtà*, in Rass. Trib., 2010, p. 433 ss.

G. MARINO, *La presuntuosa disciplina CFC e le incongruenze delle sue esimenti*, in corso di pubblicazione negli Atti della giornata di studi in onore del Prof. Gaspare Falsitta, svolta presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova il 13 febbraio 2009

G. MARINO, *La nozione di mercato nella disciplina CFC: verso una probatio diabolica?*, Riv. dir. trib. n. 12/2011, p. 1113 ss

G. MARONGIU, *Imprese estere partecipate: prime riflessioni sulle circostanze escludenti l'imputazione dei redditi ai soggetti controllanti*, in Dir. Prat. Trib., 2001, I, 137 ss.

S. MAYR – G. FORT, *Compatibilità delle norme «CFC» con le Convenzioni internazionali*, in Corr. trib. 2001, p. 643 ss;

N. MAZZA, *Nozione di "controllo" nella disciplina delle "CFC". Profili di sistema*, in Il Fisco, 2002, 10181

G. MELIS – R. MICELI, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia delle Comunità europee nel diritto tributario: spunti dalla giurisprudenza relativa alle direttive sull'imposta sui conferimenti e sull'Iva*, in Riv. dir. trib. 2003, I, p. 111 ss.

G. MELIS, *Motivazione e argomentazione nelle sentenze interpretative della Corte di Giustizia in materia tributaria: alcuni spunti di riflessione*, in Rass. trib. n. 2/2005, p. 401 ss

G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, in *Rass. trib.*, 2008, p. 1486 ss.

G. MELIS, *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi. Profili critici e ipotesi ricostruttive*, Roma, 2008

G. MELIS, *Trasferimento della residenza all'estero ed elusione fiscale*, in G. MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario. Quaderni della Rivista di diritto tributario*, Milano, 2009, p. 231 ss

G. MELIS, *Commento all'art. 165 tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo III. Tuir e leggi complementari*, Padova, 2010, p. 806 ss

G. MELIS, *Commento all'art. 166 tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo III. Tuir e leggi complementari*, Padova, 2010, p. 813 ss

G. MELIS, *L'interpretazione del diritto tributario europeo e internazionale*, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 15 ss

G.T.K. MEUSSEN, *Cadbury Schweppes: the Ecg significantly limits the application of CFC rules in the Member States*, in *European Taxation* 1/2007, p. 13 ss;

M. MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa*, Milano, 1993

S. MICOSSI – P. PARASCANDOLO, *La tassazione delle imprese multinazionali all'interno dell'Unione europea: spunti per una revisione*, in *Studi Tributari Europei*, 1/2010.

L. MIELE – M. MIELE, *Legittima la "exit tax" solo se a riscossione differita*, in *Corr. trib.* 2/2012, p. 113 ss.

A. MONDINI, *Coerenza fiscale e principio di proporzionalità: crisi del sistema o dell'armonizzazione?*, in *Riv. dir. fin.*, 2007, p. 41 ss.

F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973

F. MOSCHETTI, *I principi di giustizia fiscale della Costituzione italiana, per "l'ordinamento giuridico in cammino" dell'Unione europea*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2010, p. 427 ss.

G. MOSCHETTI, *Di un caso di "sproporzionato" rigore interpretativo: a proposito di costi con imprese site in Paradisi fiscali e di possibilità correttive*, in Riv. dir. trib. 2006, I, p. 979 ss

F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010

F. NANETTI, *Italy's controlled foreign companies legislation*, in Bulletin for international fiscal documentation, 2000, p. 281 ss

F. NANETTI, *Profili internazionalistici della CFC italiana*, in Riv. Dir. Trib., 2001, I, 641

M. NUSSI, *Profili ricostruttivi della disciplina delle CFC*, in Tributimpresa n. 3/2005

F. PADOVANI, *La disapplicazione delle norme antielusive specifiche: riflessioni sulla tutela processuale del contribuente*, in Rass. trib. n. 5/2011, p. 1175 ss

G. PALUMBO, *Imposizione di gruppo, sconti commerciali tra capogruppo e controllate e disciplina del transfer pricing*, in Il Fisco, 2003, p. 6248 ss.

A. PANIZZOLO, *Il principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali in diritto tributario: conferme e limiti*, in GT – Riv. giur. trib. n. 8/2001, p. 1033 ss

S. PANSIERI, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2010, p. 61 ss

M. PENNESI – C. BENIGNI, *Esterovestizione: la sede dell'amministrazione determina la residenza fiscale*, in Corr. trib. n. 24/2012, p. 1878 ss

L. PERRONE, *Problemi vecchi e nuovi in materia di imposizione sul reddito delle società e degli enti non residenti*, in Rass. Trib., 5/2001, 1227

P. PIANTAVIGNA, *Abuso del diritto e fiscalità nella giurisprudenza comunitaria: un'ipotesi di studio*, in Riv. Dir. Fin., 2009, p. 369

M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2001.

