

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO TRIBUTARIO EUROPEO

Ciclo XXXII

**Settore Concorsuale: 12/D2**

**Settore Scientifico Disciplinare: IUS/12**

**TASSAZIONE DELLE PARTNERSHIPS INTERNAZIONALI:  
MODELLI DOMESTICI, DISCIPLINA CONVENZIONALE  
E DIRITTO EUROPEO**

**Presentata da:** MARCO FLOREAN

**Coordinatore Dottorato**

*Chiar.mo Prof. ANDREA MONDINI*

**Supervisore**

*Chiar.mo Prof. ANDREA MONDINI*

**Esame finale anno 2020**

Ad Angela e Carlo.

Ferma ispirazione  
di amore incondizionato.

## ABSTRACT

I sistemi fiscali contemporanei applicano l'imposizione diretta a persone fisiche e persone giuridiche.

In ciascuno Stato tuttavia una varietà di figure intermedie, definibili non-corporate-entities, sono dotate di gradi diversi di soggettività di diritto.

Fra queste rientrano le partnership.

Con l'obiettivo di ricondurre la fiscalità delle partnership all'interno del regime domestico generale previsto per persone fisiche o giuridiche, ogni Stato impiega proprie regole di caratterizzazione fiscale delle partnership. Di conseguenza, ciascuno Stato può considerare le partnership fiscalmente opache o trasparenti. Ciò vale sia per le partnership domestiche che per quelle estere.

Quando l'attività di una partnership domestica presenta elementi di internazionalità, gli approcci domestici di caratterizzazione fiscale interferiscono spesso con quelli adottati da altri Stati. Tali inevitabili conflitti producono un alto rischio di doppia imposizione o doppia non imposizione dei redditi internazionali.

La soluzione di tale genere di problemi non trova sistematica considerazione né nei Trattati fiscali, né nei Trattati UE così come interpretati dalla CGUE. Essa resta affidata all'autonoma iniziativa di ciascuno Stato.

Questo studio esamina l'imposizione diretta delle partnerships internazionali che presentino un qualche collegamento con il sistema fiscale italiano. Esso inoltre propone una comparazione con altri sistemi fiscali selezionati sulla base di alcuni criteri.

La comparazione mira alla individuazione dei problemi scaturenti dalla simultanea applicazione della tassazione italiana ed estera, considerando il ruolo spesso modesto dei Trattati fiscali. Ove un Trattato includa clausole specifiche per le partnership, ne viene esaminato l'effetto.

Se i Paesi considerati sono Stati membri UE, i risultati dell'analisi sono esaminati rispetto alla normativa europea, con particolare riguardo ai profili di compatibilità con le libertà del Trattato UE e con i relativi orientamenti della CGUE.

## ABSTRACT

Current tax systems apply direct taxation to individuals and legal entities.

In each State, however, a variety of intermediate figures, defined as non-corporate entities, are equipped with different degrees of legal subjectivity.

These include partnerships.

With the aim of bringing back partnerships' taxation within general domestic regime provided for individuals or legal entities, each State uses its own fiscal rules of partnerships characterization. As a result, each State may consider partnerships fiscally opaque or transparent. This applies to both domestic and foreign partnerships.

When a domestic partnership business has some cross-border item, domestic tax characterization approaches often clash each other's. Such inescapable conflicts provoke a high risk of international income double taxation or double non-taxation.

Solutions to these problems are not systematically considered in Tax treaties, EU law or EU Treaties as interpreted by ECJ. They are entrusted to autonomous initiative of each State.

This study examines direct taxation of international partnerships which have some connection to the Italian tax system. It also proposes a comparison with other tax systems, which are selected on the basis of certain criteria.

The comparison aims to identify problems arising from the simultaneous application of Italian and foreign taxation, considering the frequently thin role of Tax Treaties. Where a Tax Treaty includes special clauses for partnerships, their effect is examined.

If considered Countries are EU Member States, results of the analysis are examined in relation to European law, with a special focus on compatibility with the EU Treaty freedoms as interpreted by ECJ jurisprudence.

\* \* \* \* \*

## Abbreviazioni

APTB:	ASIA-PACIFIC TAX BULLETIN
BIFD:	BULLETIN OF INTERNATIONAL FISCAL DOCUMENTATION
BIT:	BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION
BTI:	BOLLETTINO TRIBUTARIO D'INFORMAZIONI
BTLJ	BUSINESS AND TAX LAW JOURNAL
CJELO	COLUMBIA JOURNAL OF EUROPEAN LAW ONLINE
CMLR	COMMON MARKET LAW REVIEW
CT:	CORRIERE TRIBUTARIO
DDT	DIALOGHI DI DIRITTO TRIBUTARIO
DPT:	DIRITTO E PRATICA TRIBUTARIA
DPTI:	DIRITTO E PRATICA TRIBUTARIA INTERNAZIONALE
DT	DIALOGHI TRIBUTARI
ECTR:	EUROPEAN COMMUNITY TAX REVIEW
ET:	EUROPEAN TAXATION
FI:	FISCALITÀ INTERNAZIONALE
FCI:	FISCALITÀ E COMMERCIO INTERNAZIONALE
GC	GIURISPRUDENZA COMMERCIALE
GITCR	GRAY'S INN TAX CHAMBERS REVIEW
IF:	IL FISCO
ITBL	INTERNATIONAL TAX & BUSINESS LAW
LS	LE SOCIETÀ
PC	PRATICA CONTABILE
PFP	PRATICA FISCALE E PROFESSIONALE
RT	RASSEGNA TRIBUTARIA
RGDF:	RIVISTA DELLA GUARDIA DI FINANZA
RDFSF	RIVISTA DI DIRITTO FINANZIARIO E SCIENZA DELLE FINANZE
RDC	RIVISTA DI DIRITTO COMMERCIALE
RDI	RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE
RS	RIVISTA DELLE SOCIETÀ
RDT:	RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO
RDTI:	RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE
RN	RIVISTA DEL NOTARIATO
RTDT	RIVISTA TELEMATICA DI DIRITTO TRIBUTARIO
TAT	TRUST E ATTIVITÀ FIDUCIARIE
TT	TRUSTS & TRUSTEES
TLR:	TAX LAW REVIEW
TNI:	TAX NOTES INTERNATIONAL
WTJ	WORLD TAX JOURNAL

## SOMMARIO

1	INTRODUZIONE.....	8
1.1	Progettualità della ricerca.....	12
1.1.1	Fattori di complessità.....	13
1.1.1.1	Il termine “partnership” e le sue ambiguità lessicali.....	13
1.1.1.2	La partnership come entità ibrida.....	16
1.1.1.3	La multi-variabilità dell’analisi richiesta dalla diversa conformazione dei regimi fiscali domestici.....	18
1.1.1.4	Interazione con ordinamenti giuridici di diverso livello (convenzionale, europeo e domestico).....	19
1.1.2	Obiettivi e metodi della ricerca.....	22
1.1.2.1	Esclusioni.....	24
1.1.3	Selezione dei Paesi per la comparazione.....	26
1.1.4	Esame della letteratura.....	28
1.1.5	Piano del lavoro.....	34
1.2	All’origine del problema: <i>partnerships</i> e <i>non-corporate-entities</i> nella prassi OCSE e loro configurazione nel diritto domestico degli Stati.....	35
1.3	Le non-corporate-entities nella prassi OCSE: una ricognizione.....	40
1.3.1	Trust: lo strumento elettivo per dissociare i diritti soggettivi dai sottostanti interessi.....	41
1.3.2	Fondazioni: il binomio di personalità e autorità.....	45
1.3.3	Partnership: “doing business as a transparent vehicle”.....	47
1.3.4	Joint ventures: una molteplicità di formule giuridiche e non giuridiche per la cooperazione d’impresa.....	51
1.3.5	CIVs: strumenti per gli investimenti indiretti.....	53
1.3.6	Valutazioni.....	54
1.4	Le Partnerships nel diritto civile degli Stati: lineamenti generali.....	55
1.4.1	Italia.....	57
1.4.2	Germania.....	62
1.4.3	Francia.....	69
1.4.4	Regno Unito.....	74
1.4.5	Svizzera.....	80
1.4.6	USA.....	85

1.4.7	Unione Europea.....	88
1.5	Esito della ricognizione: natura giuridica della partnership negli Stati esaminati .....	91
1.5.1	Disciplina di riferimento .....	91
1.5.2	Schema strutturale tipico .....	93
1.5.3	Status e responsabilità dei soci delle partnership .....	95
1.5.4	Spendita del nome .....	99
1.5.5	Operazioni economiche fra soci e partnership .....	100
1.5.6	La partnership come entità profit oriented .....	101
1.5.7	La partnership come persona giuridica .....	103
1.5.8	Proprietà dei beni e autonomia patrimoniale.....	105
1.5.9	La partnership come impresa .....	106
1.5.10	La capacità processuale .....	107
1.5.11	Caratteri rilevanti per l'impiego della nozione nell'ambito della fiscalità internazionale.....	107
1.6	Conclusioni: la partnership come modello di business a forma giuridica differenziata e l'assenza di un modello giuridico uniforme .....	111
2	LE PARTNERSHIPS NEL DIRITTO FISCALE DEGLI STATI: UNA RICOGNIZIONE PREORDINATA ALLA COSTRUZIONE DI UN MODELLO DI ANALISI .....	113
2.1	Le partnerships nel sistema fiscale domestico italiano.....	116
2.1.1	Partnership approach .....	116
2.1.1.1	Domestic partnership approach.....	125
2.1.1.1.1	<i>Trasparenza fiscale ordinaria.....</i>	<i>126</i>
2.1.1.1.2	<i>Fiscalità dei soci di partnership in trasparenza ordinaria.....</i>	<i>136</i>
2.1.1.1.3	<i>Trasparenza fiscale opzionale delle società di capitali.....</i>	<i>143</i>
2.1.1.2	Foreign partnership approach.....	151
2.1.1.2.1	<i>Fiscalità della partnership estera .....</i>	<i>153</i>
2.1.1.2.2	<i>Fiscalità dei soci residenti di partnership estere.....</i>	<i>154</i>
2.1.2	Valutazioni .....	158
2.2	Le partnerships nel sistema fiscale domestico svizzero .....	163
2.2.1	Il partnership approach svizzero.....	166
2.2.1.1	Domestic partnership approach.....	166
2.2.1.2	Foreign partnership approach.....	169
2.2.1.3	Fiscalità dei soci delle partnerships .....	174

2.2.2	Valutazioni .....	175
2.3	Le partnerships nel sistema fiscale domestico statunitense.....	179
2.3.1	Il partnership approach statunitense .....	182
2.3.1.1	Domestic partnership approach.....	192
2.3.1.2	Foreign partnership approach.....	196
2.3.2	Valutazioni .....	198
2.4	Le partnerships nel sistema fiscale domestico tedesco.....	203
2.4.1	Partnership approach .....	206
2.4.1.1	Domestic partnership approach.....	210
2.4.1.2	Foreign partnership approach.....	216
2.4.2	Valutazioni .....	218
2.5	Le partnerships nel sistema fiscale domestico francese .....	220
2.5.1	Partnership approach .....	222
2.5.1.1	Translucenza fiscale delle partnerships domestiche .....	226
2.5.1.2	Fiscalità dei soci di partnerships residenti .....	229
2.5.1.3	Foreign partnership approach.....	232
2.5.2	Valutazioni .....	236
2.6	Le partnerships nel sistema fiscale domestico britannico .....	239
2.6.1	Partnership approach .....	239
2.6.1.1	Domestic partnership approach.....	243
2.6.1.2	Foreign partnership approach.....	246
2.6.2	Valutazioni .....	252
2.7	Conclusioni: il partnership approach come problema di “ingegneria fiscale”. Ricostruzione di un modello di analisi. ....	254
2.7.1	La “summa divisio” fra corporate approach e transparent approach .....	254
2.7.2	<i>Separate e aggregate entity theory</i> : esistenza di un nesso fra <i>transparent approach</i> e diritto civile domestico e sue possibili configurazioni.....	255
2.7.3	<i>Entity recognition rules</i> e ambito soggettivo del transparent approach .....	259
2.7.4	Territorialità e imposizione delle partnership .....	261
2.7.5	Classificazione simmetrica e asimmetrica: domestic partnership approach (DPA), foreign partnership approach (FPA) .....	268
2.7.6	Domestic partnership approach (DPA) .....	270
2.7.6.1	<i>Transparent approach</i> e sue configurazioni .....	270



2.7.6.2	<i>Tax allocation rules</i> : i metodi di imputazione reddituale per le partnership domestiche .....	273
2.7.6.3	<i>Income qualification rules</i> : qualificazione dei redditi prodotti o connessi alle partnership internazionali .....	276
2.7.6.3.1	<i>Capital gains della partnership</i> .....	277
2.7.6.3.2	<i>Transazioni fra società e soci (guaranteed payments)</i> .....	277
2.7.6.3.3	<i>Modifiche dei diritti di partecipazione nella partnership</i> .....	278
2.7.6.3.4	<i>Qualificazione dei redditi di fonte estera</i> .....	278
2.7.6.3.5	<i>Gli obblighi fiscali della partnership (domestica ed estera) e dei soci (residenti ed esteri)</i> .....	279
2.7.7	Foreign partnership approach (FPA).....	280
2.7.7.1	Metodi di classificazione delle partnerships estere e il <i>foreign partnership test</i> .....	280
2.7.7.2	Metodi di imputazione reddituale. ....	282
3	LE PARTNERSHIPS NEI TRATTATI FISCALI .....	285
3.1	Applicazione dei Trattati fiscali alle partnership come problema di <i>treaty entitlement</i> .....	288
3.1.1	Inquadramento del problema.....	289
3.1.2	I conflitti di classificazione fiscale: struttura logica e loro estraneità ai conflitti di qualificazione .....	290
3.2	il <i>Partnership Report</i> del 1999: i principi guida per l'applicazione del mod. OCSE alle partnership .....	293
3.2.1	Articolazione del Report e variabili di riferimento .....	294
3.2.2	I principi-guida per lo Stato della fonte.....	296
3.2.2.1	L'individuazione del titolare dei benefici convenzionali in relazione a redditi prodotti da partnership estere opache e trasparenti.....	297
3.2.2.2	Applicazione del Trattato dove i benefici dipendono da specifiche caratteristiche o attributi del contribuente (n.79-92).....	304
3.2.3	I principi-guida per lo Stato della residenza.....	305
3.2.4	Le frizioni interne e le criticità aperte del Partnership report.....	313
3.3	le <i>partnerships</i> nel mod. OCSE 2017 .....	315
3.3.1	Entità ibride e benefici del Trattato (art. 1 e 3 Mod. OCSE) .....	316
3.3.1.1	La Partnership come <i>person</i> ai fini del Trattato.....	317
3.3.1.2	La Partnership come " <i>resident</i> " ai fini del Trattato.....	318
3.3.1.3	Partnerships e imputazione del reddito ai fini convenzionali .....	323
3.4	Le partnerships nel Treaty network italiano .....	325
3.4.1	Le partnerships nella <i>tax treaty practice</i> italiana .....	328

3.4.1.1 Partnership estera: redditi di fonte italiana .....	330
3.4.1.2 Partnership estera: utili imputati per trasparenza ai soci italiani .....	333
3.4.1.3 Partnership estera: capital gain realizzati dai soci italiani .....	341
3.4.1.4 Partnership italiana: utili imputati per trasparenza ai soci esteri .....	345
3.4.1.5 Partnership italiana: capital gain realizzati dai soci esteri .....	351
3.4.2 Valutazioni .....	353
3.5 Le partnerships nel Trattato con la Federazione Svizzera.....	355
3.5.1 Il Trattato fiscale Italia-Svizzera .....	357
3.5.2 Le partnerships nella <i>tax treaty practice</i> svizzera .....	361
3.6 Le partnerships nel Trattato con la Francia .....	366
3.6.1 Le partnership nel Trattato Italia-Francia del 1989.....	369
3.6.2 Tax Treaty practice.....	374
3.6.3 Valutazioni .....	384
3.7 Le partnerships nel Trattato con la Germania .....	388
3.7.1 Le partnership nel Trattato Italia-Germania del 1989.....	389
3.7.2 <i>Tax Treaty practice</i> in caso di partnership internazionali.....	398
3.7.3 Valutazioni .....	402
3.8 Le partnerships nel Trattato con il Regno Unito .....	404
3.8.1 Tax treaty practice .....	404
3.8.2 Il Trattato fiscale Italia-Regno Unito .....	407
3.9 Le partnerships nel Trattato con gli Stati Uniti .....	409
3.9.1 U.S. Tax Treaty policy .....	409
3.9.2 Il Trattato Italia-USA .....	413
3.9.3 Tax Treaty practice.....	426
3.9.4 Valutazioni .....	429
3.10 conclusioni.....	431
4 TASSAZIONE DEI REDDITI DELLE PARTNERSHIPS NEL DIRITTO EUROPEO .....	433
4.1 Unione europea e fiscalità diretta d'impresa: un'analisi di contesto per lo studio dei problemi delle partnership.....	439
4.1.1 L'imperativo del mercato e «lo stato attuale del diritto dell'Unione» .....	442

4.1.2	La fiscalità diretta d'impresa nel diritto dell'Unione, l'obiettivo della "fiscalità neutrale" e il paradigma della "fiscalità negativa": quale spazio per una fiscalità europea delle partnership? .....	452
4.1.3	Profili giuridici e funzionali delle nozioni di unificazione, armonizzazione, ravvicinamento e coordinamento: l'ipotesi di un "ventottesimo regime" per le partnership internazionali operanti nel mercato interno .....	463
4.1.4	Ruolo della Corte di Giustizia nell'armonizzazione dell'imposizione diretta d'impresa .....	467
4.1.4.1	Le libertà tutelate dalla Corte nella fiscalità diretta d'impresa e il diritto di stabilimento delle partnership .....	469
4.1.4.2	Oggetto e articolazione del giudizio: protezione dalle discriminazioni e dalle restrizioni. ....	474
4.1.4.3	Le quasi-restrizioni e la «zona franca» delle disparità fiscali .....	479
4.1.5	Valutazioni: la fiscalità diretta delle partnership nel contesto dell'Unione Europea.....	483
4.2	la tassazione delle partnership nel diritto europeo fra forma giuridica e fattispecie fiscale: definizione del problema .....	485
4.3	Legal framework dell'imposizione diretta nel diritto dell'Unione: rilevanza per le partnership .....	487
4.3.1	Le basi giuridiche del ravvicinamento .....	488
4.3.2	I presupposti giuridici del ravvicinamento delle legislazioni domestiche di fiscalità diretta.....	492
4.4	Integrazione positiva dell'imposizione diretta: il tentativo di una ricostruzione "partnership oriented".....	498
4.4.1	Le partnerships nella strategia europea sulla fiscalità d'impresa: analisi dei report e delle proposte della Commissione europea. ....	500
4.4.1.1	Gli anni 60-80 e l'obiettivo dell'armonizzazione completa: una strategia europea a tutto campo sulla fiscalità dei redditi d'impresa .....	500
4.4.1.2	Gli anni '90 e l'obiettivo dell'armonizzazione parziale. Esclusione delle imprese non societarie dalle strategie europee sulla fiscalità d'impresa.....	506
4.4.1.3	Gli anni 2000: il tramonto di una strategia mirata all'armonizzazione della fiscalità delle imprese non societarie.....	514
4.4.1.4	Gli sviluppi recenti: il contrasto all'erosione della base imponibile. Inclusione delle partnership fra gli agli hybrid mismatch. ....	528
4.4.1.5	Valutazioni .....	529
4.4.2	Le partnership nel <i>personal scope</i> della direttiva Madre-figlia: esclusione dalle società madri ed inclusione fra le società figlie .....	532

4.4.3	Le partnership nel progetto di direttiva per una base imponibile comune (CCTB) e consolidata (CCCTB): verso una definizione comune di partnership? .....	541
4.4.3.1.1	Le partnership nella proposta di direttiva CCCTB 2011 e 2016 .....	544
4.4.3.1.2	Le partnership nella proposta di direttiva CCTB (testo finale ECOFIN 2019) .....	555
4.4.3.1.3	Valutazioni .....	557
4.4.4	Le partnership nel progetto pilota <i>Home State taxation</i> per le PMI.....	560
4.5	Il case law C-298/05 <i>Columbus Container Service</i> : la tassazione delle partnership internazionali alla prova del diritto di stabilimento .....	568
4.5.1.1	I fatti all'origine del rinvio pregiudiziale .....	569
4.5.1.2	Il parere dell'AG Mengozzi .....	570
4.5.1.3	Decisione.....	572
4.5.1.4	Valutazioni .....	572
4.6	Conclusioni.....	574
4.6.1	Esiti dell'analisi .....	574
4.6.2	Valutazioni: La tassazione dei redditi delle partnership per l'Unione è un'area troppo distante dalla <i>corporation tax</i> e troppo vicino alla <i>income tax</i> .....	581
5	CONCLUSIONI GENERALI DELLO STUDIO .....	587
5.1	Le partnership nella prassi OCSE: indagine sull'origine del problema convenzionale .....	587
5.2	La figura giuridica della partnership e le sue corrispondenti declinazioni tipologiche nel diritto degli Stati. Assenza di un modello giuridico uniforme.....	588
5.3	Regimi fiscali domestici delle partnership internazionali .....	589
5.4	Tassazione delle partnership nei Trattati fiscali .....	592
5.5	La fiscalità delle partnership nel diritto dell'Unione.....	593
6	BIBLIOGRAFIA .....	599

*Men may put on the habiliments of a partnership  
whenever it advantages them to be treated as partners underneath,  
although in fact it may be a case of “The King has no clothes on” to the sharp eyes of the law.*

*Gli uomini possono indossare gli abiti di una società  
ogni volta che li favorisca essere trattati come soci,  
anche se in realtà può trattarsi di un caso in cui “il Re è nudo” agli occhi acuti della legge.*

(Lib. trad.)

Mr. Felix Frankfurter

United States Supreme Court, 337 U.S. 733, 1949  
*Commissioner of Internal Revenue vs Culbertson*

## 1 INTRODUZIONE

Nella tassazione dei redditi, tutti gli attuali sistemi di imposizione fiscale diretta distinguono fra persone fisiche e persone giuridiche<sup>1</sup>.

Persone fisiche e giuridiche tuttavia non esauriscono il novero dei soggetti giuridici astrattamente rilevanti per l'imposizione diretta di uno Stato.

Molto frequentemente, infatti, queste stesse persone producono redditi per il tramite di *non-corporate-entities*<sup>2</sup> che si presentano nella forma più varia, come accordi

---

<sup>1</sup> Cfr. Easson E.A., Thuronyi V., *Fiscal Transparency*, in *Tax Law Design and Drafting*, Vol. 2, Washington: IMF, 1998, p.1; Van Raad K., *Recognition of foreign enterprises as taxable entities: General report*, in IFA – 42th Congress of the International Fiscal Association (Amsterdam 1988), *Recognition of foreign enterprises as taxable entities*, in *Cahiers de droit fiscal international* Vol. 73a, p.21.

<sup>2</sup> L'espressione *non-corporate-entities* (traducibile in italiano come *enti-non-societari*) è impiegata nella prassi OCSE per indicare figure organizzative dotate di un qualche grado di soggettività ma contrassegnate da una netta estraneità sia alla categoria degli *individuals*, (persone fisiche) sia a quella delle *corporations* o *companies* (società di capitali o incorporate). Cfr. OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, in *Issues in International Taxation*, n. 6, 1999, m.n.1 (d'ora in avanti *Partnership Report 1999*); OECD, *Model Double Taxation Convention on Income and on Capital* (as it read on 21 november 2019), Paris, 2019 (d'ora in avanti *OECD MC 2019*), *Commentary On Article 1, Concerning The Persons Covered By The Convention*, m.n.3; OECD, *Tax Treaty Issues Related to REITs* (adopted by the OECD Committee on Fiscal Affairs on 20 June 2008), Paris, 2008 (d'ora in avanti *REITs Report 2008*), m.n.37. Tale espressione è inoltre impiegata nel *Employee Stock-Option report* con la finalità di escludere tali figure dall'applicabilità delle raccomandazioni OCSE: cfr. OECD, *Cross-border Income Tax Issues Arising from Employee Stock-Option Plans* (approved by the OECD Committee on Fiscal Affairs on 16 June 2004), Paris, 2004, m.n.2.

Nella letteratura internazionale l'espressione è ripresa nell'analisi di Baker P., *The Application of the Convention to Partnerships, Trusts and Other, Non-Corporate Entities*, in GITCR., n.1/2002, p. 1 ss. per discutere ciò che il Partnership report lascia in sospenso rinviando a futuri approfondimenti e cioè: a quali *non-corporate-entities* sono potenzialmente estendibili le raccomandazioni OCSE e quale portata utile hanno tali raccomandazioni in ciascuna delle *non-corporate-entities* individuate.

contrattuali o figure intermedie<sup>3</sup> dall'ambigua natura giuridica. Tali entità, a seconda dell'ordinamento giuridico considerato, possono assumere la veste di *legal entities*, figure cioè dotate di forme più o meno limitate di soggettività<sup>4</sup>.

L'ampia categoria delle *non-corporate-entities* include le partnerships.

Nel diritto civile degli Stati queste figure si qualificano generalmente come veicoli giuridici di tipo societario a base personale e sono impiegate per lo svolgimento di attività economiche.

È ampiamente osservabile che la parziale soggettivizzazione di tali figure<sup>5</sup> provoca numerose complicazioni nel diritto civile e commerciale di molti Stati<sup>6</sup>; modificando, in diverso grado e a diversi livelli, il rapporto che intercorre fra soggetto, atto ed effetto, essa altera in modo non sempre prevedibile l'ordinario funzionamento dei meccanismi di imputazione. Di conseguenza tali meccanismi non sono più identicamente riconducibili né a quelli propri delle persone fisiche né a quelli propri delle persone giuridiche dotate di perfetta soggettività ma presentano ibridazioni di vario grado<sup>7</sup> mostrando tratti propri ora dell'una, ora dell'altra.

In termini generali, quindi, è naturale osservare che nell'ambito nella fiscalità diretta degli Stati, le *non-corporate-entities* pongano sempre dei problemi di relazione fra la (limitata) soggettività giuridica loro riconosciuta dal diritto civile per l'imputazione (solo) di taluni effetti giuridici e (l'unica) soggettività passiva d'imposta richiesta dal diritto tributario per l'imputazione delle fattispecie reddituali.

---

In tema di fiscalità delle Non-Corporate Entities v. in part.: Tremblay R., Wharram K., Partnerships, Trusts and other Entities: Treaty Benefits" in Arnold B. and Sasseeville J. (eds.), Special Seminar on Canadian Tax Treaties: Policy and Practice, Canadian Tax Foundation, 2000, p. 14:67 ss.; A. Eason, Entity Entitlement to Treaty Benefits: A Conceptual Approach to some Practical Problems", *ibid.*, p.12:11 ss.; LESSARD P. A., KYRES C.A., GAGNON C.C., Treaty Benefit Entitlements of Trusts, Partnerships, and Hybrid Entities, in 1997 Conference Report, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1998, p.33:1 ss.

<sup>3</sup> Per ora, e solo a fini introduttivi, impiegheremo il concetto vago di "figure intermedie" come sinonimo di *non-corporate-entities*.

<sup>4</sup> Tipicamente ciò accade con alcuni tipi di società personali, di trust o di veicoli di investimento collettivo.

<sup>5</sup> Se e come ciò avvenga e tutti i connessi problemi giuridici sostanziali, in termini di soggettività, personalità, capacità legittimazione ed imputazione, non sono solo questioni che attengono al diritto positivo di uno Stato ma soprattutto alla conformazione del suo ordinamento complessivo, cioè all'architettura dell'intero sistema; non v'è dubbio poi che anche le sue tradizioni giuridiche giochino un loro ruolo a questo riguardo.

Sull'influenza delle tradizioni giuridiche nella trasparenza degli enti trasparenti cfr. Avery Jones J.F. et al., Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax, in BIT, 2002, p.288 ss., in part. 290.

<sup>6</sup> V. *infra*, § 1.4.

<sup>7</sup> C'è da dire che su un piano eziologico questo è piuttosto la causa e non è l'effetto dell'esistenza giuridica di tali entità in un ordinamento. In altre parole, l'ibridazione dei meccanismi di imputazione appare proprio lo scopo del legislatore domestico nel prevede tali istituti entità come intermedie fra persone fisiche e persone giuridiche.

Nella fiscalità diretta degli Stati, tali complicazioni di ordine generale hanno il loro punto di ricaduta sulla tassazione dei redditi delle partnership e in particolare sulla loro soggettività passiva rispetto all'imposizione (*tax liability*)<sup>8</sup>.

Ciascuno Stato trova compiuta soluzione a tali complicazioni mediante l'introduzione di un set regole deputate a definire il regime fiscale delle partnership. L'insieme di tali regole risponde tecnicamente all'espressione "*partnership approach*"<sup>9</sup>.

In linea generale, il *partnership approach* di uno Stato può ispirarsi a due differenti approcci: tassare le partnership come le corporation secondo un regime di non trasparenza (quindi di opacità) fiscale<sup>10</sup> oppure tassare i redditi delle partnership per trasparenza in capo ai soci<sup>11</sup>.

In questo secondo caso, uno Stato può applicare due diverse teorie per qualificare sul piano tributario le operazioni che intercorrono fra la partnership e i suoi soci<sup>12</sup>: la *separate entity theory* (che riconosce una qualche funzione tributaria alle entità) e il *flow-through theory* (che può arrivare a disconoscere qualunque funzione all'entità identificandola come una *disregarded entity*). L'approccio scelto è applicato sia alle partnerships domestiche, organizzate cioè secondo le regole del diritto domestico di uno Stato, sia alle partnership estere, organizzate cioè secondo il diritto civile di un altro Stato<sup>13</sup>. I criteri di preferenza fra questi due approcci tendono generalmente a conformarsi – seppur in modo più o meno coerente – all'architettura complessiva di ogni singolo ordinamento giuridico e fiscale<sup>14</sup>. L'adozione dell'una teoria o dell'altra

---

<sup>8</sup> Il tema della fiscalità domestica delle società personali e dell'eventuale nesso che lega questa alla loro natura di *legal entities* nel diritto interno di uno stato è trattato nel §2.7.2.

<sup>9</sup> V. infra, § 2.7

<sup>10</sup> Si tratta dell'*all corporate approach*, v. infra § 2.7.1. Un tale approccio produce l'effetto di classificare le partnership come enti fiscalmente opachi e riconduce la tassazione dei loro redditi all'interno del regime fiscale generale delle persone giuridiche e delle società (*company* o *corporation*).

<sup>11</sup> A questo riguardo, si tratta di affrontare tecnicamente un problema di "entity recognition" ai fini fiscali. Ciò produce già un primo ordine di conseguenze relativamente all'ipotesi che i soci non residenti di una partnership domestica possano essere qualificati come semplici soci percettori di dividendi domestici (in caso di *all corporate approach*) o imprese personali che operano stabilmente sul territorio proporzionalmente alla quota di partecipazione nella partnership, cioè stabili organizzazioni (in caso di *transparent approach*).

<sup>12</sup> In questo caso invece si tratta di affrontare un problema di "item recognition" ai fini fiscali.

<sup>13</sup> A questo riguardo, rispetto ad un medesimo Stato la distinzione fra *domestic partnership approach* e *foreign partnership approach* sarà utile a tenere presente che i due approcci possono differire.

<sup>14</sup> Per esempio, nei Paesi di common law la trasparenza fiscale è un portato logico della teoria generale dell'agenzia (*principal/agent*) applicato alle organizzazioni societarie, anche se non mancano eccezioni basate su criteri specifici adottati da alcuni Stati.

La preferenza di uno Stato per l'uno o per l'altro approccio può rispondere ad esigenze molto diverse, come ad esempio la semplificazione dei problemi amministrativi o la scelta di un determinato approccio di equità o neutralità fiscale degli investimenti. Possono essere rilevanti ad esempio i criteri di prevalenza degli obiettivi di *capital import*

tuttavia può condurre a risultati significativamente diversi sul piano fiscale riconoscendo in vario modo una funzione fiscale alla partnership.

Fin quando l'attività economica delle partnerships resta confinata in un contesto domestico e non presenta elementi di internazionalità<sup>15</sup>, i problemi posti dalla fiscalità diretta di queste figure non comportano particolari conseguenze<sup>16</sup>.

Quando invece la loro attività presenta elementi di transnazionalità<sup>17</sup>, vi è il rischio che i diversi approcci di caratterizzazione delle partnership internazionali impiegati dagli Stati possano entrare in collisione e produrre risultati fiscali asimmetrici<sup>18</sup>. Ciò inevitabilmente provoca situazioni di doppia imposizione o di doppia non imposizione internazionale rispetto alle quali né il diritto convenzionale né il diritto europeo offrono sempre soluzioni soddisfacenti<sup>19</sup>.

Rispetto a tale contesto di problematicità, questo lavoro privilegia la prospettiva italiana, vale a dire l'esame della fiscalità diretta delle partnerships internazionali che presentano un qualche collegamento con il sistema fiscale italiano. In base a tale prospettiva, intende analizzare i conflitti impositivi sui redditi delle partnership fra il sistema italiano e quello di altri cinque Stati e, rispetto a questi, le soluzioni offerte dalle Convenzioni fiscali e dall'ordinamento europeo.

I successivi paragrafi di questo capitolo introduttivo sono dedicati ad offrire un quadro complessivo della ricerca (metodo, obiettivi e letteratura di riferimento), dello

---

*neutrality* (CIN) o di *capital export neutrality* (CEN); sul punto v. l'analisi di Shaheen F., *International Tax Neutrality: Revisited*, in TLR n.131/2010-2011, p.131-148. Van Raad, K., *Nondiscrimination in International Tax Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986, p.7 ss.; Panayi, C., *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community*, Kluwer Law International, 2007, p. 6 e ss. Oppure possono venire in rilievo esigenze di non discriminare fra le forme giuridiche degli investimenti diretti, cfr. Mason, R., *Tax Discrimination and Capital Neutrality*, in *World Tax Journal*, giugno 2010, p. 126 ss.,

<sup>15</sup> Quando cioè la partnership produce redditi di fonte unicamente domestica e i suoi soci sono residenti nello stesso Stato di costituzione o gestione.

<sup>16</sup> Cfr. Van Raad K., *General report*, in IFA – 42th Congress of the International Fiscal Association (Amsterdam 1988), *Recognition of foreign enterprises as taxable entities*, Cahiers de droit fiscal international Vol. 73a, Kluwer, 1988, p. 22 e 25.

In questo caso infatti gli eventuali problemi posti dalla scelta di un approccio di caratterizzazione delle partnership restano di tipo esclusivamente interno, estendendosi al più al coordinamento con gli altri istituti e regimi previsti dal sistema fiscale domestico. Tali problemi, per esempio, possono riguardare: l'uniformità fra criterio scelto per partnership domestiche e quello scelto per le partnership estere in ottica di discriminazione fiscale o equità impositiva, oppure il coordinamento e la combinazione fra l'approccio scelto ed altri istituti o regimi previsti dal diritto fiscale domestico.

<sup>17</sup> Tipicamente ciò avviene in caso di soci oppure di redditi di fonte estera, o ancora di redditi prodotti in un terzo Stato da una stabile organizzazione estera della partnership.

<sup>18</sup> Gli approcci impiegati dai diversi Stati per tassare i redditi di una medesima partnership potrebbero collidere o, seppur apparentemente coincidenti, potrebbero basarsi su criteri la cui applicazione produce esiti classificatori asimmetrici e contrastanti. Ciascuno Stato per esempio potrebbe adottare un autonomo criterio per ricondurre la tassazione di queste fattispecie a quelle previste dalla propria legislazione interna per le persone fisiche o giuridiche. Ciò avviene tipicamente quando, ad esempio, lo Stato di residenza del socio imputa un reddito di fonte estera alla società, mentre lo Stato della fonte imputa il medesimo reddito al socio.

<sup>19</sup> V. infra, cap. 3 e cap. 4.



scenario in cui essa intende collocarsi e della prospettiva giuridica impiegata per il suo svolgimento.

## **1.1 PROGETTUALITÀ DELLA RICERCA**

Il titolo di questo lavoro “Tassazione delle partnerships internazionali: modelli domestici, disciplina convenzionale e diritto europeo” si compone di due parti.

La prima rappresenta l’oggetto principale dell’analisi: la tassazione delle partnership intese come figure organizzative largamente impiegate come veicolo giuridico nei rapporti economici internazionali.

L’esigenza di condurre questo studio in una dimensione prospettica che abbracci tutti i livelli giuridici coinvolti, spiega la seconda parte del titolo dedicata a chiarire le traiettorie di questa indagine.

Lo studio dei modelli domestici di tassazione delle partnerships è volto ad individuare “modelli funzionali” (intesi come combinazioni di regole di tassazione delle partnership nei loro rapporti interni e poi internazionali) che consentano di valutare gli effetti dell’interazione fra i sistemi fiscali domestici, quando manchi un Trattato fiscale o quando esso non si applichi alle partnerships.

Considerato che il modello di standard OCSE, di regola, non include le partnership, l’esame della disciplina convenzionale è orientato ad esaminare gli effetti dell’interazione fra i sistemi domestici sia nell’ipotesi che un Trattato trovi applicazione in via interpretativa, sia nell’ipotesi che un Trattato includa espressamente apposite clausole per regolare la tassazione delle partnership internazionali.

L’analisi della disciplina europea infine mira a studiare compatibilità dei regimi di tassazione delle partnerships internazionali adottati dagli Stati membri (anche in applicazione di eventuali disposizioni convenzionali) con le regole poste a tutela del Mercato comune.

Funzionale a queste traiettorie di analisi fiscale sarà l’indagine sulla figura giuridica della partnership: a partire dalle ragioni del suo successo come veicolo di business negli scambi internazionali, passando per l’esame di quegli elementi che, nei vari Stati, ne contraddistinguono la disciplina civile, fino al tentativo di ricondurre la figura all’interno di un modello omogeneo.

### 1.1.1 Fattori di complessità

La tassazione delle partnerships internazionali è considerato un tema straordinariamente complesso<sup>20</sup> fino al punto di essere definito «una trappola per l'incauto, un campo di gioco per il consulente e un'area di preoccupazione per le autorità fiscali»<sup>21</sup>.

Tale complessità, come vedremo, è dovuta in gran parte a tre cause.

Alla base, vi è prima di tutto un'ambiguità lessicale. Rispetto a questa si pongono diversi profili: l'ambiguità che circonda il termine "partnership", la diffusa tendenza a sovrapporre il concetto di partnership con quello di entità ibrida e il più ampio problema lessicale connesso all'esigenza di comparare ordinamenti diversi.

La seconda è identificabile nell'elevata numerosità delle variabili che condizionano l'analisi giuridica e i suoi risultati.

La terza è dovuta alla necessaria coesistenza di istituti propri di ordinamenti giuridici diversi (convenzionale, europeo e domestico) i quali interagiscono fra loro con modalità geometriche molto varie: talora in direzioni parallele, talaltra in sovrapposizione concentrica o in integrazione e altre volte in reciproca interferenza.

#### 1.1.1.1 Il termine "partnership" e le sue ambiguità lessicali

Il termine partnership sconta prima di tutto un problema lessicale che è all'origine di numerose ambiguità<sup>22</sup>.

A livello internazionale il gergo degli affari impiega il termine "partnership" per indicare una generica collaborazione di più volontà nello svolgimento di attività congiunte dall'intento di un comune risultato. Tale nozione tuttavia non chiarisce né il contenuto della collaborazione, né la relazione fra l'intento e le modalità in cui esso

---

<sup>20</sup> V. Le Gall J.P., *International Income Tax Problems of Partnerships, General Report*, in LXXXa Cahiers de droit fiscal international, 1995, p.657.

Analogamente, nelle conclusioni alla causa C-298/05 Columbus (esaminata nel § 4.5 di questo lavoro), l'AG. Mengozzi scrive: «Gli studi di diritto tributario internazionale che esaminano il problema della trasparenza delle società di persone hanno sottolineato la complessità «davvero straordinaria» di questa branca del diritto, dovuta, in particolare, alle diverse qualifiche della società di persone, definita tale in uno Stato membro ma qualificata come società di capitali in un altro Stato, e alla natura bilaterale o triangolare dei rapporti da esaminare (Stato della fonte del reddito, Stato della società di persone, Stato di residenza del socio)». V. infra, § 4.5

<sup>21</sup> «Taxation of international partnerships may be a trap for the unwary, a playing field for tax advisors and an area of concern for tax authorities». Questa è l'efficace quanto suggestiva definizione che ne dà Daniels T. H. M., *International Partnerships: Comparative Law Remarks on the Taxation of Income and the Classification of Foreign Entities*, in *Intertax*, n 8-9/1991, p.354; Idem., *Issues in international partnership taxation*, Kluwer, 1991 p.1.

<sup>22</sup> V. Le Gall J.P., *International Income Tax Problems of Partnerships, General Report*, in LXXXa CAHIERS DE DROIT FISCAL INTERNATIONAL, (1995), p.657; Rossi M., *L'applicazione dei Trattati fiscali alle partnership e alle entità ibride*, in AA.VV., *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Cedam, Padova, 2005, p.274-275.

prende concretamente forma<sup>23</sup>, né chiarisce la natura delle attività congiunte oggetto della collaborazione<sup>24</sup>. Tale accezione quindi resta generica e per assumere una qualche sostanza concettuale necessita di ulteriori specificazioni.

Anche in ambito giuridico, dove il termine partnership identifica generalmente una figura organizzativa di tipo societario, l'impiego di questo termine sconta un certo grado di ambiguità. Avventurarsi nella comparazione del resto comporta inevitabilmente l'esigenza di omogeneità fra significati e significanti. In più occasioni, quindi il problema lessicale si è posto come riflesso all'esigenza di comparare ordinamenti diversi i quali naturalmente non consentono una piena e simmetrica confrontabilità di istituti, definizioni e categorie giuridiche.

Sebbene il termine partnership indichi generalmente un accordo societario su base personale con determinate caratteristiche distintive<sup>25</sup>, questo raramente assume connotazioni giuridiche omogenee nel diritto civile degli Stati, distinguendosi per uno o più tratti che caratterizzano quel tipo societario all'interno di ciascun ordinamento. Anche in questo caso, quindi, il termine partnership quasi mai consente di individuare una chiara corrispondenza fra significante, significato e sostanza giuridica della nozione<sup>26</sup>.

A questo va aggiunto il fatto che, in molti Stati, è la stessa natura giuridica della partnership ad essere circondata da un certo livello di ambiguità dovuta al fatto che la figura non corrisponde ad un concetto giuridico uniforme. Si pensi ad esempio al suo grado di soggettività, al modo di formazione della volontà dell'ente, alla legittimazione processuale o al grado di imperfezione nella separazione del patrimonio dei soci da quello della società. In molti Stati, la cospicua produzione giurisprudenziale in tema di rapporti fra soci, società personali e terzi segnala che il tema è molto sensibile al "diritto dei casi" il quale tende sistematicamente a sopperire all'assenza di una disciplina di dettaglio mediante l'elaborazione di orientamenti giurisprudenziali.

In controtendenza sembra andare la prassi OCSE (Partnership Report 1999) la quale, per discutere l'applicabilità dei Trattati alle partnership, impiega il termine in modo fiscalmente atecnico, riferendosi alla nozione civilistica domestica e riservando

---

<sup>23</sup> Per esempio, un accordo di intenti, una strategia congiunta informale, una joint venture contrattuale, una società personale, una intesa di mercato, oppure un semplice accordo di fornitura.

<sup>24</sup> Per esempio, attività economiche, attività con fini sociali, culturali, caritatevoli, ricreative ecc.

<sup>25</sup> Heenen J., *Partnership and other Personal Associations* (1976), in Conard A. (chief editor), *Encyclopaedia of Comparative Law*, Vol. XIII: Business and Private Organisations, sec. 1-27.

<sup>26</sup> Il tema è affrontato nel § 1.5

alla nozione fiscale apposite specificazioni utili a discutere i vari esempi<sup>27</sup>. Come vedremo a breve, questa scelta non è casuale e si motiva proprio per l'ambiguità che circonda il termine partnership nel diritto civile degli Stati.

Nel verificare se l'uso del termine assuma un significato qualificato sufficiente almeno a distinguerlo da altri concetti con cui questo spesso si relaziona, per esempio "società" (nel corrispondente idioma nazionale) o "company" (nell'idioma anglosassone), non si giunge a risultati più concreti<sup>28</sup>.

Molti Stati di civil law impiegano nell'idioma nazionale lo stesso termine "società" per indicare sia le società incorporate (a base capitalistica) sia le società di persone, cioè le partnerships<sup>29</sup>.

Si spiega così anche il perché, per un certo periodo di tempo, alcuni Stati di common law abbiano adottato la pratica negoziale di inserire apposite clausole definitorie della nozione di "società" all'interno dei Trattati fiscali con Stati di civil law la cui nozione di partnerships presentava ambiguità<sup>30</sup>.

Numerosi Stati di common law, invece, impiegano nel nome della società incorporata o personale il termine "company" (ad es. *Adam & company*) per indicare l'indistinta pluralità dei soci che accompagna l'iniziativa del promotore, quando l'accezione giuridica corrente del termine "company" in tali Paesi è sinonimo di corporation, cioè di società incorporata.

Rispetto a tali ambiguità lessicali, al termine partnership sembra residuare la funzione di sintesi di un concetto vago. Ciò tuttavia non è giuridicamente accettabile

---

<sup>27</sup> Nel discutere l'approccio OCSE, il Partnership Report del 1999 e le successive versioni del Commentario al modello convenzionale impiegano una nozione di partnership fiscalmente atecnica che include tutte le entità che si qualificano trasparenti in base al diritto civile e commerciale degli Stati. Cfr. OECD, *The application...* cit., m.n.2.

Al contrario, ogni volta che il report intende riferirsi ad una partnership come entità fiscalmente trasparente, impiega sempre apposite specificazioni, come ad esempio: *fiscally transparent entity*, *entity transparent for tax purposes* oppure *pass-through, flow-through, look-through entity*. Cfr. Rossi M., *L'applicazione dei Trattati...* cit., p.274.

<sup>28</sup> Cfr. Avery Jones et al., *The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States*, in *Bulletin for International Taxation* June 2006, p. 220ss.

<sup>29</sup> Cfr. Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax*, in *BIT*, 2002, p.288 ss., in part. nota 17.

<sup>30</sup> V. nota precedente. Tale pratica è segnalata in Vogel K., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, cit., Art. 3, mn.27 ss.. Uno dei casi più esemplari resta quello del Canada che, impiegando come lingua ufficiale sia il francese che l'inglese, ha inserito nei due testi ufficiali dei propri Trattati (in genere fra le definizioni generali dell'art. 3 (1) lett.e) un'apposita clausola di chiarimento: «...the term "company" means any body corporate or any entity which is assimilated to a body corporate for tax purposes; in French, the term "société" also means a "corporation" within the meaning of Canadian law».

Clausole di questo tipo sono riscontrabili solo nei Trattati più antichi come quelli con la Francia del 1975, con l'Austria del 1976, con l'Italia del 1977, con la Gran Bretagna del 1978 e con l'Australia del 1980.

Tale pratica è infatti mutata a partire dalla metà degli anni '90 in corrispondenza di un radicale cambiamento di tax policy internazionale del Governo canadese che ha espressamente incluso le partnerships nella definizione di "person" dell'art.3 (1) dei propri Trattati. Cfr. ad esempio il Trattato con l'Estonia e la Lettonia del 1995, con l'India del 1996, con l'Islanda del 1997 e con l'Italia del 2002.

soprattutto perché, sia nel diritto degli Stati, sia nel diritto dei Trattati fiscali, dal significato giuridico di questo termine derivano conseguenze molto rilevanti.

Si tratta quindi di verificare se, nonostante l'ambiguità lessicale, la comparazione fra vari ordinamenti consenta di rintracciare nel termine "partnership" degli elementi giuridici sufficienti a rendere tale concetto "servibile" nell'ambito della fiscalità internazionale, soprattutto con riguardo agli effetti prodotti dall'interazione fra ordinamenti fiscali domestici.

### 1.1.1.2 La partnership come entità ibrida

Con l'affermarsi di *tax policies* di contrasto agli abusi e agli arbitraggi fiscali internazionali, il termine "hybrid"<sup>31</sup> associato a quello di "fiscally transparent entity" si è diffuso fino al punto di far coincidere le due nozioni.

Tali concetti tuttavia non coincidono né nella loro proiezione espressiva, né nella funzione giuridica. Essi inoltre descrivono profili ugualmente utili ma nettamente diversi a fini fiscali. Si impone pertanto un chiarimento che riguarda il profilo sostanziale e non solo lessicale dei concetti di partnership, trasparenza fiscale e ibridazione fiscale.

La trasparenza fiscale è un concetto coniato dai tributaristi e mai codificato nelle norme fiscali<sup>32</sup> che descrive il trattamento fiscale domestico applicato da uno Stato ad una entità in ragione del suo status giuridico. Di regola l'entità in questione è dotata di soggettività ma in considerazione del fatto che gli utili sono imputati ai soci anche l'ordinamento tributario tassa i relativi redditi direttamente in capo a questi, ignorando fiscalmente l'entità. Dal momento che i regimi di trasparenza fiscale domestica sono applicati alle entità dello Stato in cui queste sono stabilite, l'ipotesi di redditi esteri può provocare un mismatch fra i regimi fiscali dei due Stati su chi sia la persona tassabile in relazione a detti redditi, in quanto ciascuno dei due Stati applica in tale circostanza le proprie ordinarie regole di imputazione reddituale a persone diverse.

Il concetto di *cross-border hybrid*, (e del suo contrario, *reverse hybrid*) è diffusamente impiegato nella prassi OCSE del progetto BEPS<sup>33</sup> e, prima ancora, nelle *Treasury regulation* del Dipartimento del Tesoro americano<sup>34</sup>. Anche questo non si

---

<sup>31</sup> «Entities that are treated as transparent for tax purposes in one country and as non-transparent in another country», cfr. OECD, Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues, 2012, p. 7.

<sup>32</sup> In questo senso, Della Valle E., La soggettività delle partnerships nel modello OCSE di convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni sul reddito: la prospettiva italiana, in DPTI, n.3/2003, p. 53 ss.

<sup>33</sup> Vedi infra, § 3.

<sup>34</sup> Treas. Reg. § 1.894-1(d)(3)(ii).

Il concetto di *fiscal hybrid e reverse hybrid* è presente anche nella prassi fiscale danese.

rinviene in disposizioni fiscali codificate. Tale espressione sta tuttavia ad indicare una fattispecie personale (person) o reddituale (income item) che avrebbe i requisiti per l'imposizione per entrambe gli Stati ma rispetto alla quale una regola speciale applicata da uno dei due trasla l'imposizione su un altro soggetto<sup>35</sup>. L'ambiguità si produce per effetto delle diverse regole di imputazione che entrambe gli Stati applicano ad un medesimo reddito, ad una medesima relazione giuridica o entità soggettiva<sup>36</sup> che avrebbe per entrambe i requisiti di base per la tassabilità. In questo senso, una entità ibrida è la conseguenza dell'interazione di due differenti giurisdizioni sovrane<sup>37</sup>. La divergenza di approcci in questo caso non si fonda tuttavia sulla diversa natura giuridica del presupposto (*legal person* o *income*) o sui suoi requisiti generali di tassabilità ma deriva da una speciale regola di imputazione fiscale che trasla la tassazione su un altro soggetto dando così luogo a risultati fra loro disomogenei e asimmetrici<sup>38</sup>; questi, a loro volta, sono potenzialmente all'origine di situazioni di doppia imposizione o doppia non imposizione<sup>39</sup>. Il concetto di ibridazione fiscale quindi riguarda la disciplina di una transazione che di regola non presenterebbe asimmetrie qualificatoria né del reddito né del soggetto che lo realizza: dunque si tratta di un profilo che deroga alla generalità dei casi per ragioni connesse alla *tax policy* di uno Stato<sup>40</sup>. Un caso tipico di ibridazione è dato da taluni regimi di consolidamento

---

<sup>35</sup> Krahmhal A., *International hybrid instruments: Jurisdiction dependent characterization*, in *Houst. Bus. Tax Law J.*, n. 5/2005, p. 98 ss. Sul punto è significativo il passaggio proposto da Wheeler J., *Persons qualifying for treaty benefits*, in *United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries*, UN, 2013, p. 51 ss., in part. p.93, il quale afferma «*Although there are similarities between hybrid entities and partnerships, there is also a significant difference. The different approaches to partnerships stem from different domestic law concepts as to what constitutes a person for tax purposes. In the case of a hybrid entity, however, both States start from the position that the entity is a legal person and therefore a taxable person under the general tax law. The different approaches arise because one State applies a deeming rule attributing the income to the entity's owners/shareholders whereas the other State does not*» e poi esemplifica riferendosi al caso *TD Securities (USA) LLC v Her Majesty the Queen*, 2010 TCC 186.

<sup>36</sup> Krahmhal A., *International hybrid instruments: Jurisdiction dependent characterization*, in *Houst. Bus. Tax Law J.*, n. 5/2005, p. 98 ss.

<sup>37</sup> Cfr. Kollmann J., Roncarati A., Staringer C., *Treaty Entitlement for Fiscally Transparent Entities: Article 1(2) of the OECD Model Convention*, in Lang M., Pistone P., Rust A., Schuch J., Staringer C. (eds), *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). The Proposal to Revise the OECD Model Convention*, Linde, 2016, p.2, i quali affermano: «*Hybrid entities are the result of differing laws among nations. They are not per se "bad", but simply a consequence of the interaction of two different sovereign jurisdictions*».

<sup>38</sup> Arnold B.J., McIntyre M.J., *International Tax Primer*, Kluwer Law International, 2002, p. 144 ss.

<sup>39</sup> Cfr. Ruchelman S.C., *Hybrid entities in cross border transactions: the Canadian EXPERIENCE - The U.S. response*, Published by the Practising Law Institute (PLI) in the *Partnership Tax Practice Series: Planning for Domestic & Foreign Partnerships, LLCs, Joint Ventures & Other Strategic Alliances*, 2008, il quale afferma: «*The use of a hybrid – which is an entity treated as a partnership or a branch in one country and as a separate entity in a second country – enables a taxpayer to avail itself of disjunctures in the tax systems of two countries. The result is that transaction could be deductible in one jurisdiction and not taxable – or not currently taxable – in the other jurisdiction*».

<sup>40</sup> La intenzionale ricerca dell'ibridazione fiscale delle transazioni internazionali - attraverso l'idonea scelta di determinati strumenti contrattuali o veicoli giuridici - ha infatti sollevato l'allarme delle autorità di tax policy nazionali ed internazionali al punto da sollecitare l'introduzione di strumenti giuridici di contrasto e contenimento al fenomeno. Solo attraverso questa limitata prospettiva tale concetto assume una rilevanza nel mondo giuridico: nel senso che gli strumenti giuridici di cui un ordinamento si dota per contrastare la pericolosità del fenomeno diventano giuridicamente rilevanti.

fiscale<sup>41</sup> e in generale da quegli istituti manifestano la comune attitudine ad alterare l'ordinario corso dell'imputazione delle fattispecie impositive spostandole dal materiale produttore del reddito ad altri soggetti, in conseguenza di una specifica relazione giuridicamente rilevante che intercorre fra i due. Il fenomeno dell'ibridazione fiscale è pertanto da ascrivere al risultato di un trattamento fiscale asimmetrico da parte dei due Stati.

Non vi dunque è correlazione logica fra i concetti esaminati; la relazione fra partnership, trasparenza fiscale e ibridazione fiscale può dunque essere chiarita come segue. Non tutte le partnerships sono entità fiscalmente trasparenti, giacché questo dipende dalle ordinarie regole domestiche sulla soggettività passiva d'imposta di ciascuno Stato dalle quali si deriva, come vedremo, il partnership approach. Le entità ibride sono entità per le quali gli Stati applicano diverse regole di imputazione fiscale, cosicché una società che realizzerebbe i requisiti di tassabilità in entrambe gli Stati si configura come una partnership ai soli fini fiscali o nello stato in cui è stabilita (*hybrid*) o nell'altro Stato (*reverse hybrid*)<sup>42</sup>.

### **1.1.1.3 La multi-variabilità dell'analisi richiesta dalla diversa conformazione dei regimi fiscali domestici**

Un primo fronte riguarda la diversa conformazione dei regimi fiscali domestici delle partnership<sup>43</sup>.

In molti Stati, per esempio, fra *legal status* e *fiscal status* di una partnership esiste un nesso che non assume ovunque costante configurazione. Ciò comporta un numero significativo di sfumature fra i regimi di trasparenza fiscale delle partnership adottati dagli Stati<sup>44</sup>.

Ciascuno Stato inoltre adotta propri criteri di classificazione fiscale delle entità giuridiche da cui consegue la qualificazione di liable to tax entity (cioè "soggetto fiscalmente opaco" e autonomamente tassabile) oppure di *fiscally transparent entity*.

Dalla classificazione soggettiva dell'entità dipendono molte altre variabili del regime fiscale di una partnership – come ad esempio, tempi e modi dell'imputazione reddituale, qualificazione reddituale, obblighi fiscali strumentali, tassazione delle

---

<sup>41</sup> Wheeler J., *Persons qualifying for treaty benefits*, p. 94 ss.

<sup>42</sup> Se entrambe gli Stati applicano o non applicano la trasparenza fiscale alla medesima partnership, siamo in presenza di una situazione di simmetria e non vi è ibridazione.

<sup>43</sup> Il tema è affrontato nel § 2.

<sup>44</sup> V. la ricognizione effettuata sui regimi fiscali domestici delle partnership nel §2.7.2.

operazioni fra soci e società ecc. – le quali caratterizzano il cd partnership approach di uno Stato.

Non è sempre detto inoltre che uno Stato adotti criteri coincidenti per la classificazione entità domestiche ed estere. In alcuni Stati, per esempio, l'identità dei criteri classificatori comporta che una fiscalità delle partnership domestiche non dissimile da quella delle partnership estere<sup>45</sup>; al contrario, in altri Stati l'impiego di differenti criteri di classificazione produce effetti macroscopicamente diversi sull'imputazione personale e la qualificazione dei redditi a fini fiscali<sup>46</sup>. A questo soccorre l'utilità di distinguere fra *domestic partnership approach (DPA)* e *foreign partnership approach (FPA)*, che stanno ad indicare l'esigenza di differenziare la tassazione delle partnership domestiche da quella delle partnership estere<sup>47</sup>.

Così anche non è detto che i criteri classificatori di uno Stato – sia per le partnership domestiche che per quelle estere – coincidano con quelli di un altro Stato. Nella scelta di ciascuno di essi, infatti, possono prevalere esigenze diverse, senza contare che il *foreign partnership approach* è espressione tipica del principio di territorialità fiscale degli Stati<sup>48</sup>.

Ebbene anche la concreta configurazione di quest'ultimo (il principio di territorialità) rappresenta un fattore di complessità, perché in base alle sue declinazioni domestiche, una medesima fattispecie transnazionale che vede coinvolta una partnership può dare luogo a conseguenze molto diverse da Stato a Stato, sia in termini di imputazione sia in termini di qualificazione dell'elemento reddituale.

#### **1.1.1.4 Interazione con ordinamenti giuridici di diverso livello (convenzionale, europeo e domestico)**

L'estrema variabilità di tutti questi fattori, unita all'asimmetrica sovrapposizione dei sistemi fiscali domestici, espone l'attività delle partnership internazionali ad un

---

<sup>45</sup> V. ad esempio il partnership approach francese trattato nel § 2.5 o quello tedesco trattato nel § 2.4.

<sup>46</sup> Il caso tipico è l'Italia, dove il regime obbligato per le società personali domestiche è la trasparenza fiscale prevista dall'art. 5 TUIR, mentre tutti gli enti esteri, ivi incluse le società trasparenti costituite all'estero, sono considerati fiscalmente opachi ai sensi dell'art. 73 TUIR; v. infra, § 2.1.

<sup>47</sup> Il tema è affrontato nel § 2.1.7.

<sup>48</sup> Il caso più esemplare è dato dagli Stati (per es. Germania, Francia, Svizzera e USA) che adottano un metodo di classificazione delle entità estere basato su test di somiglianza: tali test come vedremo possono essere basati su criteri diversi (la Svizzera per esempio impiega la personalità giuridica riconosciuta dal sistema legale di costituzione dell'entità, la Francia invece adotta un test di somiglianza basato su un insieme di criteri sviluppati dalla giurisprudenza, mentre la Germania impiega un metodo basato sul confronto rispetto alle entità domestiche). Anche gli Stati Uniti adottano un test di somiglianza ma la rilevanza di tale test è ridimensionata dal sistema di opzione che essi accordano a qualunque entità si trova nelle condizioni di doversi qualificare rispetto al sistema fiscale statunitense. Il tema è affrontato nel § 2.



elevato rischio di doppia imposizione internazionale o anche di doppia non imposizione internazionale<sup>49</sup>.

Rispetto a tali ipotesi, la presenza di un Trattato fiscale non offre sempre la garanzia di una soluzione soddisfacente. Lo standard OCSE (il più diffuso a livello internazionale) ammette la figura della partnership a godere espressamente dei benefici dei Trattati solo a partire dalla versione 2017<sup>50</sup>. Prima di allora l'estensione dei Trattati alle partnership avveniva solo in via interpretativa e in base alle raccomandazioni contenute nel Partnership Report OCSE del 1999. Il fatto che la gran parte dei Trattati siano stati stipulati in epoca antecedente all'ultimo standard – unitamente al fatto che lo standard non obbliga gli Stati ma è uno schema adattabile in base all'esito delle negoziazioni bilaterali di ciascun Trattato fiscale – ha come conseguenza che, l'inclusione delle partnerships nei Trattati di standard OCSE rappresenti un'eccezione e non una regola<sup>51</sup>.

In molti casi quindi, a meno di espresse disposizioni convenzionali in tema partnerships, l'esistenza di un Trattato fiscale fra due Stati rimette all'approccio unilaterale degli Stati il problema della doppia imposizione/doppia non imposizione derivante dall'attività delle partnership internazionali<sup>52</sup>.

Ove invece il Trattato fra due Stati contenga clausole esplicite per le partnerships, la complessità si arricchisce di ulteriori fattori, molti dei quali connessi all'interpretazione delle disposizioni convenzionali tutte le volte in cui gli Stati, per le ragioni più varie, ne facciano un'applicazione asimmetrica<sup>53</sup>.

Da una parte vi è la cd *tax treaty policy* degli Stati, cioè la politica convenzionale di uno Stato nel negoziare specifiche clausole del Trattato da applicare alle partnership<sup>54</sup> oppure nel prevedere specifiche norme fiscali interne dedicate all'applicazione dei Trattati che riguardino anche le partnership<sup>55</sup>.

---

<sup>49</sup> Cfr. Lüdicke J., "Tax Arbitrage" with Hybrid Entities: Challenges and Responses, in BIT, n.6-7/2014, p. 309 ss.

<sup>50</sup> V. infra, § 3.

<sup>51</sup> Diverso invece è lo standard statunitense dove l'inclusione delle partnerships è prevista sin dal Mod. USA 1996.

<sup>52</sup> È il caso del Trattato Italia-Regno Unito che esclude espressamente le partnership; v. infra, § 1.1

<sup>53</sup> Il tema dei conflitti interpretativi sulle disposizioni convenzionali quando sia coinvolta una partnership internazionale è discusso nel § 3.

<sup>54</sup> Un esempio tipico è la Treaty policy degli USA e della Germania: per coprire ad ampio spettro il maggior numero di casistiche reddituali, questi Stati tendono sempre a negoziare *partnership clauses* all'interno dei loro Trattati. Al contrario, la *Treaty policy* della Francia include raramente partnership clauses nei Trattati anche perché la configurazione fiscale delle sue partnership è nettamente atipica nel panorama internazionale, qualificandosi sempre come "persone residenti" ai fini del Trattato.

<sup>55</sup> Sul piano delle norme fiscali interne per l'applicazione dei Trattati, la Germania, la Svizzera e gli USA per esempio si sono dotati di disposizioni interne per evitare che l'applicazione dei Trattati possa condurre ad abusi o evasioni fiscali. Sulla *tax treaty policy* degli Stati incide notevolmente l'adesione alla teoria dualista e monista nel considerare il Trattato all'interno del sistema delle fonti tributarie e la possibilità che ne possa scaturire un *treaty overriding*.

Dall'altra vi è la cd *tax treaty practice* degli Stati, vale a dire quell'insieme di consolidati orientamenti adottati dall'amministrazione fiscale e dalla giurisprudenza di ciascuno Stato nell'applicazione dei Trattati<sup>56</sup>. In quanto orientamenti interni, essi potrebbero non conformarsi alle indicazioni contenute nei documenti dell'OCSE (Commentario e altri report monotematici). Nel caso delle partnership, la pratica domestica dei Trattati assume un ruolo ancora più rilevante giacché ciascuno Stato, nel seguire le regole di imputazione reddituale previste per le partnership dal proprio regime interno, spesso adotta soluzioni in aperta collisione con gli orientamenti OCSE.

Vi è infine la giurisprudenza delle Corti domestiche competenti nell'interpretazione dei Trattati fiscali alle partnership che frequentemente disegnano percorsi ricostruttivi alternativi sia alla prassi domestica che a quella OCSE<sup>57</sup>.

Un'altra difficoltà è poi rappresentata dall'ipotesi di situazioni triangolari, rispetto alle quali i redditi delle partnership internazionali possono essere attratti dai criteri di collegamento di più di due Stati<sup>58</sup>. In questo caso, le difficoltà finora riscontrate sia a livello domestico che convenzionale possono giungere fino al punto di

---

<sup>56</sup> Sul piano della prassi, spicca il primato della Germania: questa ha infatti adottato una apposita circolare per l'applicazione dei Trattati alle partnership che ricalca il Partnership Report OCSE 1999. In modo non dissimile, la Francia ha adottato da tempo un sistema di prassi generalizzata di applicazione delle norme fiscali diffusa mediante il BOFIP e consultabile online. V. infra § 3.

<sup>57</sup> L'esperienza dimostra che gli orientamenti giurisprudenziali domestici nell'applicazione dei Trattati possono influenzare significativamente la tax treaty practice di uno Stato. V. ad es. Maisto G. (a cura di), *Courts and tax treaty law*, IBFD, 2007.