F. PISTOLESI, *Gli inerpelli tributari*, Milano, 2007.

F. PISTOLESI, *Le istruzioni dell' Agenzia delle Entrate sulla impugnabilità delle risposte agli interPELLI*, Riv. Dir. Trib. 2009, II, 854 ss

P. PISTONE, *Normativa Cfc, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, in *Tributimpresa*, 2005, 47 ss

P. PISTONE, *L'abuso delle Convenzioni internazionali in materia fiscale*, in V. Uckmar (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, p. 813 ss

P. PISTONE, *Il divieto di abuso come principio del diritto tributario comunitario e la sua influenza sulla giurisprudenza tributaria nazionale*, in G. MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*. Quaderni della Rivista di diritto tributario, Milano, 2009, p. 311 ss

A. PITTEN VELLOSO, *Eguaglianza tributaria e proporzionalità*, in Riv. dir. trib., 2006, I, p. 821 ss.

B. E. PIZZONI, *La compatibilità delle exit tax con il diritto comunitario*, in Riv. dir. trib. 2005, III, p. 38 ss

M. POGGIOLI, *Il carattere "preventivo" del ruling in punto di operazioni con imprese domiciliate nei cc.dd. paradisi fiscali e la problematica ponderazione dell'effettivo interesse economico*, in Riv. Dir. Trib. 2008, II, p. 47 ss.

M. POGGIOLI, *"Scudo fiscale", presunzione legale di evasione "per equivalente" e disciplina CFC*, in AA.VV., *Scudo fiscale e azione di contrasto ai paradisi fiscali*, 2009, p. 43 ss.

M. POGGIOLI, *Presunzione di evasione "per equivalente": profili procedurali e rischi di retroattività*, in Corr. trib., 2010, p. 585 e ss.

M. POGGIOLI, *La "novella" nella disciplina CFC e il diritto dell'Unione Europea: armonia o conflitto?*, in Il Commercialista Veneto, 196/2010, p. 5 e ss.

M. POGGIOLI, *Il principio comunitario del divieto di abuso e la sua incidenza sull'ordinamento tributario nazionale. Spunti di riflessione*, in Atti del Convegno <<La nullità civilistica come strumento generale antielusivo>> tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova, allegato a Il Fisco, n. 43/2006, p. 15037 e ss.

M. POGGIOLI, *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia d'Iva e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale*

antielusiva di matrice comunitaria?, Riv. dir. trib., 2006, III, p. 122 e ss.

M. POGGIOLI, *Appunti sul regime di tassazione per trasparenza intersocietario di cui all'art.115 t.u.i.r.: profili funzionali, aspetti applicativi e risvolti problematici*, in Dir. Prat. Trib., 2006, p. 47 ss.

M. POGGIOLI, *Il modello comunitario della "pratica abusiva" in ambito fiscale: elementi costitutivi essenziali e forza di condizionamento rispetto alle scelte legislative ed interpretative nazionali*, in Riv. Dir. Trib., 2008, IV, p. 252 ss.

G. PORCARO, *Trasferimento di sede all'estero*, in R. Lupi – D. Stevanato (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002

C. RICCI, *Exit taxes tra diritto di cittadinanza e libertà di stabilimento: il caso Hughes De Lasteyrie Du Saillant*, in Riv. Dir. Fin. Sc. Fin. 2004, p. 95 ss

C. ROMANO, *Sull'illegittimità delle imposizioni fiscali connesse al trasferimento di residenza all'interno dell'Unione Europea*, in Rass. trib. 4/2004, p. 1291 ss

P. ROSSI, *Aperta la via della concorrenza fiscale in ambito UE. Per la Corte UE, le regole CFC configgono con la libertà di stabilimento*, in *Il Fisco* n. 36/2006, p. 5580 ss

C. ROTONDARO, *Note minime in tema di compatibilità dei regimi CFC con il diritto comunitario. Alcune riflessioni sul caso italiano*, in *Riv. dir. trib.* 5/2000, p. 517 ss

C. ROTONDARO, *Alcune implicazioni della sentenza Centros ovvero sulla compatibilità dell'istituendo regime CFC italiano con il diritto comunitario*, in *Riv. Dir. trib. int.*, 2001, IV, 387

G. RUSSO, *Transfer pricing interno, valore normale e deducibilità delle componenti negative di reddito*, in *Riv. dir. trib.* 2003, II, p. 361 ss

M. RUSSO, *La territorialità*, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 81 ss

P. RUSSO, *L'ampliamento della giurisdizione tributaria e del novero degli atti impugnabili: riflessi sugli organi e sull'oggetto del processo*, in *Rass. trib.*, 2009, 1551

C. SACCHETTO, in AA.VV., *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, Milano, 2001

C. SACCHETTO, *L'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel paese di residenza*, in Riv. dir. trib. int. 2001, p. 35 ss

C. SACCHETTO – S. PLEBANI, *Compatibilità della legislazione CFC italiana con le norme convenzionali e con l'ordinamento comunitario*, in Dir. prat. trib. Internazionale, 2002, 13 ss

C. SACCHETTO (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011

C. SALLUSTIO, *Il regime fiscale dei beni in entrata in occasione del trasferimento di residenza fiscale transfrontaliero. Profili nazionali e comunitari*, in Riv. dir. trib. 2011, p. 829 ss.