<sup>58</sup> In siffatte circostanze, nemmeno la presenza dei Trattati con specifiche clausole sulle partnerships può essere considerata una garanzia, poiché la bilateralità delle negoziazioni convenzionali esclude in genere gli effetti su stati terzi. D'altro canto, la presenza di tre potenziali Trattati cui conformare la condotta fiscale degli Stati in una situazione triangolare costituisce una complicazione ulteriore del problema. L'OCSE ha dedicato al tema dei casi triangolari un apposito report. V. OECD Committee on Fiscal Affairs, *Triangular Cases, in Model Tax Convention: Four Related Studies* (OECD 1992).

Sul tema dei casi triangolari v. ad esempio le analisi condotte da: Fett E., *Triangular Cases. The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situations*, BIFD, 2014; Avery Jones J.F., *The David R. Tillinghast Lecture: Are Tax Treaties Necessary?*, in TLR, n. 1/1999 pp. 1-38; Avery Jones J.F. & Bobbett C., *Triangular Treaty Problems: A Summary of the Discussion in Seminar E at the IFA Congress in London*, in BIFD n.1/1999, pp. 16-20; García Prats F.A., *Triangular Cases and Residence as a Basis for Alleviating International Double Taxation. Rethinking the Subjective Scope of Double Tax Treaties*, in Intertax, n.11/1994, pp. 473-491; Kusters B., *Triangular Cases in Tax Treaties*, in APTB, n. 6/2009, pp. 372-377; Rust A., *Situs Principle v. Permanent Establishment Principle in International Tax Law*, in BIFD, n.1/2002, pp. 15-18; van Raad K., *The 1992 OECD Model Treaty: Triangular Cases*, in ET n.9/1993, pp. 298-301; Yong S., *Triangular Treaty Cases: Putting Permanent Establishments in Their Proper Place*, in BIT, pp. 152-164; Zhai G., *Triangular Cases Involving Income Attributable to PEs*, in TNI, n.12/2009, pp. 1105-1123.

Sugli effetti del report OCSE del 1992 nell'ambito dei singoli Trattati: Spector P., *"Triangular Problem" Settled in US-Netherlands Treaty Protocol*, in BIFD, n. 12/1993, pp. 698-700 (1993); Sutter F.P. - Zehetner U., *Triangular Tax Cases*, Linde 2004; Turro J., *U.S. and Dutch Negotiators Settle "Triangular Problem" in Protocol*, in TNI, n.13/1993, pp. 775-777; van der Stoep E., *Dutch Supreme Court Denies Tax Credit for Cross-Border Withholding*, in TNI, 2002, p. 1268; Pötgens F.P.G., *The Netherlands Supreme Court Again Excludes Credit of Withholding Tax in a Triangular Case*, in ET, n.4/2008, pp. 210-215.

Per un esame dei casi triangolari rispetto ai conflitti di residenza v. Vann R., *"Liable to Tax" and Company Residence under Tax Treaties*, in Maisto G. (ed.), *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2006, pp. 197-271; mentre rispetto all'applicazione del clausola antidiscriminatoria convenzionale, v. van Raad K., *Issues in the Application of Tax Treaty Non-Discrimination Clauses*, in BIFD, n.8-9/1988, pp. 347-351.

intrecciarsi in un nodo gordiano, rispetto al quale le soluzioni generali valide per i casi bilaterali devono lasciare il passo a soluzioni parziali che solo raramente soddisfano tutti gli Stati coinvolti nell'imposizione<sup>59</sup>. I casi triangolari che coinvolgono casi UE sollevano questioni ulteriormente più complesse perché l'ammissibilità di eventuali soluzioni in cui trova applicazione un Trattato deve sempre risultare conforme con le libertà del Trattato UE e i principi giurisprudenziali della CGUE<sup>60</sup>.

Ulteriore complicazione (non certamente in ordine di importanza) è data dalla possibile interferenza fra regime fiscale domestico delle partnership internazionali e le disposizioni antidiscriminatorie di fonte convenzionale ed europea.

### 1.1.2 Obiettivi e metodi della ricerca

L'esigenza di definire nel contempo obiettivi e metodi della ricerca è diretta conseguenza della prospettiva scelta per questa ricerca: all'intersezione fra il diritto tributario domestico, il diritto tributario europeo e il diritto convenzionale.

Tale prospettiva richiederà un duplice sforzo metodologico.

Da una parte sarà necessario rispettare questa ideale tripartizione per mettere ordine al cospicuo numero di fattori di complessità di questo tema. L'analisi tradizionale procederà quindi per livelli ordinamentali e tratterà le partnership nel diritto civile e tributario domestico, per poi passare all'esame della disciplina convenzionale e europea. Questo approccio avrà l'utilità di far emergere in modo progressivo le complicazioni derivanti dalle divergenti qualificazioni domestiche sia dei soggetti passivi dell'imposizione che dei redditi imponibili e i numerosi problemi che tali complicazioni sollevano nel diritto convenzionale ed europeo.

Nel contempo, sarà necessario riportare sempre l'esito dell'indagine sulle singole variabili di complessità all'obiettivo centrale di questo lavoro e verificare di

---

<sup>59</sup> Per ora è sufficiente notare che il Partnership Report 1999 discute le situazioni triangolari valutando l'effetto di eventuali Trattati fra tutte le coppie di Stati coinvolti.

<sup>60</sup> Come dimostra in modo esemplare il caso *Saint Gobain*, le transazioni triangolari (*triangular cases*) che coinvolgono Stati membri dell'UE possono comportare l'obbligo per uno Stato di applicare in modo asimmetrico un Trattato fiscale internazionale con un Paese esterno all'UE. L'argomento è stato oggetto di diversi studi, cfr.: Kostense H.E., *The Saint-Gobain Case and the Application of Tax Treaties. Evolution or Revolution?*, in *ECTR*, n.4/2000, pp. 220-232; Martín Jiménez A.J. - García Prats F.J. - Calderón Carrero J.M., *Triangular Cases, Tax Treaties and EC Law: The Saint-Gobain Decision of the ECJ*, in *BIFD*, n.6/2001, pp. 241-253.

Per un inquadramento dei casi triangolari nell'ambito della fiscalità europea armonizzata: Gusmeroli M., *Triangular Cases and the Interest and Royalties Directive: Untying the Gordian Knot?* – Part 1, in *ET*, n.1/2005, pp. 2-13 (2005), Aramini F., *Triangular cases under the OECD Model Convention and the European Court of Justice's case law*, in *DPTI*, n.1/2002, p. 39-126.

volta in volta come le norme, gli istituti e i principi interagiscono fra loro rispetto a questo.

Studiare il regime impositivo dei redditi transnazionali veicolati mediante le partnership richiederà inoltre di misurarsi con il metodo proprio del diritto comparato. Ciò accadrà soprattutto in relazione alla ricerca della nozione giuridica di partnership nei singoli ordinamenti di diritto civile ma anche in relazione allo studio del corrispondente regime di fiscalità diretta. Come vedremo, i due sono quasi sempre legati da una qualche relazione che non si atteggia in modo uniforme in tutti gli Stati esaminati.

Nell'ambito della comparazione l'analisi degli istituti privilegerà la prospettiva funzionale.

Come visto in precedenza<sup>61</sup>, il grado di complessità di questo tema è l'esito della concomitante interazione di numerosi fattori.

Individuare tali fattori e comporli all'interno di un quadro che dia chiarezza delle loro eventuali interdipendenze e del loro diverso grado di incidenza sulla tassazione delle partnership internazionali costituisce un obiettivo di questo lavoro. Rispetto a tale obiettivo, questa ricerca si propone di sviluppare e strutturare un metodo di analisi che, all'interno di uno schema causa-effetto fra queste variabili, faciliti lo studio della fiscalità diretta delle partnership internazionali nella prospettiva dell'Amministrazione finanziaria.

Le singole sezioni di questo lavoro contengono inoltre delle conclusioni parziali. Queste sono dedicate ad accogliere e consolidare le riflessioni che rappresentano in larga parte i sotto-obiettivi di questo lavoro. Ciò avverrà in particolare per la definizione di partnership e non-corporate-entities all'interno della prassi OCSE<sup>62</sup> e per la nozione giuridica di partnership come esito di uno studio comparato nel diritto civile degli Stati<sup>63</sup>.

Altri sotto-obiettivi di questo lavoro sono la comparazione fra i regimi di trasparenza fiscale delle partnership adottati dagli Stati considerati e l'esame delle clausole convenzionali specifiche nell'ambito di alcuni Trattati sottoscritti dall'Italia.

L'analisi delle modalità in cui il diritto europeo interagisce con la tassazione delle partnership internazionali, si pone come obiettivo quello di valutare la

---

<sup>61</sup> V. infra, §1.1.1.

<sup>62</sup> V. infra, §1.3.

<sup>63</sup> V. infra, §1.4.

compatibilità dei risultati fiscalmente non neutrali derivanti dall'interazione fra regimi fiscali domestici e convenzionali delle partnership con i principi dei Trattati UE e gli orientamenti CGUE.

### **1.1.2.1 Esclusioni**

La definizione degli obiettivi di questo lavoro si completa con la tradizionale individuazione dell'area dei temi che, malgrado le affinità e i punti di attiguità, ne restano esclusi.

Il tema della tassazione delle partnership è naturalmente focalizzato sullo studio dei regimi domestici di trasparenza fiscale, delle loro reciproche interrelazioni e dei loro riflessi sul diritto convenzionale ed europeo.

Per affinità concettuale, il tema della trasparenza richiama alla mente altri istituti e nozioni che, pur impiegando i medesimi meccanismi di imputazione applicabili alle partnership, sono preordinati a finalità completamente diverse.

Si pensi ad esempio alla frequente modalità con cui i sistemi fiscali realizzano l'integrazione degli imponibili fiscali in capo ad una *fiscal unit* per effetto di un regime di consolidamento fiscale, oppure alla evidente analogia di istituti che si realizza fra trasparenza delle partnership e tassazione per trasparenza degli utili di una cfc in numerosi sistemi fiscali, o ancora il meccanismo di imputazione reddituale per trasparenza che si realizza in capo al beneficiario effettivo dei redditi, quando fatti e circostanze legittimano uno Stato a trascurare l'imputazione che dovrebbe invece realizzarsi in capo a soggetti intermediari o interposti.

La trasparenza fiscale sembra quindi un concetto adattabile a spiegare in modo concreto ed efficace molte delle fattispecie tributarie in cui sorge l'esigenza di trascurare l'esistenza giuridica di un soggetto per consentire l'imputazione degli effetti ad altri soggetti a questo in qualche modo correlati. Anche se l'utilità pratica ne consente un impiego ampio in varie circostanze essa non è tuttavia sufficiente a realizzare una assimilazione di istituti e nozioni strutturalmente e funzionalmente diversi.

All'interno di ciascuno di questi istituti, nozioni e regimi è probabile (significa cioè che la cosa andrebbe approfondita) che la trasparenza svolga la comune funzione di separare le vicende dell'imputazione dell'attività da quelle dell'imputazione degli effetti reddituali. Cionondimeno ciascuno di essi resta funzionalmente autonomo e preordinato dal rispettivo ordinamento fiscale ad una finalità specifica che non ammette superficiali assimilazioni concettuali. Gli istituti citati restano dotati di una

propria autonomia concettuale e giuridica che ne richiede uno studio attento e rigoroso secondo i canoni propri della disciplina tributaria, pertanto il loro esame verrà escluso da questo lavoro.

Analoga argomentazione vale per il tema della stabile organizzazione.

Questo studio si troverà a sfiorare incidentalmente il rilievo strutturale e funzionale della figura della stabile organizzazione tutte le volte che le partnership presentino, secondo la prassi domestica o la pratica convenzionale di uno Stato, elementi sufficienti a ritenerne l'esistenza. La ragione per escludere da questa analisi le stabili organizzazioni non è solo quello di riconoscere all'istituto la sua degna collocazione scientifica, così tanto arricchita sia dagli sviluppi normativi domestici e convenzionali quanto da quelli europei. A questo, si aggiunge anche l'esigenza di limitare lo studio della tassazione delle partnership entro un quadro di analisi gestibile. La tassazione delle partnership internazionali infatti presenta già un elevato grado di complessità legato al fatto di comprendere potenzialmente tre Stati, quello della fonte, quello di organizzazione della partnership e quello di residenza del socio. L'ipotesi della presenza di eventuali stabili organizzazioni comporterebbe la potenziale estensione dell'analisi a 4 Stati, dovendo aggiungere - ai tre Stati già citati - anche lo Stato di una eventuale stabile organizzazione con redditi di fonte in un quarto Stato<sup>64</sup>.

Per tali ragioni anche il tema delle stabili organizzazioni resterà escluso da questo lavoro.

Saranno infine escluse dall'analisi tutte quelle figure affini alle partnership come i trust, le fondazioni, i Fondi sovrani, i veicoli di investimenti collettivo<sup>65</sup>, le varie configurazioni domestiche dei patrimoni separati, come le comunioni legali, i patrimoni separati per un unico affare, le società con patrimoni nidificati<sup>66</sup>, ecc. che tuttavia non presentano i caratteri che individueremo come distintivi della figura della partnership. Benché infatti a molte di esse potranno essere estese le conclusioni di questo lavoro, per garantire coerenza di analisi e puntualità dei risultati, per ciascuna di queste figure dovrebbe essere ripetuto il metodo di analisi qui applicato nell'indagarne la natura giuridica, il trattamento fiscale domestico, l'impatto del diritto europeo e l'applicabilità del diritto convenzionale.

---

<sup>64</sup> In questo caso, il limite minimo di questa analisi quadrangolare è dato dalla impostazione dei regimi fiscali domestici secondo la logica fonte-residenza e dalla natura bilaterale dei Trattati fiscali; il limite massimo è dato dall'ipotesi in cui la situazione quadrangolare si svolga all'interno dell'UE.

<sup>65</sup> Sulla natura dei CIVs, vedi la ricognizione nell'ambito della sezione dedicata alle non-corporate-entities nel §1.3.5.

<sup>66</sup> Si tratta di una specie societaria diffusa specialmente in USA, v. §1.4.6

### 1.1.3 Selezione dei Paesi per la comparazione

La scelta degli Stati rispetto ai quali effettuare la comparazione è fatta su base pragmatica, tenendo conto cioè delle specificità della legislazione domestica ma anche delle particolarità dei loro Trattati fiscali con l'Italia e della loro eventuale adesione all'UE.

Il Regno Unito è la giurisdizione di common law per eccellenza in cui le Corti (prima) e la legge (poi) hanno favorito lo sviluppo della partnership come un contratto che aggrega l'attività economica di più persone in una figura quasi del tutto trasparente, priva cioè di personalità giuridica e di soggettività di diritto<sup>67</sup>. Lo studio della legislazione civilistica delle partnership britanniche getta le fondamenta per la conoscenza della normativa sulle partnership adottata in tutte le altre giurisdizioni di common law (USA, Australia, Nuova Zelanda, ecc.). L'ordinamento britannico in larga misura recepisce nel campo fiscale la trasparenza civilistica delle partnership. Il suo Trattato con l'Italia contiene regole specifiche che escludono le partnership dalla categoria delle persone che possono invocare i benefici convenzionali. Dal primo gennaio 2021, inoltre, l'uscita del Regno Unito dall'UE produrrà effetti fiscali<sup>68</sup>.

La Germania è una giurisdizione di civil law in cui la tradizione giuridica romanistica ha seguito un autonomo percorso evolutivo<sup>69</sup>. Nel diritto civile tedesco le partnership non sono persone giuridiche ma godono di diversi gradi di soggettività. L'ordinamento fiscale prevede una tassazione per trasparenza sia delle partnership domestiche che di quelle estere, assimilate alle prime in base ad un test di somiglianza. Il suo Trattato con l'Italia contiene regole specifiche per le partnership ed è uno Stato membro UE.

Anche la Francia è una giurisdizione di civil law in cui la tradizione giuridica romanistica ha seguito un autonomo percorso evolutivo<sup>70</sup>. Il diritto civile francese riconosce le partnership come persone giuridiche (*personnes morales*) ma il sistema fiscale adotta due diversi tipi di trasparenza fiscale, uno per le forme giuridiche

---

<sup>67</sup> Tale fisionomia è stata definitivamente codificata in una legislazione civilistica risalente ai primi del XX secolo (1890 e 1907). L'unica eccezione al regime civilistico generale è data dalle deroghe previste per le partnership scozzesi, alle quali la legge accorda una diversa fisionomia giuridica, in particolare in termini di soggettività di diritto. Nel corso dei primi anni del XXI secolo una Commissione legislativa congiunta (nazionale e scozzese) ha proposto delle modifiche sostanziali alla legislazione civile in tema di partnership che tuttavia non sono state recepite dal Parlamento. V. infra, § 1.4.4

<sup>68</sup> Per una panoramica dei profili d'impatto della Brexit in materia fiscale v. Piazza M., Resnati C., Brexit: impatto sulla tassazione delle operazioni finanziarie e relative ai beni immateriali, in FCI, n3/2020, p. 5 ss.; Ferroni B., Brexit: ancora un rebus per le imprese, IF, n.26/2019, p. 2555 ss.

<sup>69</sup> I paesi a tradizione Romanistica sono ed es. la Germania, i Paesi scandinavi e la Francia.

<sup>70</sup> Il codice napoleonico del 1804 è alla base del diritto civile italiano.

deputate all'investimento immobiliare (trasparenza pura) e l'altro per le partnership (translucenza). Nel panorama della fiscalità diretta degli Stati, il regime della translucenza è unico nel suo genere ed è frequentemente all'origine di numerosi conflitti impositivi. La Francia è uno Stato membro UE e il suo Trattato fiscale con l'Italia contiene regole specifiche per le partnership.

Gli Stati Uniti sono una Federazione di Stati in cui, per effetto della storia coloniale, la prevalente tradizione del common law presenta talune contaminazioni con quella di civil law. Gli Stati Uniti hanno adottato una legge-quadro federale per la disciplina di diritto civile delle partnership (UPA) non uniformemente recepita in tutti gli Stati della Federazione. Tale legislazione ha subito numerose modifiche nel corso del tempo (RUPA e RE-RUPA). Dal 1997, l'ordinamento fiscale statunitense prevede un regime fiscale standard e nel contempo consente alle singole entità domestiche o estere in possesso di determinati requisiti di optare fra la tassazione societaria e quella per trasparenza. Gli Stati Uniti non sono uno Stato membro UE e il loro Trattato con l'Italia contiene regole specifiche per le partnership che seguono il modello USA 1996.

La Svizzera è una confederazione di Stati autonomi detti Cantoni in cui la tradizione giuridica tedesca ha notevolmente influenzato la disciplina civilistica delle partnership. L'ordinamento fiscale federale applica alle partnership un regime fiscale simile a quello italiano, trasparente all'interno e opaco all'esterno, ma con dei correttivi. Pur non essendo uno Stato membro UE, attraverso due Convenzioni multilaterali con l'UE accede ad un regime di circolazione dei capitali (dividendi, interessi e royalties) molto simile a quello vigente all'interno del mercato comune. Il suo Trattato con l'Italia contiene regole specifiche per le partnership.

La scelta di tali Paesi per la comparazione intende offrire un quadro delle conseguenze derivanti dall'interazione fra il sistema fiscale italiano e i sistemi fiscali esteri, tenendo conto anche dei Trattati e del diritto europeo al suo stato di evoluzione.

Questo studio sulla tassazione delle partnership internazionali quindi include Stati di common law e di civil law, Stati membri UE e Stati terzi, Stati legati all'Italia da Trattati fiscali di standard OCSE e Stati legati all'Italia da Trattati con regole specifiche sulle partnership.

Il confronto fra i Paesi di civil law e quelli di common law vuole focalizzare le difficoltà derivanti dall'applicazione delle categorie giuridiche dell'uno alle partnership dell'altro. Tali difficoltà hanno il loro immediato riflesso quando i due sistemi fiscali interagiscono in presenza di un Trattato che non ripartisce i diritti impositivi sui redditi delle partnership, come nel caso del Trattato fra Italia e Regno



Unito. Rispetto a tali difficoltà, il Trattato fra Italia e USA, che invece include le partnership, offre soluzioni molto più efficaci.

La scelta di includere nello studio Stati membri UE e Stati non membri UE vuole sottolineare l'incidenza del diritto europeo nei casi in cui è coinvolta una partnership internazionale e studiare come l'interferenza del diritto europeo sui Trattati fiscali è in grado di alterare il risultato finale della tassazione. Non casuale infine è stata la scelta di includere uno Stato per il quale si sta concludendo l'iter di recesso dall'UE: per esso infatti la validità delle regole europee che impattano sulla tassazione delle partnership dipenderà dal modo in cui la Dichiarazione politica sulle future relazioni tra l'UE e il Regno Unito troverà concreta applicazione nell'immediato futuro.

La scelta di includere nello studio Trattati fiscali dell'Italia con regole specifiche sulle partnership mira esaminare il funzionamento e gli effetti di tali clausole; la scelta di includere, invece i Trattati di standard OCSE mira comprendere la posizione degli Stati contraenti (fra cui l'Italia) rispetto ai principi-guida contenuti nel Partnership report del 1999 e nel Commentario al modello OCSE.

#### **1.1.4 Esame della letteratura**

Il tema della fiscalità diretta delle partnership internazionali registra un numero complessivamente esiguo di contributi letterari.

Nell'ambito della letteratura straniera, la gran parte degli studi è datata e, salvo casi rari, privilegia una comparazione fra pochi Stati scelti per lo più in ragione dell'incertezza applicativa che circonda sia legislazioni domestiche che la rete dei Trattati applicabili. Fra questi, inoltre, non si registrano contributi mirati ad esaminare i profili riguardanti l'applicazione dei principi del diritto europeo.

A fronte di questa scarsità di studi centrati sull'argomento, alcuni contributi della letteratura internazionale si sono rivelati determinanti sia nell'impostazione del metodo di questa ricerca sia per l'individuazione di alcuni suoi specifici snodi.

In due pionieristici studi dell'inizio degli anni '80, due autori tedeschi propongono un'analisi sulla tassazione delle partnership con attività internazionali nella prospettiva della legislazione fiscale tedesca<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Cfr. Detlev Jürgen Piltz, *Die Personengesellschaften im internationalen Steuerrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1981; Selent, A., *Ausländische personengesellschaften im ertrag- und vermögen steuerrecht*, 1982. Entrambe gli studi sono citati da Daniels (v. nota successiva).

In uno studio risalente al 1991, Daniels ha proposto un esame della tassazione delle partnership in tre Paesi (USA, Olanda e Germania)<sup>72</sup>.

L'anno 2000 segna una svolta negli sviluppi letterari sul tema di questa ricerca per effetto della pubblicazione del Partnership Report del 1999, dedicato ad accogliere le raccomandazioni elaborate dall'OCSE agli Stati per analizzare e (possibilmente) risolvere i diversi problemi sollevati dall'applicazione dei Trattati alle partnership.

In concomitanza con tale evento, la letteratura internazionale sembra aver intrapreso differenti direzioni di ricerca sul tema della tassazione delle partnership internazionali.

La prima è quella centrata sull'esame - spesso pedissequo e dettagliato - dei contenuti del Report dell'OCSE. A questo filone sono riconducibili in primo luogo i fondamentali lavori di Lang<sup>73</sup> e Baker<sup>74</sup>, seguiti poi da quelli di altri autori<sup>75</sup>.

Il principale contributo di questi lavori risiede da una parte nell'analisi critica dei criteri impiegati dal report e dall'altra nel tracciare e chiarire a più riprese i vari e necessari collegamenti concettuali fra l'approccio fiscale domestico alle partnership e i contenuti del Report.

Un'altra direzione di ricerca ha invece mirato allo studio delle "singolarità" domestiche. Ne sono un esempio gli studi (*State-oriented* o anche comparati) sui regimi nazionali di tassazione delle partnership o di *fiscal entity classification*<sup>76</sup>. Fra questi

---

<sup>72</sup> Cfr. Daniels A.H.M., *Issues in international partnership taxation*, Kluwer, 1991. Nell'esito pregevolissimo di questo lavoro, i risultati comparatistici tuttavia non contemplano l'esame dell'interazione fra i sistemi fiscali dei Paesi considerati.

Per ciascun Paese, i temi approfonditi sono in particolare: il regime fiscale delle partnership domestiche, del socio residente e del socio non residente, il foreign partnership approach, l'applicazione del mod. OCSE 1977 in vari scenari che, qualche anno più tardi, sarebbero stati inclusi nel Partnership Report OCSE 1999.

<sup>73</sup> Lang M., *The application of the OECD model tax convention to partnerships: a critical analysis of the report prepared by the OECD Committee on fiscal affairs*, Kluwer, 2000.

<sup>74</sup> Baker P., *The application of the Convention to partnerships, trusts and other, non-corporate entities*, in GITCR, vol.II, n.1/2002, p.4 ss.

<sup>75</sup> Fra questi segnaliamo per esempio: Schaffner J., *The OECD report on the application of tax Treaties to partnerships*, in BIT, 2000, p. 218 ss.; Engelen F., Pötgens F.P.G., *Report on "the application of the OECD Model tax convention to partnerships" and the interpretation of tax treaties*, in ET, vol.40, n.7/2000; Russo R., *The OECD approach to partnerships - some critical remarks*, in ET, vol.43, n.4/2003; Steindl M., Stiastry M., *The Impact of the OECD Partnership Report (1999) on Tax Avoidance in Outbound Cases*, in BIT, vol 68, n.2/2014.

<sup>76</sup> Stark K.J., Zolt E.M., *United States partnership taxation: current structure and proposals for reform*, in BIFD, n.7/2000, p.326 ss.; Yoshihiro Masui, *Taxation of partnerships in Japan*, in BIT, n.4/2000, p.150 ss.; Johnson E.J., Wilson G.C.L., *Taxation of partnerships in Canada*, in BIT, n.4/2000; Segat G., *The tax implications of Italian silent partnerships with non-resident partners*, in ET, n.11/2000; Lethaus H.J., Mohr H., *The taxation of German partnerships*, in BIT, n.8/2000; WIMAN B., *Partnership taxation in Sweden*, in BIT, n.4/2001; Helminen M., *Tax treatment of cross-border income derived through a partnership - a Finnish perspective*, in BIT, n.7/2002; Snel F., Mas C., *The classification of partnerships for tax purposes: a comparative analysis: Netherlands/Spain*, in ET, n.10/2003; Matsubara Y., *Japan - international tax aspects of the tokumei kumiai*, in APTB, n.1/2004, p.76 ss.; Russo R., Pedrazzini E., *The only way out*

spicca un lavoro coordinato da Avery Jones che, dopo aver svolto una ricognizione delle figure di partnership nel diritto civile in un cospicuo numero di Stati, propone una comparazione fra i principali criteri di classificazione fiscale delle partnership estere<sup>77</sup>. Fra gli studi sulle singolarità rispetto al tema generale vi sono poi quelli sui conflitti di qualificazione reddituale, derivanti sia dai conflitti di imputazione che dall'interpretazione dei Trattati<sup>78</sup>. In questa categoria di studi rientra per esempio anche l'analisi dei problemi sollevati da alcune pratiche fiscali domestiche di considerare i soci come stabili organizzazioni di una partnership estera o (viceversa) una partnership domestica come stabile organizzazione dei soci esteri<sup>79</sup>.

Solo in rarissimi casi, e peraltro non molto recenti, la letteratura si è avventurata in studi comparati sull'argomento.

In uno studio risalente al 2002, Salomé propone un'analisi sulla imputazione personale dei redditi delle partnership in base agli orientamenti OCSE, per poi verificare se questi trovano applicazione nel sistema fiscale svizzero e nella sua rete di

---

*is the way through: taxation of partnerships in Italy*, in ET, n.4/2005; Viitala T., *Finland amends tax treatment of foreign limited partners in private equity funds*, in ET, n.11/2005; Ploem, J., Kunc, D., Cernohouz, J., *Taxation of limited partnerships in the Czech Republic*, in ET, n.1/2007; Baranger S., *New guideline on recognition of transparency principle for foreign partnerships*, in ET, n.8-9/2007; Takahashi K., *Partnership taxation in Japan*, in BIT, n.9/2007; Hinnekens P., *Taxation of partnerships in Belgium: an imbroglio?*, in BIT, n.8/2008, p.402 ss.; Johnson E.J., Lille G.C., *The taxation of partnerships in Canada*, in BIT, n.8/2009; Eckl P., *Germany - New Circular on the Application of Tax Treaties to Partnerships*, in ET, n.8/2010; Popa O., *France - Partnership Taxation – Is France a Missing Piece of the OECD Puzzle?*, in ET, n.3/2012; Hoor O.R., *Classification of Foreign Entities for Luxembourg Tax Purposes: Methodology and Tax Consequences*, in ET, n.3/2012; Scardoni G., Baranger S., *Modernization of the Luxembourg Partnership: Luxembourg's Completion of Its Arsenal of Investment Vehicles*, in ET, n.11/2012; Mischo P., P Berna., *Luxembourg - Clarification of the Tax Treatment of Limited Partnerships*, in ET, vol.55, n.5/2015; Lipp M., *The German Silent Partnership*, in ET, n.7/2015.

<sup>77</sup> Avery Jones J.F., Broe D.L., Ellis Maarten J., Raad K.v., Le Gall J.P., Torriente H., Miyatake, T., Roberts S.I., Goldberg S.H., Killius J., Maisto G., Giuliani F., Vann R.J., Ward D.A., Wiman B., *Characterization of other states' partnerships for income tax*, in *Bulletin for International Taxation*, n.7/2002.

<sup>78</sup> Avery Jones J.F., *Conflicts of qualification: comment on prof. Vogel's and Alexander Rust's articles*, in BIT, vol.57, n.5/2003; Rust A., *The new approach to qualification conflicts has its limits*, in BIT, n.2/2003; Vogel K., *Conflicts of qualification: the discussion is not finished*, in BIT, vol.57, n.2/2003; Lamers A.W.G., Stevens T.J.A., *Classification conflicts: the cross-border tax treatment of the profit share of limited partners*, in ET, vol.44, n.4/2004; Gundisch S., *Solving conflicts of qualification by analogous application of tax treaties*, in BIT, vol.59, n.10/2005; Lang M., *2008 OECD Model: conflicts of qualification and double non-taxation* in BIT, n.5/2009; Lang M., *Conflicts of Income Allocation in Tax Treaty Law: The Differing Opinions of the Austrian Federal Ministry of Finance and the OECD*, in BIT, vol.67 n.2/2013; Danon R.J., *Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection*, n BIT, vol.68 n. 4-5/2014.

<sup>79</sup> In verità questo genere di problemi fu anticipato da studi precedenti al Partnership Report e centrati sul tema della stabile organizzazione come criterio di collegamento convenzionale. V. Avery Jones J.F., Ward D.A., *Agents as Permanent Establishments under the OECD Model Tax Convention*, in *European Taxation* n.5/1993, p. 151 ss.; Roberts S.I., *The Agency Element of Permanent Establishment: the OECD Commentaries from the Civil Law View*, in *Intertax*, 1993, p. 396ss.

Essi furono tuttavia ripresi ed inglobati a pieno titolo dalla letteratura sviluppatasi intorno al tema del trattamento convenzionale delle partnership per le evidenti e rilevanti connessioni che presentava con l'argomento.

Trattati fiscali<sup>80</sup>. Si tratta quindi di una analisi condotta nella prospettiva interna di un unico Stato che non si estende agli esiti dell'interazione con altri sistemi domestici.

In uno lavoro del 2005, Barenfeld esamina i problemi dell'imputazione dei rimedi convenzionali contro le doppie imposizioni sollevati dal regime fiscale svedese delle partnership estere (*hybrid*) e domestiche (*reverse hybrid*)<sup>81</sup>.

I lavori dell'IFA hanno rappresentato uno strumento molto utile sia come compendio della normativa nazionale dei vari Stati rappresentati, sia come spunto metodologico per l'impostazione dell'analisi. In particolare, l'IFA ha dedicato quattro importanti sessioni di studio al tema delle partnership internazionali: le prime tre sono precedenti al Partnership Report OCSE<sup>82</sup>, mentre quella successiva risale al 2014<sup>83</sup>. La ricerca ha tenuto in considerazione anche ulteriori studi dell'IFA che seppur centrati su altri temi toccano incidentalmente alcuni profili di questo tema<sup>84</sup>.

Più recentemente, sull'onda del BEPS Action Plan OCSE, la letteratura ha deviato l'interesse sul tema della tassazione delle partnership internazionali verso la loro attitudine a configurarsi come entità ibride impiegate nella pianificazione fiscale aggressiva rispetto alla quale i Governi sono chiamati ad adottare congiunte azioni di contenimento.

---

<sup>80</sup> Salomé H., *International taxation of partnerships: divergences in the personal attribution of income*, Bruylant, Shulthess, 2002.

<sup>81</sup> Barenfeld J., *Taxation of Cross-Border Partnerships, Double Tax Relief in Hybrid and Reverse Hybrid Situations*, IBFD, 2005. Il lavoro è stato discusso come tesi dottorale e poi pubblicato come volume n.9 nel catalogo delle tesi di ricerca della IBFD.

<sup>82</sup> IFA, Congress of the International Fiscal Association (Lausanne, 1973), *Partnerships and joint enterprises in international tax law*, in *Cahiers de droit fiscal international* Vol. 58 b), Amsterdam, Elvè, 1973; Id., 42<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association (Amsterdam 1988), *Recognition of foreign enterprises as taxable entities*, in *Cahiers de droit fiscal international* Vol. 73a, Kluwer, 1988; Id., 49<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995), *International income tax problems of partnerships*, in *Cahiers de droit fiscal international* vol. 80a), The Hague: Kluwer Law International, 1995.