B. SANTACROCE, *La politica di concorrenza nella Ue*, in *Lo stato della fiscalità nell'unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione* (coordinato da A. Di Pietro), 2003. Tomo II

C. SCALINCI, *Contestazione e non contestazione dei costi c.d. da black list: deducibilità e procedimento, tra sanzioni proprie e improprie*, in Giur. merito 2007, p. 1819 ss

R. SCHIAVOLIN, *Comportamento "antieconomico" dell'imprenditore e potere di accertamento*

dell'amministrazione finanziaria, in *Giur. imp.* N. 1/2004, p. 245 ss

R. SCHIAVOLIN, *Aspetti sistematici della norma*, in E.M. Bagarotto (a cura di), *La presunzione di residenza fiscale delle società <<esterovestite>>*, Padova, 2008, p. 31 ss

R. SCHIAVOLIN, par. XXXIV del Commento all'art. 53 Cost., in G. Falsitta (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo I. Diritto costituzionale tributario e Statuto del contribuente*, Padova, 2011, p. 245

F. SCHIAVONE, *Un caso meridionale di delocalizzazione produttiva. Finalità, strategie e ipotesi*, in *Economia e Società Regionale*, 3/2004, p. 67

R. SEER, *Le fonti del diritto comunitario ed il loro effetto sul diritto tributario*, in A. Di Pietro (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 31 ss

C. SOZZI, *In tema di libertà di stabilimento ed exit taxes: il caso "De Lasteyrie"* (nota a Corte di Giust. CE, 11 marzo 2004, C-9/02), in *Tributimpresa* n. 3/2005

D. STEVANATO, *Rettifiche dei corrispettivi infragruppo e transfer pricing "interno"*, in *Rass. trib.*

1999, fasc. 1, p. 235 ss

D. STEVANATO, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Riv. Dir. Trib. 2000, I, 776 ss

D. STEVANATO, *Il controllo delle <<CFC>> ed i diritti di voto spettanti ai familiari*, in Corr. Trib., 2002, 1419

D. STEVANATO, *L'indeducibilità dei compensi <<abnormi>> agli amministratori-soci*, in Corr. trib. 7/2002, p. 597 ss

D. STEVANATO, *La delega fiscale e la CFC Legislation*, in Il Fisco, 2002, 7082

D. STEVANATO, *Servizi infragruppo resi da società a regime fiscale privilegiato ed indeducibilità dei costi*, in Corr. trib. 2003, p. 700 ss

D. STEVANATO, *Fisco e delocalizzazione*, in *Economia e Società Regionale*, 3/2004, p. 85.

D. STEVANATO, *La presunzione di residenza delle società estero vestite: prime riflessioni critiche*, 299

Corr. trib. 37/2006, p. 2952 ss

D. STEVANATO, *Il <<dover essere>> fiscale e la tassazione dei redditi figurativi*, in *Dialoghi trib.* n. 2/2008, p. 34 ss

D. STEVANATO, *Lo strumento tributario contro la delocalizzazione*, in *Dial. Trib.*, 4/2009, p. 358 ss.

D. STEVANATO, *Delocalizzazioni produttive e metamorfosi della disciplina CFC: dalla tassazione dei passive income alla penalizzazione dei passive income*, in *Dialoghi tributari* 2009, p. 358 ss

P. TARIGO, *La doppia imposizione giuridica internazionale come fattispecie disciplinata nei trattati bilaterali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009, I, 901 ss.

T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Milano, 2007

T. TASSANI, *Trasferimento di residenza ed exit tax nel diritto comunitario: l'esperienza italiana*, in *Studi Tributari Europei*, 1/2009.