<sup>83</sup> IFA – 68<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association (Mumbai 2014), *Qualification of taxable entities and treaty protection*, in *Cahiers de droit fiscal international* Vol. 99 b), The Hague: Sdu Uitgevers, 2014.

Coevo e similare allo studio IFA del 2014 è il volume Haase F., *Taxation of International Partnerships*, IBFD, 2014, opera collettanea mirata ad esaminare il regime di trasparenza fiscale delle partnership in un certo numero di Stati e a verificare se ed in quale modalità essi applicano i principi del Partnership Report

<sup>84</sup> IFA – Congress of the International Fiscal Association (Rio de Janeiro, 1989), *The disregard of a legal entity for tax purposes*, in *Cahiers de droit fiscal international* Vol. 74a, 1989; Id., 47<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association (Florence, 1993), *Interpretation of double taxation conventions*, in *Cahiers de droit fiscal international* vol. 78a), Deventer: Kluwer law and taxation, 1993; Id., 58<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association (Vienna, 2004) *Double non-taxation*, in *Cahiers de droit fiscal international* vol. 89a), Rotterdam: International fiscal association, 2004; Id., 59<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association (Buenos Aires, 2005), *Source and residence : new configuration of their principles*, in *Cahiers de droit fiscal international* vol. 90a), Rotterdam: International fiscal association, 2005; Id., 61<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association (Kyoto, 2007), *Conflicts on the attribution of income to a person*, in *Cahiers de droit fiscal international* vol. 92 b), Rotterdam: International fiscal association, 2007.

Va segnalato tuttavia che i due termini, *partnership* e *hybrid entity*, non sono fungibili giacché, come alcuni autori non hanno mancato di osservare<sup>85</sup>, l'impiego di *partnership* o di altre *non-corporate-entities* non risponde sempre a logiche fiscali e soprattutto non ha sempre finalità elusive.

La ricerca ha inoltre rilevato la sostanziale assenza di studi comparati sulla tassazione delle *partnership* internazionali che coinvolgessero la prospettiva dell'ordinamento fiscale italiano.

Sul tema generale dell'applicabilità dei Trattati alle *partnership*, anche la letteratura italiana ha registrato quel curioso fenomeno di "risveglio" dottrinario all'indomani del report OCSE del 1999.

Prima di allora, complice anche la riorganizzazione del TUIR avvenuta solo nel 2004, la dottrina italiana ha sostanzialmente trascurato l'argomento<sup>86</sup>, ritenendolo assorbito all'interno dei contributi dedicati all'esigenza generale di chiarire il regime impositivo dei soggetti non residenti<sup>87</sup>.

In conseguenza del report OCSE e dell'inclusione di gran parte delle sue conclusioni nel commentario 2003, la letteratura italiana ha sviluppato il dibattito dottrinario intorno ad alcune specifiche direttrici.

Una di queste è centrata sui requisiti di applicabilità dei Trattati alle *partnership*<sup>88</sup>. A questa si affianca una diversa direttrice di indagine centrata sul regime fiscale dei soci (soci residenti di *partnership* estere e i soci non residenti di *partnership* domestiche) e sulle potenziali anomalie derivanti da un'applicazione asimmetrica dei Trattati fiscali<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Fra i commentatori che sostengono espressamente questa posizione segnaliamo Baker P., *The application of the Convention to partnerships, trusts and other, non-corporate entities*, in GITCR, n.1/2002, p.4 ss.

<sup>86</sup> Fra i pochi contributi precedenti al Report OCSE del 1999 si segnalano: Fedele, A., *Profilo fiscale delle società di persone*, in RN, n.1/1988, p.553 ss.; Mayr S., *Società di persone: reddito imputato ai soci residenti in paesi con trattato*, in CT, 1991, p.1097 ss.; Id., *Società di persone estere: trattamento fiscale ai fini convenzionali*, in CT, 1997, p.788 e ss.

<sup>87</sup> Perrone L., *Problemi vecchi e nuovi in materia di imposizione sul reddito delle società e degli enti non residenti*, in RT, n.5/2001, p.1228.

<sup>88</sup> Saccardo N., *Le recenti modifiche alla Convenzione tipo dell'OCSE e al Commentario*, in RDT, n.4/2000, p.261 ss.; Carlo C., Spina F.M., *Le partnership joint ventures e le convenzioni contro le doppie imposizioni secondo l'OCSE*, in DPTI, n.1/2001, p. 87 ss.; Rinaldi D., *L'applicabilità delle convenzioni contro le doppie imposizioni alle società di persone*, in IF, 2002, p.130 ss.; Della Valle E., *La soggettività delle partnerships nel modello OCSE di convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni sul reddito: la prospettiva italiana*, in DPTI, n.3/2003, p. 753 ss.; Campolo G., Murphy R., *Le partnerships a partecipazione mista e le convenzioni contro le doppie imposizioni sul reddito*, in DPTI, n.3/2003, p.797 ss..

<sup>89</sup> Ferranti G., *Utilizzabili solo dai soci le ritenute delle società di capitali trasparenti*, in CT, n.40/2011, p.3263 ss.; Mayr S., *Partecipazioni in società di persone estere: il credito d'imposta secondo la circolare n. 9/e del 5 marzo 2015*, in BTI, n.5/2015, p.325 ss.; Rolle G., Belloni M., *Profili fiscali della partecipazione in società di persone estere*, in IF, n.32/2014, p.3173 ss.; Rolle G. e Belloni M., *Profili fiscali derivanti dalla partecipazione di non residenti in società trasparenti italiane*, in IF, n. 28/2015, p. 2749 ss.; Di Dio A., Fresca M., *Trust istituito in Italia e partnership estere: profili impositivi di matrice domestica e convenzionale*, in IF, n. 20/2016, p.1955 ss.

Ve ne è poi un'altra sorta in corrispondenza di alcuni rilevanti orientamenti della giurisprudenza e dell'Amministrazione finanziaria italiana che, in circostanze di obiettiva incertezza ma di legittima aspettativa, hanno negato l'applicazione dei Trattati fiscali alle partnership<sup>90</sup>.

In considerazione del fatto che l'Italia è spesso un Paese target di investimenti esteri effettuati attraverso veicoli fiscalmente trasparenti, di recente il tema in Italia è stato rinvigorito da alcuni contributi centrati sullo studio della fiscalità applicabile ai fondi di investimento esteri<sup>91</sup>.

Sebbene riferiti ad una figura con connotazioni del tutto particolari, per questa ricerca inoltre hanno assunto un particolare rilievo alcuni studi sulla fiscalità del trust<sup>92</sup>. Il regime fiscale dei redditi veicolati attraverso questa figura pone problemi simili a quelli sollevati dalle partnership, anche se caratterizzato da alcune complicazioni aggiuntive e da risultati spesso molto diversi<sup>93</sup>.

In tema di relazioni fra tassazione delle partnership e principi comunitari si registra infine un contributo isolato e centrato sull'analisi della sentenza europea *Continental*<sup>94</sup>.

Forse per effetto dell'approccio *all corporate* impiegato dal legislatore italiano<sup>95</sup> per la tassazione delle partnership estere, la letteratura italiana non registra invece quella vivace dialettica che caratterizza il dibattito dottrinario internazionale in tema di

---

<sup>90</sup> Grilli S., Brevi note in tema di applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni alle società di capitali trasparenti ai fini IRES (Commento a ris. Agenzia entrate 19 dicembre 2005, n. 171/E), in RDT, n.9/2006, p.134 s.; Gusmeroli M., Applicabilità della convenzione con lo stato dei soci di un fondo trasparente, in CT, n.12/2009, p.965; Avolio D., Condizioni per l'applicazione del regime convenzionale delle "partnerships" (Nota a Cass. sez. tribut. 26 febbraio 2009, n. 4600), in CT, n.18/2009, p.1453 ss.; Gusmeroli M., Trasparenza e beneficiario effettivo nella caverna di Platone - riflessioni sul caso Government pension investment fund (Cassazione n. 4600 del 26 febbraio 2009), in BT, 2010, p.413 ss.

<sup>91</sup> Grilli S., Tax treaty entitlement of investment funds, in DPTI, n.3/2004 p.863 ss.; Puri P., Zoppino A., Profili tributari delle "partnership" europee organizzate come fondi di fondi, in RT, n.4/2015, p. 949 ss.; Galli C, Mancinelli S., L'applicazione ai fondi esteri delle convenzioni contro le doppie imposizioni, in CT, 13/2018, p. 1017 ss.

<sup>92</sup> V. per tutti, Contrino A., Recenti indirizzi interpretativi sul regime fiscale di trust interposti, trasparenti e transnazionali: osservazioni critiche, in RDT, 2011, p. 317 ss.

<sup>93</sup> Per certi versi, la fiscalità del trust può essere considerata come un interessante laboratorio da cui estrarre aspetti utili per l'esame della fiscalità delle partnership internazionali. Rispetto al trust, infatti, queste ultime pongono problemi di complessità meno estesa. Per i punti di connessione fra la fiscalità dei trust e quella delle partnership internazionali v. infra, § 0.

<sup>94</sup> Stevanato D., *Tassazione delle "partnership" e libertà di stabilimento* (Nota a CGCE sez. I 6 dicembre 2007 (causa C-298/05), in CT, n.4/2008, p.291 ss.

<sup>95</sup> Il TUIR art. 73 c.1 lett.d) infatti include le partnership e gli enti esteri in generale fra quelli assoggettati ad IRES indipendentemente dalla natura giuridica e dal trattamento fiscale loro attribuiti dallo Stato in cui sono organizzati. Le partnership estere, per la legge fiscale italiana, sono considerate fiscalmente assimilate alle società di capitali estere. Sul tema si rinvia al §2.1

criteri di classificazione fiscale delle partnership come anche in tema di conflitti di qualificazione<sup>96</sup>.

La manualistica internazionale più diffusa presenta sistematici riferimenti al tema della tassazione delle partnership come problema connesso al requisito della residenza convenzionale e all'asimmetrica applicazione dei Trattati fiscali<sup>97</sup>.

Nella manualistica italiana il tema è affrontato raramente<sup>98</sup>.

Due soli contributi spiccano per centralità del tema e impostazione metodologica: l'uno<sup>99</sup> esamina la posizione dell'Italia rispetto al Partnership Report 1999 e l'altro<sup>100</sup> studia la tassazione delle partnership in Italia e USA e l'applicazione del relativo Trattato fiscale.

### **1.1.5 Piano del lavoro**

Il lavoro si articola in 5 capitoli.

Il capitolo introduttivo è dedicato ad un'analisi di contesto. Al suo interno trovano illustrazione il progetto di ricerca, la ricostruzione dello scenario di riferimento come sistema giuridico. Lo studio della nozione di partnership definito dalla prassi OCSE è finalizzato a chiarire lo spazio logico occupato da questa figura nell'ambito delle non-corporate entities. L'ultimo paragrafo contiene uno studio tassonomico della figura della partnership all'interno del diritto civile degli Stati.

Il secondo capitolo contiene lo studio del partnership approach nei sistemi fiscali selezionati. La prima parte è dedicata ad un inquadramento descrittivo, accogliendo - l'esame del partnership approach degli Stati. La seconda è dedicata un inquadramento prescrittivo proponendo un modello di analisi

---

<sup>96</sup> Tanto nei manuali quanto nei vari contributi dottrinari che riguardano l'applicazione di regole convenzionali, il tema dei conflitti di qualificazione infatti è ricordato come l'esito di una asimmetrica qualificazione reddituale fra Stato della fonte e Stato della residenza. Non si registrano tuttavia contributi mirati ad esaminare nel complesso la materia che ha indubbe connessioni col tema di questa ricerca e che nella realtà dei fatti si verifica frequentemente.

<sup>97</sup> Rohatgi R., *Basic international taxation* Richmond law & tax, Richmond Law & Tax Ltd, 2005 p.220 ss.; Malherbe P., *Elements of international income taxation*, 2015, Bruylant, p.46 ss.; Baker P., *Double taxation conventions: a manual on the OECD model tax convention on income and on capital*, 2001, Sweet & Maxwell, p.48 ss.; Graetz M. J., *Foundations of international income taxation*, 2003, Foundation Press: Thomson, p. 12 ss.; Arnold, B. J., *International tax primer*, 2002, Kluwer, p. 152 ss.; Schwarz J., *Schwarz on tax treaties*, 2018, Kluwer, p. 165 ss.

<sup>98</sup> V. Uckmar V., *Diritto tributario internazionale*, 2012, p. 14 e 55; Pistone P., *Diritto tributario internazionale*, 2019; il tema trova menzione più ampia in, Tarigo P., *Diritto tributario internazionale*, p. 29 e 67.

<sup>99</sup> Sfondrini A., *Le partnerships e la trasparenza fiscale*, in Dragonetti A., Sfondrini A., Piacentini V., *Manuale di fiscalità internazionale*, Kluwer, 2014, p. 1111 ss.

<sup>100</sup> Rossi M., *L'applicazione dei trattati fiscali alle "partnership" e agli enti ibridi*, in Uckmar V., *Diritto tributario internazionale*, Milano, 2005, pag. 289 ss.

Il terzo capitolo esamina la tassazione delle partnership internazionali all'interno dei Trattati. La prima parte accoglie la discussione di alcune preliminari questioni metodologiche, fra queste: un inquadramento dei conflitti di classificazione e qualificazione e le regole ermeneutiche del diritto internazionale fiscale idonee a superare tali conflitti. L'esame del Partnership Report 1999 è finalizzato ad estrarne i principi-guida confluiti nei successivi Mod. OCSE. La parte centrale del capitolo esamina le nuove disposizioni che il Mod. OCSE 2017 dedica alle partnerships e il rapporto fra queste e tutte le altre disposizioni del Trattato.

Il quarto capitolo esamina l'impatto del diritto europeo e della giurisprudenza della CGUE sulla tassazione delle partnership internazionali quando l'attività di questa coinvolge Stati membri UE.

Al quinto capitolo sono affidate le conclusioni del lavoro.

## **1.2 ALL'ORIGINE DEL PROBLEMA: PARTNERSHIPS E NON-CORPORATE-ENTITIES NELLA PRASSI OCSE E LORO CONFIGURAZIONE NEL DIRITTO DOMESTICO DEGLI STATI**

Per dare conto del percorso logico sviluppato da questa ricerca e puntare nel contempo al nucleo dei problemi che ruotano intorno al tema scelto, riteniamo utile prendere le mosse dall'esame della nozione di partnership nella prassi OCSE.

Il fatto che la prassi OCSE manifesti l'esigenza di discutere formalmente la misura in cui la protezione dei Trattati fiscali possa essere invocata dalle *non-corporate-entities* in generale, e dalle partnership in particolare, solleva infatti diverse riflessioni preliminari che hanno contribuito a disegnare l'itinerario di questo studio.

L'applicazione dei Trattati fiscali avviene sulla base di requisiti soggettivi (personalità e residenza) che trovano corrispondenza generalmente uniforme in tutti gli Stati sia per le persone fisiche (*individuals*) che giuridiche (*corporations*).

In assenza di tali requisiti, i Trattati sono inapplicabili.

Esiste tuttavia una categoria di figure o entità la cui natura giuridica varia da Stato a Stato e per le quali è estremamente complicato stabilire "di principio" la ricorrenza dei requisiti necessari all'applicabilità di un Trattato fiscale. Tali figure sono



spesso chiamate, enti ibridi<sup>101</sup>, o trasparenti<sup>102</sup> o più generalmente “enti intermedi” proprio per intendere la loro alterità rispetto ad *individuals* e *corporate entities*.

Nel discutere il problema dell'applicazione dei Trattati fiscali alle entità intermedie, il Partnership report del 1999 e i successivi Commentari OCSE sostengono che le raccomandazioni relative alle partnership devono in generale ritenersi valide anche per le *non-corporate-entities*. In questo modo, la prassi OCSE individua un rapporto di specie a genere che indica nelle partnership la *species* e nelle *non-corporate-entities* il relativo *genus*<sup>103</sup>.

In tale contesto, l'OCSE spiega che il termine *partnerships* indica quelle figure di tipo societario caratterizzate da un grado di soggettività e un meccanismo di imputazione degli effetti giuridici derogatori rispetto a quelli ordinariamente riconosciuti a persone fisiche (*individuals*) e giuridiche (*corporations*) dalla legislazione degli Stati<sup>104</sup>. Tale termine è dunque impiegato nell'accezione valida nel diritto civile e commerciale degli Stati e non nell'accezione del diritto fiscale che, quando richiesta, è sempre opportunamente specificata.

Per individuare le partnership cui va applicata la prassi OCSE, occorre dunque fare rinvio alla legislazione domestica di ciascuno Stato.

C'è da ritenere che, in assenza di ulteriori dettagli, altrettanto valga per la nozione di *non-corporate-entities* che, come abbiamo detto, è il *genus* che include le partnership e che peraltro sembra circoscrivere uno spazio logico di tipo residuale.

Va notato però che, sia la definizione “di rinvio” di partnership che la “non definizione” del *genus non-corporate-entities* sollevano dei problemi.

---

<sup>101</sup> Si è visto come la qualifica di entità fiscalmente ibride non è una caratteristica esclusiva delle partnership ma in generale di tutti gli enti oggetto di conflitto di classificazione fiscale da parte di due diversi Stati. La nozione di ibridazione, originariamente sviluppatasi nella prassi statunitense, è stata assimilata nel gergo dei lavori BEPS per distinguere la “direzione” del conflitto di classificazione: la natura di *hybrid* indica un ente o uno strumento giuridico qualificato trasparente nello Stato di costituzione e opaco in un altro Stato mentre *reverse hybrid* indica la situazione inversa.

<sup>102</sup> Il concetto di ente trasparente non è sufficientemente preciso se si considera che la trasparenza è sia un regime civilistico che un regime fiscale e che nel diritto degli Stati la trasparenza fiscale può declinarsi in ulteriori sotto-tipi con caratteristiche molto diverse.

<sup>103</sup> Nella prospettiva di una comparazione fra diversi sistemi giuridici, resa necessaria da una pratica degli affari sempre più orientata alla transnazionalità degli scambi economici, in questa materia è forte l'esigenza di una tassonomia che aiuti ad individuare le varie figure giuridiche disciplinate dagli ordinamenti e l'esigenza di una classificazione utile a ragionare sui tratti giuridici comuni al *genus* delle *non-corporate-entities* e in particolar modo delle partnership, specie che a questo appartengono.

<sup>104</sup> OECD Partnerships report 1999, mn. 2: «*In this respect, it should also be noted that the references to “partnerships” in this report cover entities that qualify as such under civil or commercial law as opposed to tax law. Thus the term “partnership”, as used in this report, does not imply anything about the tax treatment of the relevant entity and should not be confused with a reference to entities, whether partnerships or not, which are treated as transparent for tax purposes*».

L'impiego della tecnica del rinvio per la nozione di partnership sollecita immediatamente due considerazioni. La prima è che ciascuna legislazione domestica può prevedere una diversa conformazione di partnership: il che solleva un problema di divergenza fra le nozioni domestiche di partnership<sup>105</sup>. La seconda è che i criteri normativi adottati da ciascuno Stato per classificare un ente estero come partnership possono non coincidere: il che solleva l'ulteriore questione del riconoscimento reciproco delle società, caro al diritto internazionale privato e che tanta fatica ha richiesto al diritto europeo<sup>106</sup>.

La nozione di *non-corporate-entities* sembra avere il pregio della sintesi ed avere la funzione di semplificare: appare quindi una categoria unificante di tutte quelle figure che nella legislazione degli Stati sono carenti di un assetto *corporate*. Ciò vale anche per la nozione di partnership, la quale è impiegata come se tale nozione registrasse un univoco corrispondente all'interno di tutti gli ordinamenti domestici.

Questo passaggio logico, breve ma significativo, racchiude *in nuce* l'insieme dei numerosi fattori di problematicità che ruotano intorno a questo argomento.

L'assunto di base da cui la prassi OCSE avvia la discussione sull'applicabilità dei Trattati alle partnership è che una nozione comune di *partnership* e di *non-corporate-entities* esista e che gli Stati facciano riferimento a queste per applicare le indicazioni OCSE.

Un tale assunto tuttavia non richiama gli elementi che ne consentano una effettiva dimostrazione. Esso si limita semplicemente a dare per acquisito che tali nozioni giuridiche esistano o abbiano una qualche corrispondenza concettuale in tutti gli Stati ma soprattutto che il loro significato abbia eguale valore giuridico all'interno dei relativi ordinamenti domestici.

Valutare se e quando tali circostanze ricorrano, dunque, è compito di chi applica i Trattati, cioè degli Stati.

Ciò sta a significare che tutte le volte che sorge il problema di tassare le partnership internazionali (o le *non-corporate-entities*) e di applicare i Trattati fiscali occorre ripetere l'operazione di valutazione e assimilazione logica data come assunto di base: cioè che la nozione di partnership impiegata dall'OCSE per discutere l'applicabilità dei Trattati corrisponda a quella del diritto interno di uno Stato o che nell'ente domestico di volta in volta considerato ne ricorrano i parametri.

---

<sup>105</sup> V. infra, § 1.4.

<sup>106</sup> L'argomento è marginalmente trattato con riferimento alla giurisprudenza della CGUE nel § 3.

A quanto pare si tratta quindi di una questione apparentemente terminologica che in realtà comporta l'esame di questioni di sostanza giuridica.

Quel breve passaggio logico rintracciabile nella prassi OCSE è dunque la sintesi semplificativa di una operazione implicita: essa segnala l'incombenza per gli Stati coinvolti dall'attività di una partnership internazionale di verificare di volta in volta che l'ente in questione, domestico o estero che sia, presenti i caratteri della nozione OCSE.

Un tale elemento è quindi indiziario di una realtà ben più complessa in cui le nozioni OCSE potrebbero molto probabilmente non corrispondere a significati di uguale valore giuridico nel diritto degli Stati, la qual cosa va quindi verificata.

A ben vedere, inoltre, l'incombenza di uno Stato di verificare se l'ente in questione sia una partnership o meno, non si pone esclusivamente nel caso in cui un Trattato esista e sia applicabile alla fattispecie ma anche nel caso in cui un Trattato fiscale non vi sia, oppure esso non sia applicabile. Con l'eccezione dell'Italia e di pochi altri casi, numerosi Stati infatti adottano criteri più o meno simili di "decodificazione fiscale" delle partnership estere basati sulla corrispondenza dei caratteri giuridici che contraddistinguono le partnership nel diritto civile e commerciale domestico. Un tale elemento si aggiunge all'indizio precedente nel suggerire che le nozioni OCSE non trovino uguale corrispondenza nel diritto degli Stati.

In conseguenza a queste preliminari riflessioni, si può quindi ritenere che le nozioni OCSE di *partnership* e di *non-corporate-entities* esprimano l'esigenza di discutere in modo unitario i problemi dell'applicabilità dei Trattati alle entità intermedie.

L'assunto di base per una tale discussione è che tali nozioni abbiano omologhi rintracciabili nel diritto degli Stati e che questi abbiano identica consistenza giuridica rispetto ai relativi ordinamenti giuridici.

Un tale assunto non è di fatto verificato essendovi indizi che muovono in direzione completamente inversa.

Rispetto a tale assunto sorge quindi l'esigenza di effettuare una indagine in due diverse direzioni.

La prima è verificare se la funzione semplificatoria svolta dalle nozioni OCSE di *partnership* e di *non-corporate-entities* si basi su un tratto giuridico unificante. Se un tale elemento esiste, ne va identificata la natura. Se un tale elemento invece non esiste occorrerà comprendere quali effetti comporti una tale mancanza, per esempio

sulla potenziale arbitrarietà degli Stati nell'includere o nell'escludere una figura dalla nozione OCSE di partnership.

Una volta appurato che nelle nozioni OCSE vi è un elemento unificante dotato di una qualche consistenza giuridica, occorrerà verificare anche il secondo elemento dell'assunto OCSE e cioè che tali nozioni riscontrino un significato omologo nel diritto degli Stati e che tale significato assuma eguale consistenza giuridica all'interno del relativo ordinamento. Se una tale identità concettuale esiste il valore della nozione OCSE ne uscirà rafforzata nella sua utilità pragmatica. In caso contrario l'utilità della nozione potrebbe esaurirsi nella discussione di situazioni ipotetiche di cui vanno di volta in volta verificate le circostanze e i caratteri definitivi in tutti gli ordinamenti degli Stati coinvolti.

Per i motivi sopra ricordati una tale indagine assume valore sia nel caso (più frequente) in cui esista un Trattato fiscale sia quando un Trattato fiscale non esista. Rispetto a quest'ultima ipotesi la prassi OCSE è quindi indicativa di un problema (trattamento fiscale delle entità intermedie estere) che ha una propria autonomia e richiede la conoscenza delle divergenti normative domestiche.

Quindi, la nozione OCSE di partnership, la sua collocazione all'interno della categoria delle *non-corporate-entities* e, da qui, la declinazione che tale nozione assume nel diritto civile degli Stati rappresentano per questo lavoro i prodromi della ricerca, cioè il nucleo intorno al quale ruota in primo luogo il tema dei conflitti impositivi fra ordinamenti domestici e in secondo luogo il ruolo assunto dal diritto convenzionale (se e quando applicabile) e dal diritto europeo sia rispetto ai conflitti che alle loro potenziali soluzioni.

Esaminare preliminarmente l'esatto contenuto giuridico della nozione OCSE di partnership nell'ambito delle *non-corporate-entities* sarà quindi fondamentale per comprendere sia la famiglia che il genus di entità per i quali l'OCSE propone delle soluzioni di prassi ma soprattutto per individuare la corrispondenza di tali parametri con le singole specie di enti domestici all'interno di ciascun ordinamento. Ciò indipendentemente dal fatto che uno Stato sia fra quelli che seguono o disattendono la prassi OCSE sulle partnership poiché i problemi fiscali che queste sollevano si pongono sia per gli uni che per gli altri.

I paragrafi successivi (§1.4 e 1.5) sono orientati a svolgere una indagine sul contenuto giuridico della nozione OCSE di *non-corporate-entities e di partnership*.

Con riguardo alla nozione di *partnership*, l'indagine comparata si spingerà a verificare se e quando l'assunto di base della prassi OCSE possa dirsi verificato negli ordinamenti di diritto civile degli Stati considerati.

### 1.3 LE NON-CORPORATE-ENTITIES NELLA PRASSI OCSE: UNA RICOGNIZIONE

Come sopra ricordato<sup>107</sup>, la prassi OCSE estende alle *non-corporate-entities* la validità delle conclusioni relative alle *partnership*, individuando in questo modo un rapporto di specie a genere.

L'indagine che nel prossimo paragrafo riguarderà le *partnership* richiede quindi un preliminare inquadramento della nozione di *non-corporate-entities*, alla ricerca di un qualche elemento di valore giuridico in grado di definire il perimetro logico e la funzione di tale categoria.

Dal punto di vista concettuale l'indagine deve avviarsi dalla nozione “negativa” di *corporate entity* e dall'omologo concetto riscontrabile nel diritto civile degli Stati. Nell'accezione anglo americana, il termine *corporate* è riferito ad un ente (*entity*) dotato di personalità, organizzato in forma societaria o associativa e che aggrega la volontà e l'iniziativa di più persone (carattere che identifica la funzione di *body* cioè corpo aggregante) rispetto ad un fine comune definito dall'atto istitutivo. La “incorporazione”, in questo senso, è l'esito di un processo composito che conduce alla costituzione di un nuovo soggetto di diritto (*legal entity*) dotato di personalità giuridica, il cui patrimonio, la cui attività e la cui responsabilità seguono vicende separate da quelle dei suoi membri<sup>108</sup>.

Di conseguenza, l'espressione *corporate entity* sembra convergere verso il più preciso significato di “ente legalmente personificato”<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> V. infra, § 1.2.

<sup>108</sup> Il tentativo di decodificare il significato giuridico di *corporate* e *corporation* nell'ambito del common law richiede la sua contestualizzazione rispetto al valore giuridico che altri importanti nozioni come la personalità giuridica acquisiscono in tale contesto.

Sul punto, cfr. Voce “Corporations”, in *Halsbury's Law of England*, IX, London, 1974, p. 777: «The word 'person' in a public statute as a general rule includes a person in law, that is, a corporation, as well as a natural person; and, in every Act of Parliament passed on or after 1st January 1890, the expression 'person', unless the contrary intention appears, includes any body of persons corporate or unincorporate. A corporation is not included in the word 'person' when used in a statute contains expressions that are repugnant to that construction»

V. anche, Basile M., Falzea A., voce “Persona giuridica”, in *Enc. del dir.*, XXXIII, 1983 il quale, circa la relazione che intercorre fra il termine anglosassone *person* e l'attributo *corporate*, conclude citando l'*Interpretation Act* britannico del 1978 (schedule n.1) secondo cui «'person' includes a body of persons corporate or unincorporate».

<sup>109</sup> Tale concetto troverà più ampia definizione nelle conclusioni di questo capitolo soprattutto grazie alla segnalazione delle dovute cautele che devono adoperarsi nel definire i rapporti fra personalità giuridica e soggettività nel *civil law* e nel *common law*.

Rispetto a tale concetto, la nozione OCSE di *non-corporate-entity* assume quindi una funzione definitoria in negativo, tracciando uno spazio logico per differenza rispetto alle figure degli *individuals*, dotati naturalmente di personalità giuridica e rispetto alle figure delle *incorporated companies*, cioè quelle aggregazioni di persone dotate di personalità giuridica e piena soggettività di diritto.

Rispetto a tale spazio logico “in negativo” la seguente ricognizione è orientata ad individuare le tipologie più comuni e diffuse di entità (*o persons*) che il diritto degli Stati conosce come “legalmente non personificate”.

### **1.3.1 Trust: lo strumento elettivo per dissociare i diritti soggettivi dai sottostanti interessi**

Il trust è senza dubbio uno dei prodotti più caratteristici del diritto anglosassone<sup>110</sup> e nel contempo è uno dei casi più esemplari del fenomeno della circolazione dei modelli giuridici. Un ruolo rilevante a questo riguardo è stato svolto dalla Convenzione dell’Aia del 1985, alla quale molti paesi hanno aderito<sup>111</sup>.

L’istituto del trust si colloca fra le manifestazioni di volontà finalizzate ad imporre l’obbligo di esercitare un diritto nell’interesse di altrui<sup>112</sup>.

Sebbene nel diritto degli Stati la fattispecie risponda ad una struttura complessivamente omogenea, le maggiori differenze tra i sistemi giuridici si riscontrano riguardo le regole che accordano tutela, danno consistenza giuridica e stabiliscono limiti ai diritti e alle relazioni giuridiche contenute in tale fattispecie.

Il successo dell’istituto del trust è dovuto sia alla diffusione geografica del common law, sia alla sua elevata flessibilità funzionale: esso infatti si presta ad un uso molto esteso sia come strumento di trasmissione generazionale della ricchezza, che come strumento di investimento e garanzia nel mondo degli affari in genere e della finanza in particolare.

La struttura del Trust ricalca in larga misura la struttura della *fiducia* civilistica<sup>113</sup> e contempla normalmente tre diverse figure: il *settlor* o il costituente del trust, il *trustee*

---

<sup>110</sup> Cfr. Gambaro A., Trust, voce in Digesto Priv., XIX, Torino, 1999, p.449 ss.

<sup>111</sup> Convenzione dell’Aja del 1 luglio 1985 sulla legge applicabile ai trust.

<sup>112</sup> Graziadei M., Trusts nel diritto anglo-americano, in Digesto comm., XVI, Torino, 1999, p. 256 ss.

<sup>113</sup> Il *fideicommissum* è una disposizione testamentaria non esattamente identica ma con marcate analogie rispetto al trust: cfr. Johnston, Trust and Trust-like Devices in Roman Law, in AA.VV., Itinera fiduciae, Berlin, 1998, p.45 s.

Sul fedecommissio v. Trifone R., Fedecommissio, in Nuovissimo digesto italiano, vol. VII, Utet, Torino 1957; Tria L., Il fedecommissio nella legislazione e nella dottrina dal XVI secolo ai nostri giorni, Milano, 1945.

o fiduciario che ne acquista la proprietà (*fiduciae causa*) con obbligo gestorio a beneficio di un altro soggetto, detto *beneficiario*<sup>114</sup>. Tale struttura tuttavia non è rigida e spesso corrisponde a relazioni giuridiche di tipo bilaterale o anche quadrilaterale: ciò avviene ad esempio quando il *settlor* designi se stesso come trustee o come beneficiario, oppure quando un *protector* con funzioni di sorveglianza sulla gestione affianca il trustee.

Il tratto più originale che caratterizza la relazione fiduciaria alla base del trust risiede nella più efficace tutela di tipo ingiuntivo (e non esclusivamente risarcitorio) che la giurisdizione di *equity* accorda alle posizioni giuridiche del settlor e del beneficiario nei confronti del trustee<sup>115</sup>.

I suoi sviluppi seguono l'evoluzione della giurisdizione di Equity e nella sua progressiva separazione dalla giurisdizione del common law<sup>116</sup>.

La durata del trust è limitata dalla *rule against perpetuities*, il cui limite variabile è espresso in anni (generalmente 80 o 100 anni) a seconda del regime domestico di costituzione<sup>117</sup>.