G. TATTARA – G. CORÒ – M. VOLPE, *Andarsene per continuare a crescere. La delocalizzazione internazionale come strategia competitiva*, Roma, 2006

B.J.M. TERRA – P.J. WATTEL, *European Tax Law*, 5° ed., 2008

F. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nel coordinamento della tassazione delle società*, in *TributImpresa* 2004, 1, p. 3 ss

F. TESAURO, *Gli atti impugnabili e i limiti della giurisdizione tributaria*, in *Giust. Trib.* 2007, 15

B. TESSA, *I dividendi*, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 308 ss

L. TOSI, *Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale*, Milano, 1999

L. TOSI, *Transfer pricing: disciplina interna e regime convenzionale*, in *Il Fisco*, 2001, p. 2184 ss.

L. TOSI, *Gli aspetti procedurali nell'applicazione delle norme antielusive*, *Corr. trib.* 39/2006, p.

L. TOSI, *I profili penali della norma sulla esterovestizione*, in E.M. Bagarotto (a cura di), *La presunzione di residenza fiscale delle società <<estero vestite>>*, Padova, 2008, p. 113 ss

G. TREMONTI – G. VITALETTI, *La fiera delle tasse*, Bologna, 1991

M. TRIVELLIN, *Profili procedurali di diritto interno conseguenti alla nuova presunzione di residenza in Italia delle società (art. 73, comma 5-bis, del Tuir)*, in Riv. dir. trib. 2007, I. p. 639 ss

M. TRIVELLIN, *Aspetti procedurali*, in E.M. BAGAROTTO (a cura di), *La presunzione di residenza fiscale delle società <<estero vestite>>*, Padova, 2008, p. 85 ss

A. URICCHIO, *Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali*, Bari, 2010

P. VALENTE – I. CARACCIOLI, *Ancora su residenza ed esterovestizione: ulteriori considerazioni sulle sentenze della Comm. trib. prov. di Belluno*, Riv. Dir. Trib. 11/2008, p. 124 ss

P. VALENTE, *Esterovestizione e eterodirezione: equilibri(smi) tra sede di direzione e coordinamento, direzione unitaria e sede di direzione effettiva*, Riv. Dir. Trib. 4/2010, p. 231 ss

P. VALENTE, *Criticità nella disciplina dei flussi di dividendi nella rifusione della direttiva madre-figlia*, in Corr. trib. n. 6/2012, p. 448 ss

J. VAN HORN JR., *Il trasferimento di sede di società alla luce del diritto comunitario*, in Dir. Prat. Trib. 1998, II, p. 377 ss

F. VANISTENDAEL, *Halifax and Cadbury Schweppes: One Single European Theory of Abuse in Tax law?*, in EC Tax Review, 2006, n. 4, p. 192 ss

F. VANISTENDAEL, *Le nuove fonti del diritto ed il ruolo dei principi comunitari nel diritto tributario*, in A. DI PIETRO (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 91 ss

M. VANTAGGIO, *Commento all'art. 5 Tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie*. Tomo III. TUIR e leggi complementari, Padova, 2010, p. 40 ss

F. VARAZI, *Reddito d'impresa e trasferimento di sede all'estero*, in *Rass. trib.*, 4/1995, p. 687 ss

A. VIGNOLI - D. STEVANATO, *Comportamenti antieconomici e rettifiche fiscali*, in *Dialoghi di dir. Trib.* N. 3/2003, p. 359 ss

A. VIOTTO, *Considerazioni di ordine sistematico sulla presunzione di residenza in Italia delle società holding estere*, *Riv. Dir. Trib.* 2007, I, p. 269 ss

F. VITALE, *Commento all'art. 110 del Tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo III. TUIR e leggi complementari*, Padova, 2010, p. 598 ss.

K. VOGEL, *Tax treaties versus cfc rules in France*, in *Bulletin for International fiscal documentation*, 2002, 286

A. VOGLINO, *Ancora sulla insindacabilità, da parte della amministrazione finanziaria, della convenienza economica delle operazioni poste in essere dai contribuenti*, in *Boll. Trib.* 21/1993, p. 1642 ss

A. VOZZA, *L'interpello per le controllate non residenti in Paesi <<black list>>*, in *Corr. Trib.*,

2010, p. 1523 ss.

G. ZIZZO, *Regole generali sulla determinazione del reddito d'impresa*, in F. Tesauro (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario. Imposta sul reddito delle persone fisiche*, Torino, 1994, p. 469 ss.

G. ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi. Trasformazioni, fusioni e scissioni*, Milano, 1996

G. ZIZZO, *Il trasferimento della sede all'estero*, in C. SACCHETTO - L. ALEMANNI (a cura di), *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002, p. 209 ss

G. ZIZZO, *Delocalizzazione delle attività produttive e fattore fiscale*, *Il Fisco*, 2007, p. 1953 e ss

G. ZIZZO, *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *GT - Riv. Giur. Trib.* 2008, p. 465 ss

G. ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie: il trasferimento all'estero o dall'estero della sede*, *Corr. trib.* 44/2008, p. 3581 ss

G. ZIZZO, *La determinazione del reddito delle società e degli enti commerciali*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2010, p. 294 ss

G. ZIZZO, *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2012, p. 591 ss

G. ZOPPINI, *Sul difetto di inerenza per "antieconomicità manifesta"*, in Riv. dir. trib. 1992, II, p. 937 ss