L'istituzione di un trust avviene per atto unilaterale mediante due diversi negozi giuridici: uno di tipo costitutivo e l'altro di tipo traslatorio. Sebbene rinvenibili spesso in unico atto, si tratta di due negozi distinti: il primo regola l'attribuzione dei beni del costituente al trustee, il secondo detta le regole di gestione dei beni, i profili organizzativi del trust (come la designazione, sostituzione e successione del trustee, la previsione di un protector, le modalità e le tempistiche di assegnazione dei benefici, le modalità di designazione dei beneficiari ecc).

L'istituzione di un trust segue lo schema logico della separazione di un patrimonio<sup>118</sup> per uno specifico scopo e la sua segregazione è funzionale all'attività gestoria del trustee in favore di un beneficiario. Esso non comporta la costituzione di

---

<sup>114</sup> «A trust is an arrangement whereby one person (or a group of persons), the trustee (or trustees), holds the legal title to property in trust for one or more beneficiaries (who are said to have an equitable interest in the property». V. Fratcher W., Scott A.W., *The Law of Trusts*, 1987, p.28-31.

<sup>115</sup> V. Gambaro A., *Trust*, cit.; sui tratti distintivi della giurisdizione di equity nell'ambito del common law inglese v. Pasa B., *Common Law*, voce in *Digesto civ. (I agg.)*, Utet, Torino, 2011, p. 172 ss., in specie par. 3.

<sup>116</sup> Waters D., *The Concept Called "The Trust"*, in BIFD, n.3/1999, p.118 ss; Gallanis T.P., Liebman L., Crivellaro J., Lupoi M., Neocleous E., Wilson D.W. and Nagai C.L., Milo J.M., Santisteban S.M., Partsch T., Houet J., Vicari A., Grimm A., Rehahn J., *The trust in continental Europe: a brief comment from a U.S. observe*, in CJELO, n.2/2012.

<sup>117</sup> V. Fusaro A., *Perpetuities*, voce in *Dig. priv.*, Vol. XIV, Torino, 1995; sulla funzione della *rule against perpetuities* nell'ambito del trust, v. Gambaro A, *Trust*, cit., par.6.

<sup>118</sup> Sul tema della separazione patrimoniale cfr. Buonfrate A., *Patrimonio destinato e separato*, in *Digesto priv.*, terza appendice di aggiornamento, Torino, 2007; mentre sul rapporto fra regime di separazione (o segregazione patrimoniale) e trust v. Lupoi, *Trusts*, voce in *Enc. giur.*, XXV, Roma, p.472 ss.

un nuovo soggetto giuridico e questo vale maggiormente a differenziarlo dalla fondazione.

Un trust è in genere sprovvisto di personalità giuridica come anche di una qualunque forma di soggettività di diritto<sup>119</sup>.

Sul piano tributario, la tassazione dei redditi riconducibili ad un trust solleva problemi di tale ordine da essere considerata “materia oscura”<sup>120</sup>.

È curioso in primo luogo rilevare come nella tradizione del common law i redditi dei trust siano all’origine della fondamentale distinzione fra *income* o *revenue* (concetto attiguo alla nostra categoria di reddito/entrata) e *capital* (equivalente al concetto di capitale inteso come patrimonio separato e conferito per uno scopo)<sup>121</sup>.

Nella legislazione fiscale degli Stati si riscontrano numerose divergenze di approccio, molte delle quali variano in funzione delle diverse modalità in cui gli Stati tassano le molteplici situazioni reddituali che si possono generare per effetto delle previsioni dell’atto costitutivo. Va notato inoltre che, i Paesi che non hanno incorporato nel loro ordinamento l’istituto del trust hanno maggiore esigenza di normazione fiscale per tassare i relativi redditi<sup>122</sup>.

In linea di principio, trattandosi di un negozio fiduciario a contenuto gestorio di beni con imputazione degli effetti giuridico patrimoniali ad altro soggetto, il trust pone problemi in tutto e per tutto simili a quelli delle partnership anche se con alcune complicazioni.

Tali complicazioni riguardano l’imputazione dei redditi, la modalità di applicazione dell’eventuale regime di trasparenza, la classificazione fiscale dei redditi dei beneficiari e dei trustee.

Circa l’imputazione dei redditi i due approcci possibili sono: la tassazione dei redditi in capo al trust considerato fiscalmente opaco e la tassazione dei redditi in capo al beneficiario ignorando l’esistenza del trust.

Il primo approccio ha il pregio della semplicità ma quando la tassazione è applicata ad aliquota massima è molto spesso accompagnato da un credito di imposta in capo al beneficiario.

---

<sup>119</sup> Fra le poche eccezioni vi sono le public charities americane.

<sup>120</sup> V. Turonij V., *Comparative tax law*, cit., p. 286.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 238-39 e in particolare nota 25. La questione è segnalata come punto di origine non solo della differenza fra reddito e capitale ma anche fra costo e minusvalenza. In altre parole, gli sviluppi della legge dei trust per l’autore sarebbero all’origine delle attuali pratiche contabili che distinguono gli incrementi e decrementi economici da quelli di tipo patrimoniale.

<sup>122</sup> V. Turonij V., *Tax law design*, cit, p. 26.



Il secondo è, in analogia con le partnership, quello che sembrerebbe più naturale ma pone una serie di complicazioni quando il Trust accumula una parte dei redditi distribuendo gli altri al beneficiario.

Nell'impiego della trasparenza fiscale, vi sono numerose opzioni tecniche la cui materiale codificazione legislativa può dare luogo a un trattamento fiscale molto differente fra gli Stati<sup>123</sup>.

In primo luogo, occorre individuare a quale delle due relazioni giuridico patrimoniali applicare il principio di trasparenza: se a quella fra grantor/trustee o a quella trustee/beneficiario, oppure ad entrambe.

Rispetto alla prima (grantor/trustee) va segnalato che le disposizioni interne di un trust possono contenere clausole che, direttamente o indirettamente, riservano al grantor/settlor un controllo sostanziale sui beni oppure il potere di revoca del trust. In tali casi si pone il problema di regolare l'applicazione della trasparenza fiscale: se in ragione dell'imputazione civilistica degli effetti (il che richiede un nesso fra norma civile e norma fiscale) oppure sulla base di una regola fiscale assoluta.

Rispetto alla seconda (trustee/beneficiario) si pone il problema di individuare i beneficiari reali dei redditi quando questi non esistono ancora o sono sconosciuti o sono discrezionalmente designati dal trustee. In tal caso, l'unico approccio possibile è la scelta di una tassazione di "prossimità" dei redditi del trust in capo al trustee.

Vi sono poi due modi per applicare la trasparenza fiscale ai redditi del beneficiario, che potremmo chiamare "per cassa" o "per competenza". Il primo tassa esclusivamente i redditi effettivamente pagati al beneficiario il secondo tassa i redditi che il beneficiario ha titolo a percepire.

Si pone poi il problema della qualificazione dei redditi del trust che in qualche modo dipende anche dalla qualificazione fiscale del trust. A questo riguardo due opzioni sono possibili: i redditi mantengono la loro originale natura fiscale (in applicazione del principio di trasparenza pura) oppure una diversa qualificazione espressamente definita dalla legge fiscale.

---

<sup>123</sup> V. Turonij V., Tax law design, cit, p. 26.

### 1.3.2 Fondazioni: il binomio di personalità e autorità

Come noto, nella genetica delle fondazioni è scritta la storia di una nozione fondamentale della cultura giuridica occidentale: la personalità giuridica<sup>124</sup>.

Tale figura si è originariamente sviluppata nel sistema di civil law come strumento di protezione patrimoniale. In tale contesto, l'ampia diffusione della figura ha contribuito al progressivo consolidamento di un comune modello rispetto al quale sono rintracciabili alcuni elementi ricorrenti.

La fondazione è un'organizzazione autonoma quasi sempre dotata di personalità giuridica e di un patrimonio destinato ad uno scopo di pubblica utilità, soggetta alla vigilanza di autorità pubbliche

L'istituzione di una fondazione avviene con atto unilaterale (o con disposizione testamentaria) contenente due diversi negozi giuridici: uno di tipo traslativo e l'altro di tipo costitutivo. Con il primo avviene la dotazione dei mezzi con l'altro la regolazione degli aspetti organizzativi, inclusa l'indicazione delle finalità di pubblica utilità (che possono estendersi alla famiglia, alle comunità intermedie e alla società in genere).

Nel perseguimento di uno scopo altruistico la fondazione è generalmente definita come "*universitas bonorum*", dove la prevalenza dell'aspetto patrimoniale vale a distinguerla dalla "*universitas personarum*" tipica delle associazioni.

Tutti questi elementi non sempre hanno trovato simultaneo e costante riscontro nella tradizione di civil law. Così accade, ad esempio che alcuni Stati includano nello scopo della fondazione l'esercizio sistematico di attività commerciale<sup>125</sup>; o che gli scopi di pubblica utilità debbano trovare corrispondenza fra quelli tassativamente declinati dalla legge; o che l'alveo di atipicità del modello domestico ammetta varianti dotate di base associativa<sup>126</sup>; o che l'autorizzazione pubblica sia sostituita da una registrazione certificante l'esistenza dei requisiti normativi; o infine che sia ammessa, entro certi limiti e a certe condizioni, l'ipotesi di una modifica dello statuto. Come si vedrà anche per le partnership, si tratta invero di differenze con un peso specifico molto diverso: in alcuni casi sono puramente formali o lessicali, in altri sono strutturali e rispondono alla diversa modalità con la quale il modello è stato innestato e poi

---

<sup>124</sup> Le origini storiche dell'istituto della fondazione sono utili a comprenderne la funzione e l'evoluzione sia nel civil law che nel common law. V. Panico P., Sviluppo delle fondazioni nel common law, in TAT, n.2/2018, p.129 ss.; Id., *Private foundations and trusts: just the same but different?*, in TT, n.1/2016, p.132 ss.

<sup>125</sup> Ibidem.

<sup>126</sup> In Italia, per esempio, a questo schema rispondono le fondazioni bancarie. Queste vanno tenute separate dalle cd fondazioni di partecipazione che invece sono fondazioni classiche nelle quali successivi atti unilaterali realizzano una formazione incrementale del patrimonio.

metabolizzato nel singolo ordinamento. Nella gran parte dei casi, le differenze non incidono sulla funzione che questo modello giuridico è chiamato geneticamente a volgere nell'ambito degli ordinamenti di civil law<sup>127</sup>.

La conformazione giuridica della fondazione presenta numerose affinità con quella del trust anche se fra le due intercorrono alcune differenze giuridicamente sostanziali. Ai fini di questo lavoro è sufficiente rilevare che tali differenze riguardano in particolare la tutela dei soci e i poteri del fondatore/settlor.

Questa affinità riguarda in qualche modo anche la vicenda della circolazione dei relativi modelli. Al pari di quanto è avvenuto con il trust per il civil law, l'istituto della fondazione rappresenta infatti un modello giuridico importato nel common law<sup>128</sup>, anche se tale innesto ha riguardato solo alcune giurisdizioni offshore. Nei grandi Stati di common law, infatti, la categoria della fondazione è sconosciuta: di regola, la sua funzione è per lo più assolta da figure con diversa configurazione giuridica come trust o *non profit organisation* anche in forma di *companies* (cioè di società ordinarie), mentre il carattere altruistico dell'attività emerge dall'attributo implicito o esplicito di *charity*<sup>129</sup>.

Il successo riscosso dalla figura della fondazione ha comportato il consolidamento delle sue diverse varianti in tre principali tipi.

Il primo corrisponde alle fondazioni di tipo classico, rispondenti alla "fondazione di famiglia" di tradizione tedesca, simili al trust nella struttura e nella

---

<sup>127</sup> Cfr. Fusaro A., *Uno sguardo comparatistico sul diritto delle fondazioni*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n.5/2012, p. 20327 ss.

<sup>128</sup> Cfr. Panico P., *Fondazioni private nelle giurisdizioni di common law: un flusso controcorrente?*, in *TT*, 2006, p.507; Id., *Sviluppo delle fondazioni nel common law*, in *TAT*, n.2/2018, p.129. Mutuando la teoria dei "flussi giuridici" che alimenta la circolazione e il trapianto dei modelli giuridici fra ordinamenti, l'A. ha definito il fenomeno come "flusso controcorrente". Sulla teoria dei flussi, v. Lupoi M., *Sistemi giuridici comparati*, Traccia di un corso, Esi, 2001;

<sup>129</sup> In Gran Bretagna per esempio rileva la distinzione tra *charitable trusts*, *charitable companies* e le più recenti *charitable incorporated organisations*.

In USA invece la fondazione rientra nella più ampia categoria delle *non profit organizations* che di regola sono organizzazioni donative ove l'eventuale attività d'impresa è gestita da soggetti diversi dai finanziatori e per le quali vige il divieto di distribuzione degli utili.

Nell'ambito del non profit la fondazione in USA è una species del genus *charities*. Le *private* o *independent foundations* nascono per iniziativa di privati o famiglie, il loro fondo di dotazione è alimentato prevalentemente da fonti finanziarie di un unico individuo e godono di benefici fiscali più contenuti.

Fra le *charities* coesistono anche altri tipi di fondazioni. Le *public charities* o *community foundations* perseguono scopi di interesse generale si alimentano grazie a finanziamenti pubblici e godono di esenzione fiscale pressoché completa. Le *company* or *corporation sponsored* sono invece fondazioni controllate da una società finanziatrice con l'obiettivo di erogare borse di studio o sussidi a determinate categorie di persone. Le *operating foundations* sono imprese non profit che finanziano istituti di ricerca e musei. Cfr. Fusaro A., *Uno sguardo comparatistico sul diritto delle fondazioni*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n.5/2012, p. 20327 ss.; Ponzanelli G., *Fondazioni in diritto comparato*, voce in *Digesto priv.*, Torino, 1992 p.367 ss.

conformazione delle relazioni giuridiche<sup>130</sup> ma diverse da questo nella forma dell'istituto e nel tipo di tutela<sup>131</sup>.

Il secondo tipo è quello delle fondazioni olandesi, dotate di autonoma personalità giuridica e spesso impiegate nel mondo della finanza anche a livello internazionale.

Il terzo tipo è un modello misto, introdotto agli inizi degli anni 2000 e circolato velocemente fra numerose giurisdizioni offshore di common law, che combina gli elementi del modello classico con alcuni caratteri del diritto dei trust e del diritto delle società<sup>132</sup>.

In questo specifico contesto, la figura della fondazione ha subito poi ulteriori contaminazioni che oggi sono oggetto di ulteriore circolazione fra gli Stati<sup>133</sup>.

Le dinamiche e le tempistiche di tale evoluzione sembrano suggerire che il modello stia evolvendo verso soluzioni innovative – una seconda “generazione” di fondazioni – in cui si riflette la tendenza degli Stati a soppiantare la logica dell'importazione dei modelli esteri di successo con quella della competizione nell'elaborazione di tipi maggiormente attraenti in termini di versatilità funzionale.

### **1.3.3 Partnership: “doing business as a transparent vehicle”**

La partnership rappresenta un veicolo giuridico straordinariamente diffuso soprattutto nella pratica degli affari internazionali.

Sebbene non tutti gli Stati conoscano la forma giuridica della partnership, quasi tutti gli ordinamenti giuridici prevedono un veicolo giuridico di tipo societario (*animus*

---

<sup>130</sup> Fra gli Stati di civil law che hanno adottato questo tipo, tuttavia non vi è uniformità. Per esempio in Germania, l'istituto è disciplinato dal codice civile e richiede un'autorizzazione amministrativa che certifichi l'esistenza dei requisiti sostanziali, scopo, patrimonio e organizzazione. La fondazione tedesca può assumere lo status di impresa che esercita un'attività commerciale o anche di holding di partecipazioni e come tale gode di totale esenzione dall'imposizione diretta. Il sistema francese invece ha conosciuto una legislazione sulle fondazioni solo a partire dalla metà degli anni '80. Ciò forse a causa dell'atavica avversione dell'autoritarismo napoleonico verso i corpi intermedi. Prima di allora la fondazione era un regime essenzialmente giurisprudenziale. Cfr. Ponzanelli G., *Fondazioni in diritto comparato*, cit., p.367 ss.

<sup>131</sup> I beneficiari di un trust infatti beneficiano della tutela di equity, mentre quelli di una fondazione discrezionale beneficiano esclusivamente delle norme che disciplinano la fondazione e delle disposizioni dell'atto costitutivo. V. Panico P., *Sviluppo delle fondazioni nel common law, in trust e attività fiduciarie*, n.2/2018, p.132.

<sup>132</sup> Il primo Stato ad introdurre questo modello fu l'isola St Kitts seguita poi da numerosi altre giurisdizioni offshore: Bahamas (2004), Antigua and Barbuda (2007), Anguilla (2008), Jersey (2009), Seychelles 2009, Vanuatu 2009, Belize 2010, Labuan 2010, Isle of Man 2011, Mauritius 2012, Cook Islands 2012, Guernsey 2012, Barbados 2012, Samoa (2016). Cfr. Fusaro A., *Uno sguardo comparatistico sul diritto delle fondazioni*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n.5/2012, p. 20327; Panico P., *Private Foundations. Law and Practice*, Oxford University Press, 2014.

<sup>133</sup> Di recente, alcuni Stati di common law hanno introdotto versioni evolutive dell'istituto: si tratta di Gibilterra, Isole Cayman, lo Stato americano del New Hampshire, il Dubai international financial Centre (giurisdizione di common law nel territorio degli Emirati). In alcune di queste, la fondazione prende la forma della *company foundation* che risponde al diritto societario e ha molte inserzioni della legislazione speciale sui trust. Cfr. Panico P., *Sviluppo delle fondazioni nel common law...cit.*, p.129.

*societatis*) a base personale (*intuitu personae*) configurato come accordo contrattuale fra persone che condividono risorse per lo svolgimento congiunto di attività a beneficio comune<sup>134</sup>.

Come si spiegherà meglio a breve, non esiste una nozione generalmente accettata di partnership: essa è codificata in modo non uniforme nei vari ordinamenti di diritto civile e non risponde ad un unico modello organizzativo.

Nelle legislazioni domestiche la figura della partnership riceve infatti disciplina differenziata sotto molti profili: tipologie sociali, restrizioni sull'attività svolta, regime di responsabilità dei soci, rapporti fra soci, fra socie e società, fra società e terzi, poteri di amministrazione e rappresentanza, ecc.

È facilmente osservabile che la partnership assume gradi di soggettività variabile a seconda dell'ordinamento giuridico di riferimento e della sua conformazione generale. A questo riguardo, le differenze più macroscopiche sono rinvenibili nel confronto fra Stati di *common law* e *civil law*, dove la soggettività delle partnerships risponde a differenti modelli teorici i quali danno luogo a differenti metodi di imputazione degli effetti giuridici. Riguardando prevalentemente il rapporto fra socio e società, tali differenze si ripercuotono inevitabilmente sui rapporti fra società e terzi. Il primo è la spendita del nome della società, elemento indispensabile a chiarire che l'attività della persona con lo status di socio è riconducibile ad una attività della società. Un altro aspetto rilevante è la personalità giuridica, riconosciuta solo in alcuni ordinamenti e strumentale all'imputazione delle fattispecie di ordine prevalentemente patrimoniale. Vi è poi l'imputazione dell'attività d'impresa e la connessa qualifica di imprenditore, strumentale ad assoggettare la società o i soci alle regole del diritto commerciale (fallimento, bancarotta, procedure concorsuali ecc.). Complementare a questo aspetto, vi è poi quello della titolarità dei diritti connessi ai beni patrimoniali necessari allo svolgimento dell'attività della partnership.

Per le partnership inoltre è quasi sempre prevista una formalizzazione consistente nella registrazione dell'attività svolta (impresa o altre attività assoggettate a registrazione) o nell'adempimento che assiste la costituzione della società personale. Tale formalizzazione tuttavia non è richiesta per le figure delle partnership occulte o anche dette "silenziose" che, in genere delle partnership condividono la funzione ma non la configurazione giuridica.

---

<sup>134</sup> V. infra, § 1.4.

I soci delle partnership hanno quasi sempre un controllo diretto degli amministratori, i quali molto spesso sono scelti proprio fra i soci.

In alcuni Stati inoltre possono esistere dei vincoli in ordine al numero dei soci o alla loro natura giuridica (che ad esempio può escludere le società).

Vi è poi il profilo della legittimazione processuale che, a secondo del grado di soggettività riconosciuto dallo Stato alla partnership, può investire la sola società, i soci oppure entrambe.

La sua conformazione giuridica estremamente flessibile e funzionale a molteplici impieghi le dona un carattere non comune ad altre figure societarie previste nella legislazione domestica degli Stati.

La partnership infatti configura una forma societaria più flessibile rispetto alla corporation, è dotata di maggiore snellezza gestionale, maggiore semplicità nelle procedure di costituzione, più bassi costi di mantenimento. Quasi sempre lo status giuridico della partnership è assistito da particolare tutela dei soci, sia rispetto alla circolazione delle partecipazioni sia rispetto alle pretese dei creditori<sup>135</sup>.

Uno dei tratti caratterizzanti delle partnership risiede nella responsabilità illimitata dei soci, sebbene con diverse eccezioni. Molti Stati, infatti prevedono nella propria legislazione formule tipizzate di partnership in cui la responsabilità illimitata di alcuni soci, è affiancata alla responsabilità limitata di altri. Alcuni Stati inoltre prevedono tipologie di partnership in cui tutti i soci hanno responsabilità limitata per le obbligazioni sociali, similmente a quanto avviene per i soci delle corporation<sup>136</sup>.

Tutti gli aspetti finora ricordati<sup>137</sup> la rendono un ottimo prodotto di “entity shopping” nel mercato delle regole<sup>138</sup> per la pianificazione d’impresa sia domestica che internazionale.

Considerevole parte dei vantaggi derivanti dalla scelta della partnership come veicolo di business deriva inoltre dalla tassazione dei suoi redditi. Di regola, questa avviene secondo il regime di trasparenza fiscale domestica applicato dallo Stato di costituzione o di gestione della partnership.

In una prospettiva domestica, in genere i regimi di trasparenza fiscale consentono l’imputazione automatica e proporzionale ai soci di redditi, perdite, crediti

---

<sup>135</sup> Daniels T.H.M., *International Partnerships: Comparative Law Remarks on the Taxation of Income...* cit. p. 354-355.

<sup>136</sup> V. infra, §1.4.6.

<sup>137</sup> L’analisi di tutti questi elementi all’interno degli ordinamenti domestici troverà maggiore dettaglio nel § 1.4.

<sup>138</sup>

d'imposta (per investimenti ma anche per imposte estere) e altri benefici della società<sup>139</sup>. Il maggior vantaggio di tale regime consiste in una tassazione mono-livello sui soli soci<sup>140</sup> (in genere ad aliquota marginale); al contrario delle corporation che invece subiscono una tassazione multilivello, prima sulla società (in genere ad aliquota flat) e poi sui soci (in genere ad aliquota marginale). Questo ha generalmente due grandi utilità: la prima è l'inapplicabilità delle ritenute dovute sulla distribuzione dei dividendi, la seconda è l'inclusione della quota di utili e perdite nel reddito complessivo del socio percettore e l'applicazione a questo del regime fiscale naturale previsto dall'ordinamento tributario<sup>141</sup>.

Come si vedrà meglio in seguito<sup>142</sup>, i regimi domestici di trasparenza fiscale tuttavia non sono uniformi e possono prevedere significative differenze sia nella modalità di imputazione come anche nelle modalità di tassazione dei redditi interni o nelle obbligazioni fiscali strumentali incombenti su soci e società. Tale difformità si riscontra soprattutto rispetto ai redditi delle partnership internazionali<sup>143</sup>. L'asimmetria fra tali criteri, ove non risolta da eventuali Trattati fiscali, è fonte di elevata incertezza. Il rischio di doppia imposizione o doppia non imposizione che si accompagna a tale incertezza costituisce, da una parte, un fattore negativo, dall'altra, una ampia opportunità di pianificazione fiscale internazionale.

In sintesi, questa figura si caratterizza per la sua fisionomia societaria. Essa rappresenta un veicolo giuridico per lo svolgimento delle attività più varie, con particolare (ma non esclusiva) predilezione per le attività economiche finalizzate al profitto. È uno strumento qualificato dal diritto commerciale degli Stati, assistito in vario modo da un regime di particolare tutela sia all'interno del vincolo societario (fra i soci) che all'esterno (creditori) ma che non risponde ad un preciso modello giuridico. La disciplina che regola questa figura nel diritto civile e commerciale si affianca ad un regime fiscale anch'esso molto variabile da Stato a Stato.

---

<sup>139</sup> Pugh R.C., Role of Tax Treaties in Characterizing Business Organizations as Partnerships or Corporations, in Reflections offertes a Paul Sibille, Bruxelles, Bruylant, 1981, p.757 ss., in part. 762.

<sup>140</sup> Smiley S., Planning for Joint Business Ventures: When Does Cooperation Create a Tax Partnership, in Tax Executive, n. 4/1986, p.343 ss.

<sup>141</sup> Pugh R.C., Role of Tax Treaties in Characterizing Business Organizations as Partnerships or Corporations, in Reflections offertes a Paul Sibille, Bruxelles, Bruylant, 1981, p.757 ss.

<sup>142</sup> V. infra cap. 2.

<sup>143</sup> Gli Stati infatti potrebbero inoltre adottare regimi di trasparenza fiscale fra loro molto diversi: dai meno attrattivi che prevedono in ogni caso la tassazione domestica dei redditi prodotti sul territorio a quelli che invece considerano l'entità completamente inesistente.

### 1.3.4 Joint ventures: una molteplicità di formule giuridiche e non giuridiche per la cooperazione d'impresa

La figura della joint-venture non corrisponde ad una forma tipizzata né di tipo societario, né di tipo contrattuale nell'ordinamento degli Stati. In questo senso l'espressione non definisce mai una nozione giuridica riconosciuta nel diritto degli Stati. Piuttosto, essa è impiegata come sinonimo di alleanza, cioè come volontà di cooperare con particolare intensità verso finalità comuni di tipo strategico o "win-win"<sup>144</sup>. Il concetto di alleanza evoca a sua volta un'ampia gamma di relazioni potenziali sia tipo economico che giuridico, sia di tipo organizzativo che funzionale. Un'alleanza fra due diverse imprese (non collegate) ad esempio può prendere forma in un contratto di fornitura o vendita esclusiva, di collaborazione per ricerca e sviluppo, di co-marketing, o anche nella costituzione di una società start-up in un mercato innovativo. Gli effetti giuridici ed economici di tale collaborazione possono essere notevolmente diversi in ragione dei diversi strumenti e veicoli impiegati.

Nella sostanza, essa si caratterizza per la condivisione di strategie e il coordinamento di attività congiunte, finalizzate ad un obiettivo comune, rispondendo ad una insieme prefigurato di condivisi intenti e non necessariamente ad una figura organizzativa propria (fondazione, partnership, società incorporata o trust). In tale schema, l'*intuitu personae* gioca un ruolo di sicuro rilievo ma non si accompagna all'*animus societatis*. Ciò soprattutto vale a differenziarla dalle società di tipo informale, come le società non registrate e di fatto. L'inesistenza di un sinallagma societario comporta l'inesistenza di strutture dotate di una qualche soggettività cui possa essere imputata l'attività delle parti di una joint venture. Come conseguenza, ciascuna parte della joint venture resta indipendente rispetto all'altra ed a ciascuna parte saranno imputati i soli effetti giuridici della propria attività.

La cooperazione strategica mossa dall'intento collaborativo verso un comune scopo può concretizzarsi giuridicamente in joint venture di tipo societario (*equity joint*

---

<sup>144</sup> È definibile strategia *win-win* quel set di scelte che comportano un esito positivo per tutte le parti di una negoziazione.

Nella teoria dei giochi individua quei giochi nei quali normalmente la cooperazione avviene in base a regole per effetto delle quali non esistono vinti, ma tutti i giocatori sono vincitori.

Nelle scienze economiche l'espressione identifica una negoziazione attraverso la quale le parti sono mutuamente convinte di soddisfare i propri interessi o di perseguire gli obiettivi desiderati. Cfr. Bazerman Max H. e Neale Margaret A., *Negotiating Rationally*, New York, NY, Free Press, 1992, p.89 ss.



*ventures*) o di tipo contrattuale (*contractual joint ventures*). Fra queste sono incluse le *partnership*<sup>145</sup> ma semplicemente come una delle molte modalità alternative.

La scelta fra le due tipologie (*contractual/equity*) spesso riflette il grado di intensità della collaborazione anche se altri elementi possono intervenire: la sua prospettiva temporale, le esigenze richieste dal tipo di attività<sup>146</sup> o dal mercato in cui la *joint venture* intende operare. Naturalmente la costituzione di forme societarie comporta delle rigidità strutturali, che sono in parte funzione del regime societario del Paese in cui essa è costituita.

La *joint venture* non è in generale un centro di imputazione di attività giuridica.

È importante sottolineare tuttavia che la natura degli istituti giuridici o dei tipi contrattuali impiegati non varia per effetto di avere avuto origine in una *joint venture*. Perché questo effetto si produca nella sostanza, lo strumento giuridico di volta in volta scelto (contratto/società) deve essere parallelamente assistito da accordi ritualmente formalizzati, (generalmente detti *master joint ventures agreement* e *ancillary joint ventures agreements*), che contengono i diritti e gli obblighi giuridici in cui si sostanzia la collaborazione e rispetto ai quali i partecipanti si vincolano reciprocamente<sup>147</sup>.

In ultima analisi, l'espressione *joint venture* sembra trovare uniformità solo nel suo significato funzionale e mai strutturale. Essa pertanto non indica una nozione dotata di consistenza giuridica e tantomeno identifica una figura organizzativa dotata di qualche soggettività. Essa è significativa di un comune intento di più soggetti a collaborare verso una data finalità. Tale intento collaborativo può prendere forma in molteplici modalità, semplificate o anche composite, che includono anche la costituzione di entità soggettivamente differenziate, fra queste le *partnership*. Gli accordi giuridici paralleli sono mirati a vincolare reciprocamente l'attività e le scelte giuridicamente rilevanti dei partecipanti alla *joint ventures* e potenzialmente anche quelle dei soci di una eventuale *partnership*, ma non offrono alcuna connotazione aggiuntiva alla natura giuridica della società o del contratto di volta in volta adottato dalle parti.

---

<sup>145</sup> È curioso notare che la letteratura individui nelle *partnership joint ventures* un sottotipo delle *joint ventures* contrattuali e non societarie. Questo spiega la tendenza della pratica degli affari a considerare come società sono quelle incorporate ed ad escludere dal rango delle società tutto il resto, come le *partnership*.

<sup>146</sup> Per esempio, quando le *joint ventures* coinvolgono imprese estere ed hanno ad oggetto attività minerarie (come la ricerca di base, l'estrazione delle risorse minerarie o la bonifica dei siti estrattivi) la legislazione domestica potrebbe prevedere particolari tipi di cautele come ad esempio una determinata forma societaria.

<sup>147</sup> Fra questi ad esempio, possono esservi dei contratti preliminari a contenuto vario, vendita, locazione concessione d'uso, con termini temporali diversi o assoggettati a condizioni differenti a seconda della situazione.

### 1.3.5 CIVs: strumenti per gli investimenti indiretti

L'espressione CIVs (*collective investment vehicle*), molto impiegata nella prassi OCSE, raccoglie in realtà una pluralità di figure rispetto alle quali il tratto unificante non corrisponde ad una categoria giuridicamente autonoma ma alla funzione economica dell'investimento svolta da ciascuna di esse.

Si tratta cioè di un concetto privo di sostanza giuridica che si concentra unicamente sulla funzione dell'investimento e sui suoi effetti economici sostanziali in omaggio ad una prospettiva tipicamente anglosassone secondo la quale la forma giuridica perde rilevanza rispetto alla sostanza e alla funzione propria assoluta, di volta in volta, dallo strumento impiegato.

Si spiega dunque come la categoria abbracci senza distinzione figure come i REITs o i REICs che, a seconda dell'ordinamento giuridico considerato, possono prendere forma di Trust, Fondazioni, partnerships, Stiftung, Sicav o anche forme alternative.

L'espressione è pertanto indicativa di una prospettiva che guarda allo scopo dell'attività e al ruolo funzionale del veicolo e non alla sua forma, in ossequio ad un approccio tipico dei Paesi di tradizione giuridica anglosassone di identificare le entità in ragione della funzione svolta e tassarle di conseguenza<sup>148</sup>.

---

<sup>148</sup> I fondi di investimento, intesi come veicoli di investimento collettivo (CIVs) o non collettivo (non-CIVs), possono assumere forma giuridica diversa a seconda dell'ordinamento che ne disciplina l'attività. In alcuni Stati per esempio, come USA e Regno Unito, possono assumere la forma di partnership.

La loro esclusione da questo lavoro quindi non è motivata dalla forma (che anzi li vorrebbe inclusi), quanto piuttosto dalla funzione svolta. Dal punto di vista funzionale, la dottrina tende a fare leva sull'idoneità dell'entità a qualificarsi come veicolo per investimenti esteri diretti (*Foreign direct investments* - FDI) o indiretti (*Foreign indirect investments* - FII).

A livello convenzionale, per esempio, in linea di principio ai CIVs sarebbero applicabili gli stessi principi definiti nel partnership report ma il fatto che essi assolvono una funzione specifica (l'investimento estero di capitali raccolti all'interno di una massa più o meno ampia di risparmiatori residenti in uno Stato, mediante un veicolo giuridico localizzato in un terzo Stato) ha convinto l'OCSE ad emanare raccomandazioni specifiche. Cfr. OECD, *The granting of treaty benefits with respect to the income of collective investment vehicles*, 2010 e il draft OECD, *Treaty entitlement of non-civ funds*, 2016 successivo ai lavori BEPS. Tali raccomandazioni non sono ugualmente applicabili ai non-CIVs, come i private equity funds (PEFs), per quali è particolarmente sentito il problema della non-neutralità fiscale delle loro operazioni internazionali dovuta all'asimmetrica classificazione fiscale (trasparenza/opacità) applicata dagli Stati.

Sull'esigenza di uno studio separato della tassazione dei veicoli d'investimento estero diretto e indiretto, cfr. Graetz M. J., *The David R. Tillinghast Lecture: Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies*, in TLR, n.54/2001, p.261, reperibile in: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2617&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2617&context=fss_papers), il quale conclude per soluzioni fiscali differenti dovute al fatto che le due forme di investimento divergono per finalità, durata, mobilità, trattamento fiscale nello Stato della fonte. Per un'applicazione concreta di tale orientamento cfr. Kim Y.R.C., *Engineering Pass-Throughs in International Tax: The Case of Private Equity Funds*, in San Diego L. Rev., n.3/2019, p.707, reperibile in <https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol56/iss3/6>, il quale partendo dall'assioma di distinguere i veicoli di investimento non già sulla base della forma giuridica ma della funzione, separa l'analisi della tassazione internazionale dei veicoli di investimento indiretto e da quelli di investimento diretto, e mostra come l'applicazione generale del regime di trasparenza ad enti non-CIVs, come i private equity funds (PEFs) nella forma legale della partnership, potrebbe risolvere definitivamente il problema della neutralità fiscale nella tassazione internazionale dei fondi di investimento.

### 1.3.6 Valutazioni

La ricognizione svolta ha esaminato alcuni caratteri delle più diffuse figure di entità che, per differenza rispetto a *individuals* e *incorporated companies*, potrebbero rientrare nella categoria delle *non-corporate-entities*.

L'analisi ha preso le mosse dal ritenere la personalità giuridica nel common law come l'esito di un processo di "entificazione" che si atteggia in modo significativamente diverso da quanto avviene nel civil law<sup>149</sup>. Talvolta tale differenza è ravvisabile anche fra i Paesi di common law.

In linea di principio, nel common law il processo di entificazione (*incorporation*) coincide con l'attribuzione della piena personalità giuridica.

Questa identità di concetti non è invece riscontrabile nel civil law, il quale ammette una graduazione molto più ampia di soggettività giuridiche che tendono a distinguersi dalla personalità giuridica per livello di intensità. Nella prospettiva del civil law il carattere *corporate*, assimilabile più alla forma societaria che alla soggettività dell'ente, è riscontrabile anche in figure dotate di una qualche soggettività ancorché prive di personalità giuridica.

Secondo l'approccio terminologico proprio della tradizione giuridica anglosassone, quindi, solo le *corporation* sono *body corporate* cioè aggregazioni dotate di personalità, mentre tutte le altre figure intermedie, incluse le *partnership*, sono al più *contractual agreements*. La nozione di *non-corporate-entities* non si riferirebbe tanto alla forma dell'ente quanto alla soggettività giuridica (piena o graduata) che gli è riconosciuta dall'ordinamento domestico.

Seguendo questa ricostruzione, si può affermare che la nozione OCSE di *non-corporate-entities* sia in realtà una categoria residuale che include, per differenza, tutti gli enti non personificati nella legislazione degli Stati e che sono ricompresi in quell'ampia zona grigia che esiste fra persone fisiche e persone giuridiche in senso proprio.

---

<sup>149</sup> L'analisi successiva mostrerà come, in assenza della piena personalità giuridica il sistema di *common law* non riconosca altre forme giuridiche di entificazione poiché non ammette gradazione di soggettività. In questo senso un ente, nel common law, è sempre persona, indipendentemente che sia *corporate* o *un-corporate*. L'incorporazione ne segna l'attribuzione della personalità giuridica che non è mai parziale soggettività.

I paesi di *civil law* invece riconoscono l'esistenza di un processo di entificazione anche in assenza di personalità giuridica propria: i gradi diversi di soggettività riconoscibili a un ente sono funzionali a realizzare l'imputazione di diversi effetti giuridici anche in assenza della personalità.

La ricognizione svolta fa emergere solo la fondazione come ente dotato di piena soggettività e personalità ma solo in quegli Stati che adottano il modello classico o dove la figura sia incardinata in una società.

Trust e partnership si configurano a tutti gli effetti come enti intermedi di cui va di volta in volta indagata la natura giuridica secondo la legge di costituzione: per i trust occorre indagare in particolare le disposizioni costitutive, per la partnership il regime civile domestico.

Vi sono tuttavia altre figure che stanno emergendo dalla legislazione degli Stati e che presentano tratti comuni al diritto dei trust, delle società e all'istituto della fondazione; rispetto a tali nuovi istituti è ancora più complicato decodificare il regime civile e, a partire da questo, il regime fiscale applicabile sia in base alla legge domestica che a quella estera.

In questa zona grigia, come visto, rientrano enti la cui natura è contraddistinta dalle sfumature più varie, dalle più alle meno soggettivizzate, a seconda dell'ordinamento di appartenenza, ma in ogni caso accomunate dall'essere prive di piena personalità giuridica.

Per l'applicazione dei Trattati fiscali alle *non-corporate-entities*, di cui le partnership fanno parte, la prassi OCSE (Partnership Report del 1999 e i successivi Commentari al modello convenzionale) prende quindi a riferimento il perimetro logico circoscritto da tali nozioni.

#### **1.4 LE PARTNERSHIPS NEL DIRITTO CIVILE DEGLI STATI: LINEAMENTI GENERALI**

Il tema della conformazione giuridica delle partnership nel diritto interno diventa particolarmente rilevante quando gli Stati classificano ai fini fiscali le partnership estere sia ai fini della tassazione interna che ai fini dell'applicazione di un Trattato fiscale<sup>150</sup>.

Sono rari i casi in cui tale classificazione risponde ad una regola statica e fissa (*all transparent* oppure *all corporate*).

---

<sup>150</sup> La rilevanza aumenta nei casi in cui le regole di classificazione delle partnership domestiche sono simmetricamente impiegate per la classificazione delle partnership estere e il nesso fra status legale dell'ente e suo regime fiscale domestico è diretto e privo di ulteriori filtri, giacché la nozione giuridica domestica valida ai fini commerciali diventa immediatamente rilevante per qualificare anche le partnership estere. Il tema è approfondito nel §2.7.2

Molto più frequentemente gli Stati classificano le partnership estere in base ad una sorta di “test di trasparenza” (o di somiglianza) mirato a verificare nell’ente estero la sussistenza di quegli stessi elementi distintivi che caratterizzano quello interno.

Nello studio dei conflitti di classificazione e dei metodi per evitarli, diventa pertanto fondamentale comprendere quali elementi valgono a caratterizzare la natura giuridica delle partnership nei paesi considerati.

La classificazione ai fini fiscali delle partnership è un elemento fondamentale nella fiscalità diretta degli Stati. Da tale classificazione infatti, derivano conseguenze fondamentali per stabilire il regime fiscale applicabile ai redditi veicolati (cioè prodotti o distribuiti) mediante tale entità. Ciascuno Stato applica il metodo di classificazione codificato nella propria legge fiscale domestica. Spesso la classificazione fiscale è collegata alla nozione civilistica. Pertanto, le divergenze nella nozione di partnership nella legislazione civilistica degli Stati possono spesso condurre a dei conflitti di classificazione fiscale.

Per discutere la nozione giuridica di partnership, è utile prendere le mosse dall’osservazione della definizione che il termine riceve nel diritto civile degli Stati e sintetizzarne i tratti strutturali comuni.

In questa sezione, quindi, ~~la discussione delle ambiguità lessicali che circondano l’impiego giuridico del termine partnership~~ precederà la individuazione di quei tratti delle partnership che sono rinvenibili negli ordinamenti e la discussione dell’ipotesi di identificare nella figura della partnership un tipo giuridico-organizzativo utile per la trattazione successiva.

L’esame delle partnership nei diversi ordinamenti di diritto civile sarà condotto con riferimento ai tratti rilevanti nella prospettiva di questo studio. Saranno quindi esaminati: il regime di responsabilità dei soci e della società, il potere amministrativo e di rappresentanza, l’esercizio di attività economica e i diritti di tipo patrimoniale sui beni strumentali, l’imputazione degli utili sociali, il regime di pubblicità, la commercialità, la personalità giuridica, la legittimazione processuale.

### 1.4.1 Italia

In Italia, la disciplina generale delle società è contenuta nel codice civile<sup>151</sup>.

La società è definita come «un contratto (con il quale) due o più persone conferiscono beni e servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili»<sup>152</sup>.

Il diritto societario italiano segue il principio del *numerus clausus* dei tipi societari e applica una *summa divisio* fra società *capital-oriented*, cioè a base capitalistica, e società *persons-oriented* cioè a base personale<sup>153</sup>.

Le società a base capitalistica sono: la società per azioni<sup>154</sup>, la società a responsabilità limitata e la società in accomandita per azioni, le società cooperative e le società di mutua assicurazione. A queste si aggiungono la società europea (Reg. CE 2157/2001) regolata sul modello della società per azioni e la società cooperativa europea (Reg. CE 1435/2003). In tali società l'elemento del capitale è prevalente rispetto a quello personale e la costituzione della società è all'origine di un nuovo soggetto dotato di personalità giuridica. I soci assumono lo status di azionisti e rispondono solo limitatamente ai conferimenti nella società. La legge disciplina il loro diritto di voto e il diritto di partecipare agli utili della società in forma di dividendi ad essi distribuiti. Tali società sono persone giuridiche e sono assimilabili alla categoria generale delle *corporation*.

Le società a base personale sono la società semplice, la società in nome collettivo (SNC) e la società in accomandita semplice (SAS). A queste si aggiungono le società di armamento<sup>155</sup>, le società di fatto<sup>156</sup>, le associazioni fra professionisti<sup>157</sup>.

---

<sup>151</sup> In Italia la disciplina delle società è contenuta nel libro V - titolo V del codice civile il quale riserva poche disposizioni alla disciplina generale del contratto di società applicabile a tutti i tipi sociali (artt.2247-2251 cc.) ma dedica apposite sezioni alla disciplina di ciascuna di esse.

<sup>152</sup> Art. 2247 cc.

<sup>153</sup> Secondo parte della dottrina la solidità di tale classificazione appare minata da particolari fattispecie come la srl unipersonale, rispetto alla quale la tradizionale distinzione fra i due modelli sembrerebbe perdere rilevanza. Dal tradizionale principio di tipicità delle "specie società" si passerebbe pertanto ad una tipicità della disciplina. V. Montalenti P., Il diritto societario dai "tipi" ai "modelli", in *Giurisprudenza commerciale*, n.4/2016, n. 4, parte I, p. 420 ss.

<sup>154</sup> Dal 2003 l'ordinamento prevede la distinzione fra società "chiuse" e società "aperte" (art. 1325-bis); libro V, titolo V, capo V.

<sup>155</sup> Le società di armamento sono disciplinate da leggi speciali del settore navale e fiscalmente assimilate alla società semplice.

<sup>156</sup> Le società di fatto non costituite per accordo scritto ma la cui esistenza può essere dedotta dal comportamento concludente dei soci.

<sup>157</sup> È un contratto associativo atipico fra persone che svolgono un'attività professionale. Esso è fiscalmente assimilabile - in quanto compatibile - con quanto previsto dal codice civile per le società semplici

L'esercizio delle professioni era disciplinato dalla L. n.1815/1939 che consentiva l'esercizio individuale o associato delle professioni mediante la figura dello "studio professionale associato" (art. 1). Essa tuttavia vietava di costituire,

I soci delle società personali possono essere sia persone fisiche che persone giuridiche<sup>158</sup>.

La società semplice (ss)<sup>159</sup> è la forma più elementare di società personale. La legge ne prevede l'impiego unicamente per attività economiche di tipo non commerciale<sup>160</sup>.

La società in nome collettivo (snc)<sup>161</sup>, idonea a svolgere attività commerciali<sup>162</sup> si caratterizza per la responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci per le obbligazioni della società.

La società in accomandita semplice (sas)<sup>163</sup> è nella sostanza una snc che ammette due differenti categorie di soci: i soci accomandanti con responsabilità limitata ai soli conferimenti nella società e i soci accomandatari con responsabilità illimitata simile a quella dei soci di snc<sup>164</sup>.

---

esercitare o dirigere, sotto altra forma (inclusa quella societaria), istituti, uffici, agenzie od enti, finalizzati a fornire prestazioni di assistenza o consulenza in materia tecnica, legale, commerciale, amministrativa, contabile o tributaria (art. 2).

La legge n.183/2011 (art.10) ha abrogato la precedente disciplina, consentendo ora di costituire società per l'esercizio di attività professionali regolamentate all'interno degli ordini professionali secondo i tipi disciplinati dal civile (società semplice, società in nome collettivo, società in accomandita semplice, società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata e società cooperativa).

Ad oggi quindi, lo svolgimento di attività professionali registra una molteplicità di forme giuridiche che vanno dall'associazione professionale alle società per azioni.

<sup>158</sup> Art.2361 c.2. L'ammissibilità di tale partecipazione è stata prevista espressamente dal codice civile post riforma 2003. Prima di allora, a fronte di una giurisprudenza di legittimità nettamente contraria (SS.UU. Cass. civ. n. 5636/1988) si schierava una letteratura prevalente e una giurisprudenza di merito oscillante.

Cfr. Ferri G., Manuale di diritto commerciale, Torino, 1996, p.264; Weigmann R., Luci ed ombre del nuovo diritto azionario, in LS, 2003, p. 271; Fortunato S., I principi ispiratori della riforma delle società di capitali, in GC, n.1/2003, p. 736; Bonocore V., istituzioni di diritto commerciale, p. 67, Torino, 2004; Weigmann R., La società in accomandita semplice, in Cottino G. (diretto da), Trattato di diritto commerciale, III, Società di persone e consorzi, Padova, 2004, p. 235.

Per una ricostruzione della dialettica dottrina, v. Colombo G. E., La partecipazione di società di capitali ad una società di persone, in RS, 1998, p.1513 ss.; Montalenti P., La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice in qualità di accomandante, in GC, n.1/1989, p.640 ss.; Borgioli A., Partecipazioni di società di capitali in società di persone, in RDC., n.1/1989, p.301 ss.; Campobasso G. F., Diritto commerciale, 2, Diritto delle società, Torino, 2002, p. 71 ss.; Marasà G., Le società. Società in generale, 2. ed., Milano, 2000, p.140 ss.

Lo Studio n. 6072/I del Consiglio Nazionale del Notariato riporta che nell'ordinamento tedesco la legittimità della partecipazione di una società di capitali ad una società di persone (c.d. *Kapitalgesellschaft & Co.*) è ammessa sin da una sentenza del *Reichsgericht* del 1922. Sebbene il dubbio sulla abusività della fattispecie, la dottrina tedesca ammette che dopo circa un secolo la liceità di questa figura derivi da un implicito riconoscimento da parte sia della giurisprudenza che del legislatore.

<sup>159</sup> Art. 2251-2290 cc.

<sup>160</sup> In quanto idonea a svolgere attività diverse da quelle commerciali (art. 2195 cc.) essa è impiegata prevalentemente per le attività agricole e per le attività di revisione (art.2249 c.2 cc.).

Nella prospettiva italiana, non è rilevante se l'ente ha scopo commerciale oppure no, ma se l'ente svolge concretamente attività commerciale oppure no, indipendentemente dal fatto che questo rientri nei fini istituzionali della società.

<sup>161</sup> Art.2291-2312 cc.

<sup>162</sup> Art.2249 cc.

<sup>163</sup> Art.2313-2324 cc.

<sup>164</sup> Se non diversamente previsto il codice rinvia la sua disciplina a quella delle snc e in subordine a quella della società semplice (art.2315cc).

Il diritto dei soci a ricevere la propria quota dei profitti prodotti dalla società sorge automaticamente all'atto dell'approvazione del bilancio di esercizio.

La costituzione delle società personali è ispirata al principio di libertà della forma, pertanto non richiede forme diverse da quelle previste dalla natura dei beni conferiti<sup>165</sup>.

Per tutte le società di persone commerciali (commercial partnerships, snc e sas) la legge prescrive un regime di pubblicità<sup>166</sup> (o anche formalità) a pena di irregolarità<sup>167</sup>. Nel caso di inadempimento, la società personale prosegue la propria attività in base al regime proprio della società semplice<sup>168</sup>.

Un elemento tipico della disciplina societaria italiana è la distinzione fra potere di amministrazione e potere di rappresentanza. Generalmente i due poteri coincidono ma hanno diverso contenuto e diversa sostanza giuridica. Il primo infatti risponde alle regole del mandato<sup>169</sup> in funzione alle esigenze gestionali interne alla società. L'altro invece risponde alle regole proprie dell'istituto della rappresentanza codicistica<sup>170</sup> con la funzione tipicamente organica di manifestare verso l'esterno la volontà dell'ente.

Nelle società personali è assente l'organizzazione corporativa tipica delle società di capitali e vige al contrario il principio della diretta attribuzione ai soci del potere di amministrazione<sup>171</sup>, riconosciuto dalla legge a tutti i soci illimitatamente responsabili<sup>172</sup>. Salva diversa pattuizione, quindi, il regime naturale è quello della amministrazione disgiuntiva<sup>173</sup> in cui ciascun socio è amministratore e, agendo in nome

---

<sup>165</sup> Art.2251cc. La forma scritta è quindi prevista *ad substantiam* solo per gli immobili e i relativi diritti.

<sup>166</sup> Tale regime, tra l'altro, è preordinato a indicare la natura, l'entità e la proporzione dei conferimenti in modo da qualificare l'eventuale diversa tipologia dei soci (art.2295cc).

<sup>167</sup> Art.2297. Il regime di pubblicità per le società personali non è quindi una condizione di esistenza, come nelle società di capitali ma una condizione di applicabilità del regime societario previsto dal codice. In assenza della formalità pertanto alla società non si applica il regime della snc ma quello della società semplice.

<sup>168</sup> L'aspetto più rilevante della irregolarità risiede pertanto nella maggiore esposizione del patrimonio del socio all'aggressione dei creditori particolari del socio stesso: essi infatti possono chiedere la liquidazione della quota ai sensi dell'art. 2270.

Nella società semplice l'iscrizione presso il registro delle imprese assume particolare rilevanza con riferimento alla limitazione della responsabilità, di amministrazione e di rappresentanza di alcuni soci rispetto ad altri. Se di tale limitazione non è data notizia, tali limitazioni non sono opponibili ai terzi.

<sup>169</sup> Art. 1703 cc.

<sup>170</sup> Art. 1387 cc. e ss.

<sup>171</sup> Il potere di amministrazione consiste nella gestione della società e nel compimento degli atti che rientrano nell'oggetto sociale, sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione, con esclusione dei soli atti che comportano la modifica dell'oggetto sociale.

<sup>172</sup> Tutti soci di snc e i soci accomandanti nella sas; v. art.2257 cc.

<sup>173</sup> La legge prevede che i soci possano pattuire un diverso regime di amministrazione detta "congiuntiva" in base all'art. 2258 che può seguire le regole dell'unanimità o della maggioranza.



della società, impegna questa e, di riflesso, tutti gli altri soci in base al loro regime di responsabilità<sup>174</sup>.

Salvo patto contrario, la legge attribuisce ai soci amministratori anche il potere di rappresentanza della società che consiste nell'assumere diritti ed obblighi in nome e nell'interesse della società (sostanziale) potendo agire o convenire in giudizio in nome della società (processuale). Nel caso in cui la rappresentanza sia attribuita solo ad alcuni soci o solo per determinate circostanze diverse da quelle di amministrazione, la limitazione di rappresentanza è opponibile ai terzi solo se iscritta nel registro delle imprese o se i terzi ne sono a conoscenza<sup>175</sup>.

Il tratto più caratteristico delle società personali viene in rilievo rispetto alla responsabilità dei soci. Salvo patto contrario, i soci con responsabilità illimitata rispondono personalmente e solidalmente delle obbligazioni sociali. Tale responsabilità è di tipo sussidiario, prevedendo la preventiva escussione del patrimonio societario<sup>176</sup>. Per poter beneficiare della limitazione di responsabilità, i soci con responsabilità limitata devono portare a conoscenza dei terzi il loro status che, in mancanza, non è opponibile<sup>177</sup>. Nella sas la legge vieta ai soci accomandanti di esercitare i poteri di amministrazione e la contravvenzione a tale divieto comporta l'assimilazione del loro regime di responsabilità a quello dei soci accomandatari, il quale peraltro è identico a quello dei soci di snc.

Al contrario delle società di capitali, tutte le forme di società personali sono prive di personalità giuridica.

Sebbene non siano *legal entities*, esse sono tuttavia dotate di un certo grado di soggettività. Per molti versi le società personali agiscono come entità autonome rispetto ai soci: mediante il proprio legale rappresentante assumono lo status di datori di lavoro e sostituti d'imposta, sono titolari dell'attività commerciale svolta<sup>178</sup> e dei diritti sui beni conferiti dai soci per lo svolgimento di tale attività, sono titolari di diritti reali su beni patrimoniali e partecipazioni societarie e sono dotate di legittimazione processuale.

---

<sup>174</sup> Ciascun socio ha il diritto di opporsi e sull'opposizione decide la maggioranza dei soci in base al diritto agli utili (art.2257 c.3 cc.).

<sup>175</sup> Art.2298 cc.

<sup>176</sup> Art.2304 cc.

<sup>177</sup> Art.2267 cc.

<sup>178</sup> Tale autonomia si riflette anche sull'imputazione di altri effetti giuridici: il fatto che il fallimento della società personale comporti automaticamente il fallimento dei suoi soci fa ritenere che, almeno sotto il profilo del diritto commerciale, alcuni aspetti determinanti dell'attività economica svolta dalla società siano imputabili nel contempo alla società stessa insieme ai soci.

L'ordinamento italiano prevede inoltre la associazione in partecipazione<sup>179</sup>, un contratto con il quale, in corrispettivo di un apporto (beni od opera), l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa. La prevalente dottrina riconduce questa figura al contratto di finanziamento piuttosto che alla *causa societatis*<sup>180</sup>. Mentre infatti l'associante è di regola un imprenditore, l'associato è niente altro che un investitore che, in cambio di un contributo al capitale, condivide parte dell'alea dell'impresa in vista di utili maggiori rispetto a quelli prestabiliti da un contratto di mutuo. Non si ravvisa pertanto l'*animus societatis* caratteristico dei contratti societari. La figura inoltre è priva di un qualunque grado di soggettività<sup>181</sup>. L'associato non vanta alcun potere di gestione della società<sup>182</sup> e il suo apporto non integra né realizza una reale separazione patrimoniale ma entra nel patrimonio dell'imprenditore confondendosi con esso.

Da tutti gli elementi emersi, possiamo concludere quanto segue.

In Italia, le figure meglio assimilabili al concetto di partnership sopra descritto sono le società personali, rispetto alle quali la nozione generale di società definita dalla legge si accompagna al tratto fondamentale dell'*intuitus personae*.

La associazione in partecipazione va esclusa dal novero delle partnership in quanto è considerata un contratto di finanziamento e non di natura societaria<sup>183</sup>.

Le società semplici, in nome collettivo e in accomandita semplice sono invece configurabili come partnership in virtù della loro natura societaria.

Rispetto al tratto della commercialità, la società semplice può assimilarsi alla categoria della *non commercial partnership*, mentre le società in nome collettivo e in accomandita semplice sono *commercial partnership*, anche se ad esse non è precluso lo svolgimento di attività non commerciali.

Rispetto al tratto della pubblicità (o anche formalità), snc e sas sono assimilabili alla categoria delle *formal partnership*, anche se la violazione delle norme sulla registrazione ne comporta la sola irregolarità e generale applicazione del regime della

---

<sup>179</sup> Art. 2549-2553 cc. L'art.2553 disciplina invece la cointeressenza.

<sup>180</sup> V. Ghidini, M., L'associazione in partecipazione, Milano, 1959, p.37; Mignone G., L'associazione in partecipazione (Artt. 2549 – 2554), in Il Codice Civile. Commentario Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2008. A supporto di tale posizione vi è anche la scelta del legislatore fiscale di qualificare i redditi dell'associante come redditi di impresa se l'apporto è in natura, come redditi di capitale art.44 TUIR se l'apporto è di capitale e come redditi di lavoro autonomo art.53 c.2 TUIR se l'apporto è una prestazione d'opera.

<sup>181</sup> Art.2551 cc.

<sup>182</sup> Art.2552 cc.: la gestione dell'impresa o dell'affare spetta all'associante, mentre all'associato spetta solo un limitato potere di controllo sullo svolgimento dell'affare cui l'apporto è destinato.

<sup>183</sup> Tale esclusione non vale in altri ordinamenti, come Francia e Germania dove invece la figura dell'associazione in partecipazione costituisce una tipologia di società. Vedi infra, § 1.4.2 e 1.4.3.

società semplice. La società semplice è invece assimilabili alla categoria della *informal partnership*.

Rispetto al regime di responsabilità dei soci, la società semplice e la snc sono assimilabili in linea generale alle categorie della *general partnership* e mentre la sas a quella della *limited partnership*.

Ne consegue pertanto che:

- la società semplice è una formal non-commercial partnership;
- la snc è una formal commercial general partnership;
- la sas formal commercial limited partnership;
- la associazione in partecipazione, visto che non configura una società in senso stretto, è definibile al più come *silent partnership* “atipica”<sup>184</sup>.

## 1.4.2 Germania

In Germania, la disciplina generale delle società non commerciali è contenuta nel codice civile (*Bürgerlichen Gesetzbuches* - BGB)<sup>185</sup> mentre quella delle società commerciali è contenuta nel codice commerciale (*Handelsgesetzbuch* - HGB)<sup>186</sup>.

L’ordinamento tedesco prevede due tipologie societarie: quelle a base capitalistica e quelle a base personale.

Le società a base capitalistica sono: la società per azioni (*Aktiengesellschaft*, AG), le società a responsabilità limitata (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, GmbH), le società in accomandita per azioni (*Kommanditgesellschaft auf Aktien*, KgaA). A queste si aggiungono la società europea (Reg. CE 2157/2001) regolata sul modello della società per azioni e la società cooperativa europea (Reg.CE 1435/2003). In tali società l’elemento del capitale è prevalente rispetto a quello personale e la costituzione della società comporta l’origine di un nuovo soggetto giuridico dotato di personalità. I soci assumono lo status di azionisti<sup>187</sup> e rispondono solo limitatamente ai conferimenti nella società. La legge disciplina il loro diritto di voto e il diritto di partecipare agli utili della società in forma di dividendi ad essi distribuiti. Tali società sono assimilabili alla categoria delle *corporation*.

---

<sup>184</sup> Questa definizione ci sarà utile per fare un raffronto con una similare figura esistente in Germania. V. infra, § 1.4.2.

<sup>185</sup> Art. 704-740 BGB, nella versione promulgata del 2002 e modificata nell’ottobre 2013.

<sup>186</sup> La definizione di iniziativa commerciale è contenuta nell’art. 1 c.2 HGB e configura una presunzione semplice. Cfr. Andenas M., Wooldridge F., *European comparative company law*, 2009, Cambridge University Press, p. 141.

<sup>187</sup> Unica eccezione è il socio accomandatario della sapa che è illimitatamente responsabile delle obbligazioni sociali come il socio della snc.

Le società a base personale sono: la società civile (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts* – GbR), la società in nome collettivo (*Offene Handelsgesellschaft* – OHG), la società in accomandita semplice (*Kommanditgesellschaft* – KG), la associazione professionale (*Partnerschaft* - PartG), la società silenziosa o occulta (*Stille gesellschaft*)<sup>188</sup>.

La *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*<sup>189</sup> è definita dal codice civile come un contratto (con il quale) «i soci si impegnano reciprocamente a promuovere il raggiungimento di uno scopo comune secondo le modalità stabilite dal contratto, in particolare per fornire i contributi concordati»<sup>190</sup>. Il conferimento può pertanto essere in beni o servizi e non obbliga né alla costituzione di un fondo separato, né alla divisione degli eventuali profitti.

Nell'ambito del diritto societario tedesco, questa figura svolge un ruolo residuale: ad essa infatti è ricondotta ogni attività svolta da persone che si associano per perseguire un comune obiettivo senza impiegare altri tipi di partnership o società di capitali<sup>191</sup>.

È la forma più semplice di società ed è impiegata per le attività economiche non commerciali più varie, dalla gestione dei patrimoni immobiliari familiari fino a alle attività professionali o di finanza strutturata più complessa<sup>192</sup>. Nel caso in cui l'attività svolta si configuri come attività commerciale, la GbR è automaticamente attratta alla disciplina del codice commerciale, anche se questo non innesca conseguenze fiscali<sup>193</sup>.

---

<sup>188</sup> L'ordinamento commerciale tedesco prevede anche altri due tipi di partnership: la compagnia di navigazione (*Partenreederei*) il GEIE. La *Partenreederei* è una forma di partnership del diritto marittimo tedesco estranea al sistema del diritto societario odierno e le cui origini si ricollegano alle compagnie marittime olandesi e risalgono al medioevo. Si tratta di una figura societaria in esaurimento, visto che dall'entrata in vigore della legge sulla riforma del diritto del commercio marittimo (25 aprile 2013), non è possibile fondare nuove compagnie di navigazione. Per le compagnie di navigazione fondate fino a tale data, continuano ad applicarsi le vecchie disposizioni dell'art. 489 HGB il quale finalizza tale forma societaria alla proprietà condivisa di navi mercantili ed esclude esplicitamente la gestione navale delle società commerciali. Cfr. Czerwenka B., *The Proposal for a Reform of German Maritime Law*, in Basedow J., Magnus U., Wolfrum R. (eds.), *The Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2009 & 2010*, p. 57.

<sup>189</sup> Art. 705-740 BGB.

<sup>190</sup> Art. 705 BGB: «Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten».

<sup>191</sup> Cahn A., *Comparative company law: text and cases on the laws governing corporations in Germany, the UK and the USA*, 2018, Cambridge University, p.108.

<sup>192</sup> Fin quando le attività svolte infatti non configurano nella sostanza attività commerciali la società resta governata dalle regole del codice civile. L'attività professionale o il collocamento di obbligazioni concluso in poche settimane infatti non rientrano fra le attività commerciali, nonostante le banche e gli altri istituti creditizi che partecipano alla società svolgano attività commerciale.

<sup>193</sup> Haase F., Steierberg D., *Germany branch report*, in Haase F. (ed.), *Taxation of International Partnerships: 15 Years OECD Partnership Report: Past, Present and Future*, IBFD, 2014, par. 9.2.

La sua disciplina costituisce la base normativa di tutte le società personali commerciali (OHG e KG), se non derogata dal codice commerciale (HGB).

La società semplice non ha obbligo di registrazione e si presenta come un mero aggregato di persone con un comune scopo.

I conferimenti aziendali e gli altri bene acquisiti durante la gestione costituiscono una comunione di beni (proprietà congiunta o *common tenancy*) dei soci<sup>194</sup>.

Il potere di amministrativo spetta a tutti i soci congiuntamente e, salvo patto contrario, è esercitato all'unanimità. Tutti i soci sono invece investiti disgiuntamente del potere di rappresentanza della società e sono personalmente, solidamente e illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali<sup>195</sup>.

Di principio, la società semplice sarebbe priva di personalità giuridica<sup>196</sup>. In assenza di esplicita indicazione del codice civile, tuttavia, alcuni orientamenti della Corte suprema federale le hanno riconosciuto personalità giuridica<sup>197</sup>. Questo inevitabilmente comporta che una società semplice di tipo professionale è assoggettata ad alcune delle regole del codice commerciale anche se le professioni, di regola, sono da questo escluse<sup>198</sup>.

La *Offene Handelsgesellschaft* (oHG) è disciplinata dal codice commerciale<sup>199</sup>. Sebbene la nozione ricalchi quella della società semplice, il suo scopo è esclusivamente commerciale.

L'atto costitutivo segue la libertà della forma.

Il processo di formazione della oHG può essere sia formale che sostanziale. Il codice commerciale infatti considera costituita una oHG quando la società è iscritta nell'apposito registro delle società commerciali<sup>200</sup>. La oHG tuttavia si intende costituita di fatto anche per avvio dell'attività con il consenso unanime dei soci, sia per

---

<sup>194</sup> Art.706 e 718 BGB.

<sup>195</sup> Art.709-714 BGB.

<sup>196</sup> Il codice civile non attribuisce espressamente personalità giuridica alla GbR ma nemmeno la esclude. Il codice commerciale invece prevede la parziale soggettività della s.n.c., v. art.124 HGB.

<sup>197</sup> In alcuni orientamenti la Corte suprema federale (Bundesgerichtshof) invece riconosce personalità giuridica e legittimazione processuale alle RgB, fra questi v. ARGE Weißes Ross oder nur Weißes Ross (II ZR 331/00) del 29 gennaio 2001. In tale circostanza la Corte decise che una società semplice è soggetta alle disposizioni del codice commerciale se partecipa a operazioni con terze parti. In tal caso la società può possedere un patrimonio, rispondere delle obbligazioni e avere capacità processuale, i suoi soci quindi sono assoggettati allo stesso regime di responsabilità dei soci di una società disciplinata dal codice commerciale. Cfr Andenas M., Wooldridge F., *European comparative company law*, cit., p. 132; Cahn A., *Comparative company law...* cit., p.109.

<sup>198</sup> Cfr. Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships for Income...* cit., in part. p. 291 e nota 22.

<sup>199</sup> Art.105-160 HGB e, in assenza di altre disposizioni del HGB, sono applicabili gli art.705-740 BGB.

<sup>200</sup> Art.2 HGB.

superamento dei limiti di natura e dimensione dell'attività economica consentita per una società semplice già esistente<sup>201</sup>.

La oHG non ha personalità giuridica ma può essere titolare di diritti, obblighi e proprietà a proprio nome (i soci sono considerati una comunità di comproprietari, *gesamthandsgemeinschaft*)<sup>202</sup> e ha capacità processuale.

L'iscrizione della società nel registro delle società commerciali è comunque una condizione di esistenza giuridica della oHG rispetto ai terzi.

La oHG opera con un proprio nome commerciale<sup>203</sup>.

Di regola e salvo patto contrario, il potere di amministrazione ordinaria<sup>204</sup> e di rappresentanza della società spetta disgiuntamente a tutti i soci<sup>205</sup>. Il potere di amministrazione straordinaria spetta invece a tutti i soci che decidono a maggioranza<sup>206</sup>. Eventuali limitazioni di rappresentanza o amministrazione sono inopponibili ai terzi solo se iscritte nel registro delle società commerciali<sup>207</sup>.

Ogni socio ha diritto ad una uguale quota di utili generalmente proporzionale ai propri conferimenti<sup>208</sup> come anche ad una quota dell'attivo liquidato della società. Ogni socio è tenuto anche a sostenere una proporzionale quota delle perdite<sup>209</sup>.

I diritti di partecipazione in una oHG non sono liberamente trasferibili senza il preventivo consenso di tutti gli altri soci<sup>210</sup>.

Tutti i soci rispondono personalmente, illimitatamente e solidalmente delle obbligazioni sociali. Tale responsabilità è sussidiaria rispetto al beneficio di preventiva escussione del patrimonio sociale<sup>211</sup>.

La *Kommanditgesellschaft* (KG) è disciplinata dal codice commerciale<sup>212</sup>, ricalca lo stereotipo della *commenda* medievale e prevede un assetto societario con due tipologie di soci: il socio accomandante (*Kommanditisten*) con una responsabilità

---

<sup>201</sup> Art.123 HGB. Analogamente se si riduce in dimensione o cambia natura dell'attività torna ad essere una società semplice.

<sup>202</sup> Art.124 HGB.

<sup>203</sup> Art.105 HGB.

<sup>204</sup> Art.116 HGB.

<sup>205</sup> Art.114, 125, 126 HGB.

<sup>206</sup> Art.119 HGB.

<sup>207</sup> Art.126 HGB.

<sup>208</sup> Art.168 e 121 HGB. Ogni socio ha diritto a una iniziale quota di utili pari al 4% del suo conferimento e poi ad una quota del restante profitto sempre proporzionale al suo conferimento.

<sup>209</sup> Art.160 e 120 HGB.

<sup>210</sup> Art.717 BGB.

<sup>211</sup> Art.128 HGB.

<sup>212</sup> Art.161-177a HGB e, in assenza di altre disposizioni, sono applicabili le disposizioni del codice commerciale che regolano la snc e gli art. 705-740 BGB.

limitata ai conferimenti e privo di poteri gestionali e il socio accomandatario (*Komplementäre*) dotato invece di poteri amministrativi e illimitata responsabilità per le obbligazioni sociali<sup>213</sup>.

Come la oHG, la KG è impiegata per lo svolgimento di attività commerciali e deve essere iscritta nel registro delle società commerciali<sup>214</sup>. La registrazione indica il diverso regime di responsabilità dei soci. Nel caso in cui l'attività inizi prima della registrazione, la responsabilità limitata dei soci vale esclusivamente per l'attività successiva ad essa<sup>215</sup>.

La KG opera con un proprio nome commerciale<sup>216</sup>.

Di regola e salvo patto contrario, tutti i soci accomandatari hanno potere amministrativo ordinario e di rappresentanza della società<sup>217</sup> mentre i soci accomandanti hanno potere di amministrazione straordinaria e di controllo contabile ma sono privi del potere di rappresentanza<sup>218</sup>. Molto frequentemente il contratto prevede tuttavia che i soci accomandanti siano titolari di poteri amministrativi<sup>219</sup> e che la loro quota sia trasferibile.

La più comune forma di s.a.s. tedesca è la GmbH & Co. KG, nella quale una s.r.l. svolge il ruolo di socio accomandatario<sup>220</sup>.

In considerazione del fatto che l'ordinamento tedesco non include le attività delle libere professioni fra le attività commerciali, la legge (*Partnerschaftsgesellschaftsgesetz – PartGG*)<sup>221</sup> ha introdotto una disciplina specifica per le *associazioni fra professionisti* (PArtG) la quale si combina con norme del codice civile (sulla società semplice) e del codice commerciale (sulle società commerciali)<sup>222</sup>. Quando è consentita la partecipazione sia di persone fisiche che di società, alle

---

<sup>213</sup> Art.161, 171 HGB; cfr. Haase F., Steierberg D., Germany branch report... cit., par. 9.2.

<sup>214</sup> Art. 161 HGB.

<sup>215</sup> Art. 176 HGB.

<sup>216</sup> Art. 161 HGB. Il nome deve contenere almeno il nome di uno dei soci accomandatari.

<sup>217</sup> Art. 114, 112,125 e HGB.

<sup>218</sup> Art. 164, 170 HGB.

<sup>219</sup> La concessione di tali poteri può avvenire per effetto di una procura generale rilasciata al socio accomandante ai sensi dell'art. 48 HGB.

<sup>220</sup> La legittimità di questa combinazione è oggi ammessa per interpretazione sistematica dell'art. 19 c.2 HGB con l'art. 15a della legge fallimentare (Insolvenzordnung - InsO). Cfr. Haase F., Steierberg D., Germany branch report... cit., par. 9.2.

<sup>221</sup> Legge sulle società fra professionisti indipendenti del 25 luglio 1994 modificata da art.7 della legge federale del 22 Dicembre 2015 (riferimento reperibile in [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_partgg/englisch\\_partgg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_partgg/englisch_partgg.html) ).

<sup>222</sup> Art. 1 c.3 PartGG.

associazioni che producono redditi di tipo professionale possono aderire solo persone fisiche che svolgono libere professioni<sup>223</sup>.

La società è iscritta in un apposito registro<sup>224</sup> con un nome proprio e opera con tale nome. Essa è tuttavia priva di personalità giuridica ed è qualificabile come una aggregazione di professionisti. Può acquisire propri diritti e possedere proprietà.

Salvo patto contrario, la rappresentanza dell'associazione è affidata a tutti i soci in base alle regole del codice commerciale<sup>225</sup>.

Il regime di responsabilità dei soci è assistito da particolari cautele<sup>226</sup> richiamando anche la disciplina del codice commerciale<sup>227</sup>. La legge PartGG prevede infatti che i creditori non possono aggredire il patrimonio dell'associazione ma nel contempo tutti i soci sono solidalmente e personalmente responsabili delle obbligazioni della società. Nel caso di negligenza nell'esercizio della professione, il singolo socio risponde illimitatamente ma non solidalmente con gli altri soci che non sono incorsi in tale negligenza<sup>228</sup>, ma il tale caso il creditore ha facoltà di aggredire anche il patrimonio sociale.

La società silenziosa o occulta (*stille Gesellschaft*) è disciplinata dalle regole applicabili alla società semplice (GbR) così come derogate dal codice commerciale<sup>229</sup>. Essa si basa su un contratto con il quale una persona partecipa all'impresa di un'altra persona mediante un apporto che viene incorporato nel patrimonio dell'imprenditore. Solo l'imprenditore resta titolare dei diritti e degli obblighi verso i terzi. In questo modo il socio silenzioso si configura come un socio interno. Il contratto può prevedere che il socio silenzioso partecipi alle perdite della società nel limite dell'apporto o anche oltre ma non può escluderlo dalla partecipazione ai profitti<sup>230</sup>.

Nel diritto tedesco la *stille Gesellschaft* configura una società a tutti gli effetti: l'apporto si configura come conferimento ma la società è detta silenziosa (o occulta) perché non è registrata e non appare ai terzi, rilevando solo nei rapporti fra conferente e imprenditore.

---

<sup>223</sup> Cfr. Haase F., Steierberg D., Germany branch report... cit., par. 9.2. Alcuni ordini professionali escludono che i loro associati possano partecipare ad una PartG mentre altri possono richiedere requisiti addizionali. Cfr. Cahn A., Comparative company law... cit., p. 144.

<sup>224</sup> Art. 15 HGB.

<sup>225</sup> Art. 125-127 HGB.

<sup>226</sup> Art. 8 PartGG.

<sup>227</sup> Art. 129 e 130 HGB.

<sup>228</sup> Art. 8 c.2 PartGG.

<sup>229</sup> Art. 230-236 HGB.

<sup>230</sup> Art. 232 HGB.



Nella pratica, è invalso l'uso di distinguere fra due diversi tipi di società silenziosa: quella tipica (*typisch stille Gesellschaft*) e quella atipica (*atypisch stille Gesellschaft*)<sup>231</sup>. Salvo patto contrario, nella *typisch stille Gesellschaft* il socio interno non ha poteri amministrativi o di rappresentanza e non può opporsi alle decisioni dell'imprenditore. Al contrario, nelle *atypisch stille Gesellschaft* il contratto prevede il diritto del socio occulto a partecipare alla gestione della società<sup>232</sup>.

Da tutti gli elementi emersi, possiamo concludere quanto segue.

La società semplice, in nome collettivo, in accomandita semplice e la *stille Gesellschaft*<sup>233</sup> sono tutte configurabili come partnership in virtù della loro natura societaria.

Rispetto al tratto della commercialità, la società semplice può assimilarsi alla categoria della *non commercial partnership*, mentre le società in nome collettivo, la società in accomandita semplice e la società silenziosa sono *commercial partnership*, anche se ad esse non è precluso lo svolgimento di attività non commerciali.

Rispetto al tratto della pubblicità (o anche formalità), s.n.c. e s.a.s. sono assimilabili alla categoria delle *formal partnership*, mentre la società semplice e la società silenziosa a quella della *informal partnership*.

Rispetto al regime di responsabilità dei soci, la società semplice e la snc sono assimilabili in linea generale alle categorie della *general partnership* e mentre la sas e la società silenziosa tipica a quella della *limited partnership*.

Ne deriva pertanto che:

- la società civile è una *informal non-commercial partnership*;
- la s.n.c. è una *formal commercial general partnership*;
- la s.a.s. è una *formal commercial limited partnership*;
- la società silenziosa è una *informal commercial silent partnership*.

---

<sup>231</sup> Cfr. Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax...* cit., in part. p. 293 e nota 34.

<sup>232</sup> La distinzione ha rilevanza sul piano fiscale poiché la società silenziosa atipica è una partnership fiscalmente trasparente con redditi di natura commerciale tassabili in capo ai soci in base all'art.15 EstG mentre la società silenziosa tipica è ricondotta ad un contratto di finanziamento generatore di redditi di natura finanziaria tassati in base all'art. 20 EStG. Cfr. Haase F., Steierberg D., *Germany branch report...* cit., par. 9.2.

<sup>233</sup> Sebbene la nozione tedesca di società silenziosa non sia affatto dissimile da quella dell'associazione in partecipazione del diritto italiano, questa al contrario rientra nella definizione tedesca (e anche francese) di società per effetto della maggiore ampiezza di questo concetto in tali ordinamenti. Sia nell'ordinamento francese che tedesco infatti rientra nel concetto di società qualsiasi contributo messo in comune fra due o più persone che collaborano verso un comune proposito. V. Mingione G., Voce "*Associazione in partecipazione*", in Enc. Giur. del sole 24 ore, 2017.

### 1.4.3 Francia

L'ordinamento francese prevede due tipologie societarie: quelle a base capitalistica e quelle a base personale che, a seconda della loro vocazione commerciale, sono disciplinate dal *code civil* o dal *code de commerce*.

Le società a base capitalistica sono: la società per azioni (*Société Anonyme - S.A.*), la società per azioni semplificata (*Société par Action Simplifiée - S.A.S.*), l'impresa unipersonale a responsabilità limitata (*Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée E.U.R.L.*), le società a responsabilità limitata (*Société à Responsabilité Limitée - S.A.R.L.*). A queste si aggiungono la società europea (Reg. CE 2157/2001) regolata sul modello della società per azioni e la società cooperativa europea (Reg.CE 1435/2003).

Le società a base personale di tipo non commerciale (e quindi disciplinate dal *code civil*)<sup>234</sup> sono: la società civile (*société civile - SC*), la società in partecipazione (*société en participation – SeP*) e la società occulta (o di fatto).

Le società a base personale disciplinate dal *code de commerce* sono: la società in nome collettivo (*société en nom collectif - SNC*), la società in accomandita semplice (*société en comandite simple - SCS*), il gruppo di interesse economico (*groupement d'intérêt économique – GIE*).

Le società personali francesi acquisiscono personalità giuridica con l'iscrizione nel pubblico registro previsto per loro attività istituzionale<sup>235</sup>.

Secondo l'art. 1832 c.c.: «La società è costituita da due o più persone che concordano per contratto di assegnare a una impresa comune i beni o i loro servizi al fine di condividere gli utili o i profitti derivanti dai risparmi che possono derivare. Può essere istituita, nei casi previsti dalla legge, dall'atto di volontà di una sola persona. I soci si impegnano a contribuire alle perdite».

---

<sup>234</sup> Il libro primo del *code civil* francese, contenente la disciplina delle persone (*Des personnes*), dedica alle società il titolo IX (De la société) il quale è articolato in tre capitoli: il primo contiene le disposizioni generali (*Dispositions générales*, art. da 1832 a 1844-17), il secondo contiene le disposizioni sulla società civile (De la société civile, art.- da 1845 a 1870-1) e il terzo contiene le disposizioni sulla società in partecipazione (De la société en participation, art. da 1871 a 1873).

<sup>235</sup> Art. 1842 c.c.: «Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation. Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations».

Il registro in cui la società deve essere iscritta è diverso a seconda che la società sia commerciale o non commerciale. Per le società commerciali è il pubblico *Registre du commerce* tenuto presso il *Tribunal de commerce* territorialmente competente. Per le società non commerciali è il pubblico registro tenuto presso il *Tribunal de Grande Instance* (TGI, che diventerà *Tribunal Judiciaire* dal 1/1/2020), oppure tenuto presso il competente ordine professionale.

La *société civile*, disciplinata dagli artt. 1845 – 1870-1 c.c.<sup>236</sup>, è impiegata per attività economiche di tipo non commerciale (professionali, immobiliari e agricole)<sup>237</sup>. Questa va distinta da altre forme associative come l'associazione, la *mutuelle* o la *communauté (copropriété, mariage)* il cui scopo non è quello di realizzare un profitto e dividerlo fra i partecipanti. In particolare, la *société civile* si distingue tradizionalmente dall'associazione in quanto l'impegno dei suoi partecipanti incontra il limite della loro volontà e non quello della legge<sup>238</sup>.

La *société en participation* è disciplinata dagli artt. 1871-1873 c.c. La società è priva di personalità giuridica<sup>239</sup> non opera con un nome proprio, non possiede beni, né può acquisire autonomamente diritti od obblighi. Di regola, ciascun socio agisce a nome personale assumendo, come tale, diritti ed obblighi verso i terzi. I soci pertanto restano titolari dei beni conferiti alla società. Essa si qualifica come un mero accordo contrattuale fra soci che dà luogo ad una figura priva di qualunque personalità e soggettività e per questo non soggetta a nessuna delle formalità richieste per la costituzione di altre società personali<sup>240</sup>. Se i soci ne rivelano l'esistenza, ciascun socio assume responsabilità personale e solidale derivante dall'attività degli altri soci.

---

<sup>236</sup> Art. 1845 cc.: «Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toutes les sociétés civiles, à moins qu'il n'y soit dérogé par le statut légal particulier auquel certaines d'entre elles sont assujetties. Ont le caractère civil toutes les sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature, ou de leur objet.».

<sup>237</sup> In Francia esiste un'ampia varietà di società civili. Fra le più diffuse vi sono: la *Société civile immobilière* (SCI), la *Sociétés civiles agricoles* (come il Groupement agricole d'exploitation en commun – GAEC), *Société civile d'exploitation agricole* – SCEA, *Groupement foncier agricole* – GFA ecc.), la *Société civile professionnelle* (SCP), *Société civile de moyens* (SCM), *Sociétés d'exercice libéral* (SEL), *Sociétés des auteurs multimedia* (SCAM), *Sociétés des auteurs multimedia* (SCAM), *Sociétés des auteurs, réalisateurs et producteurs* (SCARP), *Sociétés d'artistes et musiciens interprètes* (SCADAAM).

<sup>238</sup> La legge del 1/7/1901 (versione consolidata al 28 ottobre 2019) definisce l'associazione come: «la convenzione in base alla quale due o più persone mettono permanentemente in comune le proprie conoscenze o attività per scopi diversi dalla condivisione degli utili. È regolato, per quanto riguarda la sua validità, dai principi generali di legge applicabili ai contratti e alle obbligazioni».

Tali disposizioni non si applicano alle associazioni costituite nei tre Dipartimenti annessi nel 1871 di Basso Reno e Alto Reno (costituenti l'Alsazia) e Mosella che hanno scelto di essere regolate dalla legge locale, un sistema legale che conserva, nei territori oggetto di ripetute contese franco-tedesche, alcune antiche leggi tedesche se ritenute più favorevoli per gli abitanti.

Quindi lo statuto di un'associazione costituita in base alla legge del 1901 può prevedere anche l'esercizio di attività commerciali. In tal caso, i profitti non possono essere divisi ma devono essere dichiarati e tassati in base al regime ordinario delle società di capitali.

<sup>239</sup> Art. 1871 cc.: «Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors " société en participation ". Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens. Les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation, sous réserve de ne pas déroger aux dispositions impératives des articles 1832, 1832-1, 1833, 1836 (2<sup>ème</sup> alinéa), 1841, 1844 (1<sup>er</sup> alinéa) et 1844-1 (2<sup>e</sup> alinéa)».

Eccezionalmente l'art. 1871 cc. in combinazione con l'art. 1842 c.c. privano la *société en participation* di personalità giuridica, che invece è un dato comune a tutte le società personali francesi, in considerazione del fatto che la *société en participation* non è una società registrata.

<sup>240</sup> Cfr. Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax*, cit., in part. nota 24.

La società può svolgere sia attività di natura commerciale che non commerciale. Se l'attività è commerciale i soci acquisiscono responsabilità personale e solidale e le pattuizioni contrattuali dovranno conformarsi al codice commerciale. In caso di attività non commerciale la responsabilità personale e solidale dei soci non ricorre e le pattuizioni contrattuali troveranno conformità nel codice civile.

La società in nome collettivo è disciplinata dal codice commerciale<sup>241</sup> ed è un veicolo d'investimento di ampia diffusione.

I soci della s.n.c. devono tutti avere la qualifica di *commerçants*<sup>242</sup> e sono personalmente e solidamente responsabili per le obbligazioni sociali. Il loro regime di responsabilità personale beneficia della preventiva escussione del patrimonio della società.

La snc opera con un proprio nome commerciale<sup>243</sup>.

L'atto costitutivo deve essere in forma scritta sia ai fini probatori che ai fini della registrazione presso il registro del commercio e delle società.

L'iscrizione della società in tale registro è comunque una condizione di esistenza e le conferisce la personalità giuridica<sup>244</sup>.

I diritti di partecipazione in una s.n.c. non sono liberamente trasferibili senza il preventivo consenso di tutti gli altri soci<sup>245</sup>.

Di regola e salvo patto contrario, il potere di amministrazione e di rappresentanza della società spetta disgiuntamente a tutti i soci<sup>246</sup>. Gli amministratori impegnano la società solo per operazioni che rientrano fra gli obiettivi della società. Eventuali limitazioni di poteri amministrativi non possono essere opposte a terzi.

La distribuzione dei profitti e delle perdite è definita dal contratto e i soci hanno diritto di voto nell'assemblea generale che ha ad oggetto tale distribuzione.

I soci non amministratori hanno un potere di controllo contabile sulla gestione dell'attività. La legge impone la revisione contabile quando l'attività della società superi determinati parametri<sup>247</sup>.

---

<sup>241</sup> Art. L221-1 – L221-17 cod. comm.

<sup>242</sup> Art. L121-1 cod.com. Il *commerçants* è in sostanza una persona che svolge per professione abituale un'attività di commercio.

<sup>243</sup> Art. L221-2 cod.com.

<sup>244</sup> Art. L210-6 cod.com.. In Francia la persona giuridica è detta *personne morale*.

<sup>245</sup> Art. L221-13 cod.com.

<sup>246</sup> Art. L221-3 cod.com.

<sup>247</sup> Art. L221-9 cod.com.

La società in accomandita semplice è governata dalle regole del codice commerciale<sup>248</sup>.

I soci accomandanti (*comandités*) sono personalmente e solidalmente responsabili delle obbligazioni sociali e soggetti alla gran parte delle disposizioni previste dal codice commerciale per i soci della snc, inclusa la qualifica di *commerçants*. I soci accomandanti (*comanditaires*) invece possono non essere *commerçants* e rispondono nel limite dei conferimenti che non possono consistere in servizi<sup>249</sup>.

Il socio accomandante non ha potere amministrativo e non ha diritto di effettuare operazioni con terze parti in nome della società, nemmeno su procura del socio accomandatario<sup>250</sup>. In caso contrario il suo regime di responsabilità si estende a quello previsto per i soci accomandatari.

I conferimenti nella s.a.s. sono rappresentati da quote di partecipazione. Di regola e salvo patto contrario, le quote non sono liberamente trasferibili in mancanza del consenso di tutti gli altri soci accomandanti e accomandatari. Il contratto ne può prevedere la trasferibilità a terzi a determinate condizioni stabilite dalla legge<sup>251</sup>.

Il gruppo di interesse economico (GIE) è regolato dal codice commerciale<sup>252</sup>. È una figura che, combinando caratteri tipici sia delle società incorporate che delle società personali, si presta ad un uso ampiamente flessibile potendosi assimilare ad un consorzio.

Il gruppo di interesse economico acquisisce personalità giuridica con la registrazione nel registro commerciale. Esso tuttavia non è dotato di un proprio capitale e non è finalizzato al profitto. Fra le finalità non-profit, la legge richiede che esso sia comunque finalizzato a facilitare lo sviluppo di attività economiche dei suoi membri o ad accrescere i profitti o i benefici di tali attività. Per tale ragione esso è spesso impiegato per lo svolgimento di servizi di tipo strumentale all'impresa, come le attività di ricerca, sviluppo o altri servizi.

---

<sup>248</sup> Art. L222-1 – L222-13 cod.com.e, in assenza di altre disposizioni, sono applicabili le disposizioni del codice commerciale che regolano la snc.

<sup>249</sup> L222-1 cod.com.. Un tale tipo di conferimento potrebbe comportare la partecipazione alla gestione della società.

<sup>250</sup> L 222-6. cod.com. Dato il divieto di effettuare operazioni con terzi in nome della società la legge non esclude espressamente l'attribuzione di poteri amministrativi al socio accomandante. Quasi sempre quindi il contratto riserva tali poteri ai soli soci accomandatari.

<sup>251</sup> L222-8 cod.com.

<sup>252</sup> La figura del GIE è stata introdotta dall'*Ordonnance* n. 67-821 del 23 *septembre* 1967 (Version consolidée au 20 juin 2011).

I GIE francesi sono disciplinati negli artt. da L251-1 a L251-23 cod.com., mentre i gruppi di interesse economico europei (*Groupement européen d'intérêt économique*, GEIE) sono disciplinati da L252-1 a 252-12 cod.com.

Esso tuttavia può avere scopo sia commerciale che non commerciale.

I soci possono avere qualunque natura, personale, societaria con scopo commerciale o non commerciale.

Da tutti gli elementi emersi, possiamo concludere quanto segue.

La società semplice, in nome collettivo, in accomandita semplice e la società in partecipazione<sup>253</sup> sarebbero tutte configurabili come partnership in virtù della loro natura societaria.

Esse sono tuttavia dotate di personalità giuridica. Ciò, si vedrà, rappresenta un forte limite alla loro inclusione all'interno della nozione OCSE di partnership. Il Governo francese infatti ha opposto rigide riserve (prima nel 1999, poi corrette nel 2008) all'inclusione delle sue società personali all'interno del concetto di partnership proprio in ragione dell'attributo della personalità giuridica.

Rispetto al tratto della commercialità, la società semplice e il gruppo di interesse economico possono assimilarsi alla categoria della *non commercial partnership*, mentre le società in nome collettivo, la società in accomandita semplice e la società in partecipazione sono *commercial partnership*, anche se ad esse non è precluso lo svolgimento di attività non commerciali.

Rispetto al tratto della pubblicità (o anche formalità), snc e sas sono assimilabili alla categoria delle *formal partnership*, mentre la società semplice e la società silenziosa a quella della *informal partnership*.

Rispetto al regime di responsabilità dei soci, la società semplice e la snc sono assimilabili in linea generale alle categorie della *general partnership* e mentre la sas e la società silenziosa (di regola) a quella della *limited partnership*.

Dall'analisi svolta consegue che:

- la società semplice è una informal non-commercial partnership;
- la snc è una formal commercial general partnership;
- la sas è una formal commercial limited partnership;
- la società silenziosa è una informal commercial silent partnership.

---

<sup>253</sup> Come detto riguardo alla sua omologa tedesca, anche la *società in partecipazione francese*, pur non sembrando dissimile dall'associazione in partecipazione del diritto italiano, rientra nella nozione francese di società per effetto della maggiore ampiezza di questo concetto in tale ordinamento. Qui infatti qualsiasi contributo messo in comune fra due o più persone che collaborano verso un comune proposito rientra nel concetto di società. V. Mingione G., Associazione in partecipazione, voce in Enc. giur. del sole 24 ore, 2017.

Tali conclusioni in tema di abbinamento delle società personali francesi alla nozione di partnership incontrano la riserva consistente nell'attributo della personalità giuridica che la legge francese riconosce a tutte le società personali domestiche registrate.

#### 1.4.4 Regno Unito

Il Regno Unito è uno Stato a tradizione di common law, pertanto la disciplina delle società si è tradizionalmente sviluppata nel diritto giurisprudenziale ed è poi stata codificata in una normativa di tipo statutario che cioè dedica apposite *statutes* alla disciplina generale dei diversi tipi di società.

Nel diritto inglese la figura della *partnership*, intesa come società a base personale, va distinta dalla *company* tradizionalmente intesa come corporation, cioè società incorporata.

Le società a base capitalistica sono: la società per azioni (*Public Limited Company - PLC*), la società a responsabilità limitata (*Private Limited Company - LTD*), LLP (*Limited Liability Partnership*)<sup>254</sup>. A queste si aggiungono la società europea (Reg. CE 2157/2001) regolata sul modello della società per azioni e la società cooperativa europea (Reg. CE 1435/2003).

Le società a base personale sono: la *partnership* e la *limited partnership*.

La *partnership*, figura tradizionalmente presente nelle Corti inglesi sia di *common law* che di *equity*, è attualmente regolata dal *Partnership Act* del 1890 (PA 1890) e dalla relativa giurisprudenza.

---

<sup>254</sup> È regolata dal Limited Liability Partnerships Act del 2000 (LLPA) e risponde all'esigenza di una struttura societaria che fornisca una responsabilità limitata per gli atti compiuti dai suoi soci. La responsabilità è limitata per tutti i soci e non solo per alcuni, come nella *limited partnership*. Sebbene impiegata per soli scopi commerciali l'adesione alla società non è riservata a professionisti ma è estesa anche alle società incorporate. È un *body corporate* ma presenta evidenti somiglianze con l'associazione professionale tedesca.

Le *limited liability partnerships* (LLP) è una forma societaria in cui tutti i soci hanno responsabilità limitata. Rispetto alla L.P. la sua introduzione è dovuta prevalentemente all'esigenza di limitare la responsabilità dei professionisti similmente a quanto avviene alla normale responsabilità dei soci di *partnership* di *common law*; la finalità della limitazione della responsabilità può variare da Stato a Stato (errore e danno nella condotta professionale, negligenza) e dà maggiore protezione ai professionisti rispetto alla *partnership* informale di *civil law* (associazione professionale).

La LLP britannica è una società incorporata con personalità giuridica e capacità giuridica piena, tutti i soci a responsabilità limitata e solo un socio ha la responsabilità pari a quella di un direttore di corporation, i soci sono agenti della *partnership* e la impegnano. La sua ampia fortuna è forse dovuta al fatto che la sua responsabilità limitata è favorita negli altri paesi qualificandosi come ottimo veicolo per gli investimenti esteri. Comporta tuttavia lo svantaggio che se gli altri paesi impiegano come criterio di classificazione fiscale le sue caratteristiche giuridiche, è molto probabile che ricada nella categoria delle corporation. Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax*, cit., p.292. Nella *limited liability partnership*, in generale la responsabilità dei soci è simile a quella delle *informal partnerships* di *civil law*. Nelle LLP di USA e Canada invece tutti i soci hanno responsabilità limitata.

Nel sistema giuridico inglese tuttavia la partnership si atteggia a figura prevalentemente consensuale i cui caratteri e la cui esistenza giuridica derivano da una valutazione dei fatti piuttosto che da disposizioni normative<sup>255</sup>.

Nel Regno Unito la partnership non è persona giuridica. Al contrario in Scozia la partnership (Scottish partnership) è persona giuridica ancorché ad essa continuano ad applicarsi le regole del PA 1890 valide per le partnership inglesi<sup>256</sup>.

La legge definisce la partnership come «*la relazione che sussiste fra persone che svolgono un'attività economica col fine del profitto*»<sup>257</sup>. Tutti gli elementi di tale nozione devono tuttavia coesistere funzionalmente nell'ambito di un accordo anche verbale che evidenzia la volontà dei soci di agire come tali (*animus societatis*). La legge pertanto esclude espressamente che ciascuno di questi elementi possa isolatamente configurare un accordo societario che rientra nella nozione di partnership come definita nel diritto inglese<sup>258</sup>.

Rientra nel concetto di attività economica (*business*) qualunque attività commerciale o non commerciale, inclusa quella professionale<sup>259</sup>. I soci di una partnership devono inoltre essere solo persone: sono pertanto incluse sia le persone fisiche, sia le persone giuridiche.

In tema di diritti di partecipazione e diritti ed obblighi dei soci verso la società la legge stabilisce alcune regole prescrittive cui le pattuizioni contrattuali devono attenersi<sup>260</sup>.

La sua costituzione non richiede particolari formalità o registrazione.

---

<sup>255</sup> Cfr. Clayson M., United Kingdom branch report, in IFA – 49th Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995), International income tax problems of partnerships, in Cahiers de droit fiscal international vol. 80a), The Hague: Kluwer Law International, 1995, p. 539.

<sup>256</sup> Cfr. Roxan I., Italy-United Kingdom tax treaty: the british perspective, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, EGEA, p.499; Giorgi S., La Convenzione fra l'Italia e il Regno Unito contro le doppie imposizioni, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, EGEA, p.472.

<sup>257</sup> PA 1890, art. 1.

<sup>258</sup> PA 1890, art. 2: «*In determining whether a partnership does or does not exist, regard shall be had to the following rules...*».

<sup>259</sup> PA 1890, art. 45.

<sup>260</sup> PA 1890, art. 24: «*The interests of partners in the partnership property and their rights and duties in relation to the partnership shall be determined, subject to any agreement express or implied between the partners, by the following rules*». Sono inoltre rilevanti le prescrizioni dell'art. 28 e 29 sull'obbligo di rendicontazione.



La legge inglese, con la sola eccezione di quella scozzese<sup>261</sup>, non riconosce la partnership come ente separato dai soci: essa è infatti considerata una mera aggregazione dei suoi soci<sup>262</sup> fra i quali intercorre un rapporto di tipo fiduciario<sup>263</sup>.

Essa tuttavia esercita una impresa mediante un patrimonio (*partnership property*) che è oggetto di una speciale comproprietà fra i soci (*partnership co-ownership*): il tratto distintivo di tale comproprietà risiede in uno speciale regime di devoluzione esclusiva di alcuni beni dei soci alle finalità della società<sup>264</sup>.

La disciplina legislativa della partnership si base sulla teoria dell'agenzia: ciascun socio opera come *principal* nello svolgere l'attività d'impresa della società e come *agent* della società rispetto agli altri soci<sup>265</sup>.

Gli elementi indiziari della qualifica di socio di partnership sono la titolarità delle quote, la responsabilità per i debiti sociali, la capacità di impegnare l'impresa mediante propri atti e il diritto a beneficiare della liquidazione degli attivi patrimoniali<sup>266</sup>.

Gli atti connessi all'oggetto sociale compiuti da ciascun socio impegnano pertanto la società<sup>267</sup>. Ciascun socio inoltre è dotato di uguali diritti amministrativi. Eventuale limitazione amministrative o di agenzia tuttavia non sono opponibili ai terzi se non effettivamente conosciuti da questi<sup>268</sup>.

Salvo diversa pattuizione, i soci dividono profitti e perdite dell'impresa<sup>269</sup>. Ciascun socio è solidalmente responsabile delle obbligazioni sociali<sup>270</sup>. Ciascun socio

---

<sup>261</sup> A fini pratici, sarà quindi utile distinguere fra partnerships inglesi e scozzesi.

<sup>262</sup> Le uniche eccezioni a questa regola generale sono dovute prevalentemente a ragioni di tipo amministrativo: il nome della società risponde infatti ad esigenze di tipo processuale e di fiscalità indiretta (IVA). V. Value Added Tax Act 1994, art. 45.

<sup>263</sup> Cfr. Andenas M., Wooldridge F., *European comparative company law*, cit., p. 136.

<sup>264</sup> PA 1890, art. 20.

Il concetto di *partnership property* non indica la costituzione di un patrimonio separato della società mediante il conferimento dei soci, bensì un particolare regime di devoluzione di beni dei soci. I beni che i soci intendono finalizzare allo scopo sociale restano nel loro patrimonio ma sono funzionalmente devoluti allo svolgimento dell'attività societaria.

In questa prospettiva non avrebbe più senso parlare di conferimento di beni alla società ma di devoluzione funzionale di alcuni beni dei soci al fine sociale. Ciò perché, materialmente e giuridicamente, i beni restano all'interno del patrimonio dei soci anche se sono aggredibili da terzi creditori della società.

La principale differenza fra *partnership property* e joint ownership risiede nel fatto che un co-owner può liberamente trasferire la sua quota di proprietà senza il consenso degli altri co-owners, mentre fra soci questo non è possibile. Un socio può trasferire il proprio diritto agli utili ma non gli altri diritti tipici del socio, cioè il potere amministrativo o il controllo della contabilità. La *joint ownership* inoltre non necessariamente richiede un contratto con comunione nei profitti e nelle perdite. V. Lindley & Banks on partnership, XX ed., §§5-09.

<sup>265</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, in IFA – 49th Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995), *International income tax problems of partnerships*, in Cahiers de droit fiscal international vol. 80a), The Hague: Kluwer Law International, 1995, p. 539.

<sup>266</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, in IFA, cit., p. 540.

<sup>267</sup> PA 1890, art. 5.

<sup>268</sup> PA 1890, art. 8.

<sup>269</sup> PA 1890, art. 24.

<sup>270</sup> PA 1890, art. 9.

può essere chiamato a rispondere personalmente dei debiti sociali, con diritto di rivalsa sugli altri soci. Nel caso di negligenza di un socio, la società e quindi tutti i soci rispondono dei danni prodotti da tale negligenza<sup>271</sup>.

I diritti di partecipazione non sono liberamente trasferibili in mancanza del consenso di tutti i soci<sup>272</sup>. Il credito finanziario della partnership varia al variare della posizione finanziaria dei soci. Il trasferimento di quote sociali carente del consenso di tutti gli altri soci determina l'assegnazione dei diritti agli utili ma non quella del potere amministrativo della società<sup>273</sup>.

Ciascun socio ha obbligo di rendiconto verso gli altri<sup>274</sup>.

L'ordinamento scozzese riconosce alle partnership una propria autonomia soggettiva configurandole come entità separate dai propri soci. Tale situazione rende difficile comprendere come un cambio di composizione sociale possa garantire la continuità della società.

In ogni caso i soci delle partnership scozzesi sono solidalmente responsabili per le obbligazioni sociali al pari dei soci delle partnership inglesi<sup>275</sup>. La loro responsabilità tuttavia è sussidiaria rispetto a quella della società, dotata di un proprio patrimonio come ente separato dai soci. Nella partnership scozzese inoltre l'obbligo di rendiconto sembrerebbe incombere verso la società e non verso i soci.

La *limited partnership* è regolata dal *Limited Partnership Act* del 1907 (LPA 1907) e, dove compatibile, è applicabile la disciplina delle partnership del PA 1890<sup>276</sup>. Per i profili non caratteristici quindi, il suo status legale è identico a quello della general partnership<sup>277</sup>.

La società è priva di personalità giuridica.

Una *limited partnership* si considera formata quando la limitazione di responsabilità del socio verso terze parti è richiamata in base al LPA 1907 oppure quando la limitazione di responsabilità rispetta i requisiti di tale legge<sup>278</sup>. La legge prevede pertanto due tipologie di soci per la *limited partnership*: il general partner, che è illimitatamente e personalmente responsabile per le obbligazioni sociali e il limited

---

<sup>271</sup> PA 1890, art. 10.

<sup>272</sup> PA 1890, art. 24 c.7.

<sup>273</sup> PA 1890, art. 31.

<sup>274</sup> LPA 1907, art. 28.

<sup>275</sup> PA 1890, art. 9.

<sup>276</sup> LPA 1907, art. 7.

<sup>277</sup> Roxan I., Italy-United Kingdom tax treaty: the british perspective, cit., p.499

<sup>278</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit., p. 540

partner che è responsabile nel limite dei conferimenti effettuati nella società<sup>279</sup>. La limited partnership quindi deve avere almeno due soci che possono essere sia persone fisiche che società incorporate<sup>280</sup>.

L'iscrizione della società nel registro ufficiale delle società è funzionale a chiarire la sua natura di limited partnership e richiede la consegna dei documenti principali riguardanti l'entità e i suoi soci<sup>281</sup>.

Il *general partner* è agente della società: ha dunque il potere di amministrarla e impegnarla verso i terzi. Il limited partner è privo di tale status. Egli può essere autorizzato ad agire per conto dell'impresa ma nel caso eserciti un qualunque potere amministrativo perde la limitazione di responsabilità<sup>282</sup>.

Il *limited partner* non può ritirare i propri conferimenti ma ha diritto a una quota degli utili. La distribuzione degli utili è regolata dal PA 1890 che prevede, salvo patto contrario, una pari quota di profitti e perdite a tutti i soci<sup>283</sup>. Il limited partner ha comunque un potere di controllo contabile sui conti della società ed è richiesto il suo consenso per il cambiamento della natura dell'attività della partnership<sup>284</sup>.

Il partnership agreement può ripartire i diritti di partecipazione dei soci in azioni che tuttavia non rappresentano azioni della partnership<sup>285</sup>.

Le quote di partecipazione dei *limited partner* sono trasferibili con il solo consenso dei general partners<sup>286</sup>. Finché non è registrato, il trasferimento non è efficace<sup>287</sup>.

Tale tipologia di società non ha riscosso molto successo nel Regno Unito. Il suo impiego è limitato prevalentemente al settore delle produzioni cinematografiche, alle operazioni di estrazione petrolifera marittima e al settore del private equity.

Da tutti gli elementi emersi, possiamo concludere quanto segue.

Sia la partnership PA 1890 che la limited partnership LPA 1907 si configurano come società a base personale. L'aspetto particolarmente distintivo di tali figure risiede

---

<sup>279</sup> LPA 1907, art. 4 c.2.

<sup>280</sup> LPA 1907, art. 4 c.4.

<sup>281</sup> LPA 1907, art. 8.

<sup>282</sup> LPA 1907, art. 6.

<sup>283</sup> LPA 1907, art. 7 e PA 1890 art. 24 c.1.

<sup>284</sup> LPA 1907, art. 7 in comb. con PA 1890 art. 19 e 24 c.8.

<sup>285</sup> Roxan I., Italy-United Kingdom tax treaty: the British perspective, cit., p.499.

<sup>286</sup> LPA 1907, art. 6 c.5 b).

<sup>287</sup> LPA 1907, art. 9 c.1 d) e 10.

nella natura dell'ente che è un mero aggregato di persone, non ha propria soggettività e non è dotato di un patrimonio giuridicamente separato da quello dei suoi soci.

Rispetto al tratto della commercialità, Sia la partnership PA 1890 che la limited partnership LPA 1907 assumono una posizione neutra, potendosi configurare come veicolo idoneo a svolgere sia attività *commercial* che *non commercial*.

Rispetto al tratto della pubblicità (o anche formalità), la limited partnership LPA 1907 è assimilabile alla categoria delle *formal partnership*, mentre la partnership PA 1890 a quella della *informal partnership*.

Rispetto al regime di responsabilità dei soci, la partnership PA 1890 è assimilabile alla categoria della *general partnership* e mentre la limited partnership LPA 1907 a quella della *limited partnership*.

Dalle considerazioni fin qui svolte, si può dunque concludere quanto segue.

La partnership PA 1890 si configura come *informal general partnership*.

La limited partnership LPA 1907 si configura come *formal limited partnership*.

### 1.4.5 Svizzera

Nella Confederazione svizzera la disciplina generale delle società, degli enti commerciali e dell'impresa è contenuta nel codice delle obbligazioni (*Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Obligationenrecht*, OR); in alternativa sono applicabili principi e norme generali del diritto privato contenute nel codice civile (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, ZGB)<sup>288</sup>.

L'ordinamento commerciale federale prevede due tipologie societarie: quelle a base capitalistica e quelle a base personale.

Le società a base capitalistica sono: la società per azioni (*Aktiengesellschaft*, AG)<sup>289</sup>, le società a responsabilità limitata (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, GmbH)<sup>290</sup>, la società per azioni con soci a responsabilità illimitata (*Kommanditaktiengesellschaft*, KAG)<sup>291</sup>. A queste si aggiungono altre forme giuridiche dell'impresa dotate di personalità: l'associazione (*Verein*)<sup>292</sup>, la cooperativa (*Genossenschaft*)<sup>293</sup> e la fondazione privata (*Stiftung*)<sup>294</sup>.

Il diritto civile svizzero prevede un circoscritto numero di forme associative a base personale (*numerus clausus*). Le società a base personale sono: la società semplice (*Einfache Gesellschaft*), la società in nome collettivo (*Kollektivgesellschaft*), la società in accomandita semplice (*Kommanditgesellschaft*)<sup>295</sup>.

---

<sup>288</sup> Il primo codice delle obbligazioni risale al 1881, ma la disciplina del diritto societario ha subito rilevanti modifiche nel 1911, 1936 e 1992 mentre il Codice civile svizzero, emanato nel 1907, è entrato in vigore nel 1912. Formalmente sono considerati codici autonomi ma sostanzialmente sono un unico codice poiché la disciplina le obbligazioni (OR) occupa la parte quinta del codice civile (ZGB).

<sup>289</sup> Artt. da 620-763 OR.

<sup>290</sup> Artt. 772-827 (OR).

<sup>291</sup> Artt. 764-771 OR.

<sup>292</sup> La Verein (artt. 60-79 ZGB) è dotata di organizzazione societaria e personalità giuridica ma di regola non ha fine di lucro anche se ciò è frequente nella pratica. La responsabilità dei soci (sia persone fisiche che enti) è limitata ai beni dell'associazione e non si estende ai debiti dell'associazione; l'atto costitutivo può prevedere l'obbligo (entro determinati limiti) di contribuzioni supplementari per ripianare perdite patrimoniali. Lo scioglimento comporta la cessazione dell'attività e la liquidazione delle attività in base alle norme sulla cooperativa (art. 58 ZGB).

<sup>293</sup> La *genossenschaft* promuove gli interessi economici dei suoi soci, non ha capitale fisso ed è dotata di personalità giuridica separata. La gestione è affidata ai soci (artt. 828-926 OR) la cui responsabilità è, in generale, limitata ai beni dell'ente ma l'atto costitutivo può disporre la responsabilità illimitata. Non vi è limite al numero dei soci né al valore del capitale.

<sup>294</sup> La *Stiftung* è un'istituzione indipendente con personalità giuridica e dotata di un fondo di dotazione (*widmung eines Vermögens*). Essa è istituita per atto unilaterale (*Stiftungsurkunde*) o disposizioni testamentarie (*letztwillige Verfügung*, art. 81 ZGB) con uno scopo speciale (art. 80 ZGB) e per destinatari (*destinatäre*) che beneficiano delle sue attività. La fondazione esegue le volontà del fondatore stabilite all'atto della devoluzione dei beni ed è soggetta a vigilanza delle autorità federali o cantonali. L'estinzione avviene per oggetto divenuto impossibile, illegale o immorale.

Una fondazione è denominata *Unternehmensstiftung* se il bene devoluto è un'impresa (*Stiftungsunternehmen*, in tale caso la fondazione gestisce le attività dell'impresa) o una partecipazione qualificata in una società ( *Holding-Stiftung*).

<sup>295</sup> Durr S, Switzerland brach report, in in Haase F (ed.), *Taxation of International Partnerships: 15 Years OECD Partnership Report: Past, Present and Future*, IBFD, 2014, par. 15.2 ss.

La figura della società in partecipazione (*Stille Gesellschaft*) non riceve invece formale disciplina.

Le società personali sono associazioni di persone senza personalità giuridica.

Alle forme societarie generali previste dal diritto federale, alcune legislazioni cantonali possono prevedere il riconoscimento di un particolare status fiscale come ad esempio il regime delle holding e delle società di gestione; tali regimi devono essere negoziati preventivamente con l'Amministrazione finanziaria.

La società semplice<sup>296</sup> è definita come «*un contratto, col quale due o più persone si riuniscono per conseguire con forze o mezzi comuni uno scopo comune*». È la forma di base di una qualunque altra società: in assenza dei requisiti previsti da altro tipo sociale, si presume costituita automaticamente una società semplice, anche se i soci non ne sono a conoscenza. Al regime della società semplice inoltre la legge rinvia in caso di assenza di speciali disposizioni per gli altri tipi sociali<sup>297</sup>.

La costituzione di una società semplice non prevede particolari formalità né registrazione. È priva di personalità giuridica e non svolge attività a proprio nome. Non ha natura di associazione commerciale ma di accordo contrattuale con rilevanza prevalentemente interna che si presenta all'esterno per lo più come comunione d'interessi.

I soci, sia società che persone fisiche, sono solidalmente e illimitatamente responsabili per le obbligazioni contratte dalla società. La limitazione di responsabilità opera solo se un socio agisce dichiaratamente in nome proprio.

Salvo diverso accordo, profitti e perdite sociali sono ripartiti in parti uguali, in base al numero dei soci<sup>298</sup>.

La società in nome collettivo<sup>299</sup> è un'associazione commerciale costituita da due o più soci. Lo status di soci può essere assunto solo da persone fisiche (persone naturali). I soci hanno l'obbligo di iscriverla nel registro di commercio<sup>300</sup> e a decorrere da tale data la società può esercitare l'attività in nome proprio.

---

<sup>296</sup> Artt. 530-551 OR.

<sup>297</sup> Art. 557 OR.

<sup>298</sup> Art. 533 OR.

<sup>299</sup> Art. 552-593 OR.

<sup>300</sup> Art. 552 OR.

Il contratto sociale, sebbene facoltativo, regola i conferimenti, l'ammontare e la quota di partecipazione nel patrimonio sociale<sup>301</sup> e i diritti di partecipazioni agli utili<sup>302</sup> e la compartecipazione alle perdite sociali<sup>303</sup>.

I conferimenti possono essere effettuati in denaro, beni, crediti o servizi<sup>304</sup> ma non sono previsti obblighi o limiti di capitale sociale.

I soci hanno diritto di percepire annualmente gli utili, gli interessi e l'onorario dell'esercizio oppure di incrementare in misura corrispondente la propria quota di capitale.

I soci rispondono illimitatamente e solidalmente delle obbligazioni sociali con il proprio patrimonio personale ma in via sussidiaria rispetto al patrimonio societario<sup>305</sup>.

Le snc con cifra d'affari sopra la soglia dei 500.000 CHF hanno l'obbligo di tenere una contabilità ordinaria<sup>306</sup>; sotto tale soglia, l'obbligo comporta una contabilità di tipo semplificato.

Nella società in nome collettivo ogni socio opera sotto la direzione aziendale, a meno che non sia previsto diversamente da una delibera societaria.

Salvo diversa pattuizione, tutti i soci hanno di regola il potere di amministrazione disgiuntiva<sup>307</sup> in base alle regole del mandato<sup>308</sup>, il diritto di opposizione ad atti compiuti da altri soci amministratori e il potere di rappresentare la società verso i terzi<sup>309</sup>.

La circolazione delle quote di partecipazione in una società in nome collettivo è rimessa al consenso preventivo e unanime di tutti i soci<sup>310</sup>.

La snc, in quanto registrata, è dotata di soggettività giuridica anche se priva di personalità giuridica ed appare come una comunità di soci contitolari di asset che agiscono in nome dell'impresa<sup>311</sup>.

---

<sup>301</sup> Art. 557 e 531 OR.

<sup>302</sup> Art. 552 OR.

<sup>303</sup> Art. 559 OR.

<sup>304</sup> Art. 557 e 531 OR.

<sup>305</sup> Art. 568 OR.

<sup>306</sup> Art. 957 OR.

<sup>307</sup> Art. 539 OR.

<sup>308</sup> Art. 540 OR.

<sup>309</sup> Art. 543 e 544 OR Limitazioni alla rappresentanza sociale sono opponibili ai terzi sono se iscritte nel registro di commercio.

<sup>310</sup> Art. 557 e 542 OR.

<sup>311</sup> Ruedin R., Droit des sociétés, Staempfli, 1999, p.114 e 143.

La società in accomandita semplice<sup>312</sup> è un'associazione commerciale costituita da uno o più soci accomandatari (*Komplementäre*) persone fisiche che rispondono illimitatamente e da uno o più soci accomandanti (*Kommanditäre*) la cui responsabilità è limitata ai conferimenti (persone fisiche, società di persone o società AG e GmbH).

La società risponde delle proprie obbligazioni con il proprio patrimonio in via primaria. I soci accomandanti rispondono in via sussidiaria e solidale, ma nel limite dell'apporto di capitale. I soci accomandatari rispondono in modo sussidiario, solidale e illimitato e sottostanno alla procedura fallimentare.

Per tutti gli altri aspetti si applicano le regole valide per le società in nome collettivo e, residuamente, quelle per la società semplice.

La società in partecipazione, ancorché molto diffusa, non è una forma giuridica espressamente prevista dalla legge.

Essa è una forma specifica della s.n.c. in cui un socio occulto (cioè non rivelato ai terzi) partecipa all'attività del socio apparente (cioè rivelato ai terzi) mediante un conferimento, col diritto di partecipare agli utili e alle perdite nel limite dell'apporto effettuato. Il socio apparente resta l'unico legittimato a rappresentare la società e ad intrattenere rapporti con i terzi. L'assenza di regolamentazione specifica rende libera la negoziazione dei rapporti contrattuali i quali possono prevedere l'assenza di diritti decisionali del socio occulto oppure rilevanti poteri decisionali. In assenza di "animus societatis" il rapporto giuridico si trasforma in un contratto di tipo sinallagmatico, il più delle volte un finanziamento<sup>313</sup>.

Il tratto che vale a distinguere le società personali svizzere rispetto alla fiscalità è l'assenza di personalità giuridica. La società agisce come una comunità di soci cui sono imputabili collettivamente asset e diritti della società<sup>314</sup>.

Ciascun socio ha diritto di ricevere alla fine di ciascun esercizio o a seguito della liquidazione della società una uguale quota di profitti e perdite della società stessa o, se non altrimenti concordato, la quota di partecipazione agli utili societari si considera di uguale proporzione fra i soci<sup>315</sup>.

---

<sup>312</sup> Art. 594–619 OR.

<sup>313</sup> V. Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax*, cit., p. 292.

<sup>314</sup> Il concetto di proprietà collettiva è da individuarsi nel fatto che a più persone è imputato l'unico e lo stesso diritto. Ogni socio ha inoltre un diritto su l'intero patrimonio della partnership. I diritti della partnership possono essere esercitati solo collettivamente da tutti i soci quindi i soci non possiedono individualmente una ideale quota del patrimonio della società. Cfr. Salomé H., *International Taxation of Partnerships: Divergences in the Personal Attribution of Income*. Bruylant, 2002, p.30.

<sup>315</sup> Art. 533, 557(2), 598(2) OR. Cfr. Meier-Hayoz A., Forstmoser P., *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 2004, p. 56.



Rispetto al tratto della commercialità, la società semplice può assimilarsi alla categoria della *non commercial partnership*, mentre le società in nome collettivo, la società in accomandita semplice e la società in partecipazione sono *commercial partnership*, anche se ad esse non è precluso lo svolgimento di attività non commerciali.

Rispetto al tratto della pubblicità (o anche formalità), snc e sas sono assimilabili alla categoria delle *formal partnership*, mentre la società semplice e la società silenziosa a quella della *informal partnership*.

Rispetto al regime di responsabilità dei soci, la società semplice e la s.n.c. sono assimilabili in linea generale alle categorie della *general partnership* e mentre la sas e la società silenziosa (di regola) a quella della *limited partnership*.

Dall'analisi svolta quindi consegue che:

- la società semplice è una *informal non-commercial partnership*;
- la s.n.c. è una *formal commercial general partnership*;
- la s.a.s. è una *formal commercial limited partnership*;
- la società silenziosa è una *informal commercial silent partnership*.

## 1.4.6 USA

Negli Stati Uniti la disciplina delle società rientra fra le competenze normative degli Stati federati. Il Governo centrale non ha mai adottato una legislazione federale sulla disciplina delle società e in particolar modo delle *partnerships*.

Ciascuno Stato ha quindi un proprio common law (leggi formali e *cases law*) che regola le diverse forme giuridiche dell'attività economica.

Il diritto societario ha subito gli influssi prevalenti della tradizione di common law. Fra i 51 Stati federati tuttavia non mancano quelli come la *Luisiana* e il *Delaware* dove alcuni aspetti del diritto societario hanno subito l'influenza del civil law di tradizione francese e tedesco.

Il diritto societario americano registra una enorme varietà di forme giuridiche per l'organizzazione del business.

Diversamente da quanto avviene nel diritto inglese la figura della *partnership*, intesa come società a base personale, va distinta sia dalla *company* che dalla *corporation*, cioè la società incorporata a base capitalistica.

Le società a base personale generalmente previste dalla legislazione statale sono: la *general partnership* (GP), la *limited partnership* (LP), *limited liability partnership* (LLP), la *limited liability limited partnership* (LLLP). A queste spesso si affiancano le *Limited Liability Companies* (LLC, LC, Ltd. Co.), quando nella legge dei singoli Stati non sono società incorporate<sup>316</sup>.

Le società incorporate invece sono le *corporation* (Corp.) o le *incorporated companies* (Inc., Ltd., Co./Company).

Similmente a quanto avvenuto nel Regno Unito, una speciale Commissione federale<sup>317</sup> ha predisposto uno standard normativo (*uniform act*) col fine di promuovere l'adozione di una disciplina delle società personali uniforme fra gli Stati. Il modello standard si articola nel *Uniform Partnership Act* (UPA) che regola la general

---

<sup>316</sup> Per questa ragione, quando ci si riferisce ad una società non incorporata è preferibile indicare il tipo societario e la legge statale di sua costituzione. Una LLC del Texas infatti è una società incorporata e non ha la stessa natura di una LLC del Delaware che invece è una *partnership*.

<sup>317</sup> La Commissione per l'uniformità legislativa (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws – NCCUSL) è una associazione non profit istituita nel 1892 con la finalità di promuovere la chiarezza e l'uniformità della legislazione fra gli Stati federati (inclusi il District of Columbia, il protettorato di Porto Rico e il territorio delle Virgin Islands statunitensi). È formata da 350 componenti designati dagli Stati fra i professionisti e gli esperti delle materie giuridiche. Nell'ambito del diritto commerciale la Commissione ha promosso l'elaborazione di tutti gli standard UPA e l'Uniform Commercial Code (UCC) in collaborazione con l'American Law Institute (<http://www.uniformlaws.org/home>).

partnership<sup>318</sup> e nel *Uniform Limited Partnership Act* (ULPA) che regola la limited partnership<sup>319</sup>.

La prima versione dell'UPA risale al 1916, seguita da numerose altre versioni, l'ultima delle quali è del 1997<sup>320</sup>. L'UPA 1914 è stato adottato da tutti gli Stati federati eccetto la Louisiana mentre l'attuale RUPA 1997 è adottato in 37 Stati.

La prima versione dell'ULPA risale invece al 1916, seguita da numerose altre versioni, l'ultima delle quali è del 2001<sup>321</sup>. Il Re-RULPA 2001 (attuale versione del RULPA) è particolarmente innovativo e ridefinisce la disciplina delle limited partnership all'interno del più recente assetto di sistema societario che ha visto introdurre le figure della LLP, LLC<sup>322</sup>. Rispetto a tali figure Re-RULPA 2001 prevede la possibilità di configurare anche limited partnership a responsabilità limitata, cioè dotate di uno schermo patrimoniale che limita la responsabilità di tutti i suoi membri.

Entrambe gli standard (UPA-ULPA) sono però strettamente interconnessi giacché la disciplina UPA contiene le regole di base cui la disciplina ULPA rinvia in caso di lacuna<sup>323</sup>.

Ad oggi la disciplina di matrice civilistica delle partnership americane può dirsi tendenzialmente uniforme, con la sola eccezione della Louisiana che è una giurisdizione di civil law<sup>324</sup>.

Il "trapianto" in America della partnership di common law ha subito alcune significative trasformazioni rispetto agli schemi originari. L'UPA 1914 infatti presenta i tipici elementi della *aggregate theory* del common law combinati con alcuni tratti riconducibili alla *separate entity theory* di tipo mercantile<sup>325</sup>. In particolare, le

---

<sup>318</sup> La disciplina include anche le fusioni che coinvolgono la general partnership, le trasformazioni da limited partnership (sec.901-908) in general partnership, quelle da general partnership in limited liability partnership (sec.1101-1105) e il riconoscimento delle limited liability partnership estere (sec.1101-1105).

<sup>319</sup> La disciplina include le fusioni e trasformazioni della limited partnership (sec.1101-1113) e il riconoscimento delle limited partnership estere (sec.901-908).

<sup>320</sup> Le revisioni dell'UPA sono solitamente indicate come *Revised Uniform Partnership Act* (RUPA) e seguite dall'anno di riferimento. Così all'UPA 1914 è seguito il RUPA 1992 (poi modificato nel 1993 e nel 1994) e il RUPA 1997.

<sup>321</sup> Le revisioni dell'ULPA sono solitamente indicate come *Revised Uniform Limited Partnership Act* (RULPA) e seguite dall'anno di riferimento. Così all'ULPA 1916 è seguito il RULPA 1976, e il RUPA 1997, il RULPA 1985 e il RULPA 2001. Questo include innovazioni di tale portata da essere comunemente noto anche come Re-RULPA.

<sup>322</sup> NCCUSL, *Uniform Limited Partnership Act* (2001), 2009, p. vii.

<sup>323</sup> Sulle relazioni fra i due atti v. in particolare Kleinberger D.S., *A User's Guide to the New Uniform Limited Partnership Act*, in *Suffolk University Law Review*, Vol. 37, p. 647, 2004.

<sup>324</sup> Ad oggi la gran parte degli Stati ha adottato l'UPA 1914 con piccole variazioni, poco più della metà degli Stati hanno adottato il RUPA 1997. Analogamente quasi tutti gli Stati hanno adottato l'ULPA 1916 e 1976 e poco meno della metà il RULPA 2001. V Odower H., *United States*, in Gutmann D., *Corporate Income Tax Subjects: EATLP Annual Congress Lisbon 2013* (Vol. 12), IBFD, 2016, p.569.

<sup>325</sup> V. NCCUSL, *Uniform Partnership Act (1997)*, Approved by the American Bar Association San Antonio, Texas, February 4, 1997, p. 1.

successive revisioni hanno rinforzato il trattamento della partnership come *separate entity*<sup>326</sup> senza tuttavia adottarlo come schema generale. L'*aggregate approach* infatti è mantenuto per diverse finalità, principalmente per la responsabilità illimitata e solidale dei soci.

Nello standard normativo americano, la nozione di partnership definisce «an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit»<sup>327</sup>.

Al contrario, in Louisiana, una partnership è «a juridical person, distinct from its partners, created by a contract between two or more persons to combine their efforts or resources in determined proportions and to collaborate at mutual risk for their common profit or commercial benefit»<sup>328</sup>.

Gli elementi strutturali della nozione sono costituiti dalla collaborazione, dallo svolgimento di una attività esclusivamente commerciale e dalla divisione di profitti, perdite e patrimonio.

Rispetto alla nozione generale, la normativa statunitense privilegia l'approccio aggregato, considerando la partnership non come un ente separato dai suoi membri ma una loro estensione legale e fiscale. Rispetto invece alla titolarità dei beni patrimoniali, la partnership è definita come *legal entity*.

Le relazioni fra i soci e con i terzi sono regolate dal contratto. Lo standard normativo generale conferisce supremazia a questo e stabilisce un set di regole standard che disciplinano le relazioni fra soci e con i terzi non definite dal contratto o in assenza di contratto.

Nella gran parte degli Stati vige un regime facoltativo di registrazione delle informazioni di base contenute nell'accordo di partnership (come ad esempio lo status di *agent* dei suoi soci).

La *general partnership* è la forma base di partnership in cui tutti i soci sono personalmente e illimitatamente responsabili per gli obblighi della società e sono amministratori della società secondo lo schema della *agency theory*. Di conseguenza ciascuna attività svolta da un socio impegna legalmente tutti gli altri soci anche se questi non sono stati informati. I soci possono essere persone fisiche, altre partnership o società incorporate.

---

<sup>326</sup> Il maggior numero di differenze rispetto all'approccio di common law riscontrabile nella Delaware RUPA partnership. Cfr Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax*, cit., p. 292 ss.

<sup>327</sup> RUPA 1997, sec.101(6).

<sup>328</sup> Art. 2801 Civil Code.

Nella Limited partnership almeno un socio (general partner) ha la responsabilità illimitata per i debiti della società mentre uno o più soci (limited partner) hanno responsabilità limitata alla quota di capitale investito nella società. I soci limited in genere non hanno diritto di partecipare alla gestione dell'attività sociale e non hanno poteri amministrativi.

In molti Stati, la *limited liability partnership* (LLP) è prevista come combinazione di partnership e corporation, con molte affinità rispetto alla limited liability company. Nella LLP tutti i soci hanno responsabilità limitata per gli errori, le omissioni, l'incompetenza o la negligenza di altri soci o dipendenti. I soci coinvolti in tali circostanze conservano comunque responsabilità personale. tale forma è quindi privilegiata per le attività professionali. La LLLP è una combinazione di LP e LLP prevista in un numero molto ridotto di Stati.

La Limited Liability Company nella gran parte degli Stati federati non è una corporation ma è una forma di business in cui tutti i soci (detti *members* e non *partners*) hanno responsabilità limitata. Si differenzia dalla tipologia delle partnership perché il socio che svolge l'attività conserva responsabilità limitata mentre nelle partnership un tale socio assume responsabilità illimitata per l'attività svolta. Una forma molto diffusa di LLC è la Professional Limited Liability Company (PLLC).

#### **1.4.7 Unione Europea**

L'Unione Europea ha finora codificato tre forme giuridiche per lo svolgimento dell'attività economica: la società europea (SE), la cooperativa europea (CE) e il gruppo europeo di interesse economico (GEIE).

Le prime due forme rispondono allo schema delle società di capitali in tutti gli Stati.

Il GEIE invece non si configura uniformemente in tutti gli Stati atteggiandosi in alcuni Stati come società di capitali e in altri come società personale.

La codificazione del Gruppo di interesse economico è stata ispirata dall'analoga figura introdotta in Francia nel 1967 come forma intermedia fra società civile e associazione. La sua istituzione risponde alle esigenze poste dallo svolgimento di un'attività economica infra-europea nel quadro dell'art. 45 TFUE<sup>329</sup>.

---

<sup>329</sup> Ex art. 48(2) del Trattato CE.

Questa figura è governata dalle regole del diritto europeo<sup>330</sup> e, dove previsto, dalle norme di recepimento del diritto domestico. Consistente parte della sua formazione e del suo funzionamento è inoltre lasciato all'autonomia dispositiva e contrattuale delle parti.

Il regolamento europeo impone al GEIE lo scopo di facilitare o sviluppare le attività dei suoi membri o accrescere i profitti o i benefici di tali attività<sup>331</sup>.

Il GEIE è disciplinato come entità priva di una propria identità soggettiva la cui definizione è lasciata a ciascuno Stato: esso è infatti dotato di personalità giuridica in tutti gli Stati<sup>332</sup>, con l'eccezione dell'Italia e della Germania<sup>333</sup>.

L'adeguamento dell'Italia alla disciplina del GEIE è avvenuto con L. n.240/1991.

Benché il profitto non rientri nei suoi obiettivi espressi, eventuali profitti devono essere ripartiti fra i membri del GEIE in base ai patti contrattuali. La tassazione per trasparenza<sup>334</sup> di tali profitti può generare dei problemi nella misura in cui i vari Paesi possano qualificare in modo diverso le attività svolte dal GEIE nei diversi Stati<sup>335</sup>.

La formazione di un GEIE richiede (a pena di nullità) la conclusione di un contratto scritto e la sua registrazione nell'apposito registro designato dallo Stato membro (registro delle imprese).

I membri del GEIE devono soddisfare alcuni requisiti soggettivi: devono essere enti pubblici o privati, società con sede in uno Stato UE o persone fisiche (imprenditori, artigiani, professionisti o prestatori di servizi) che operano all'interno del territorio UE. Essi inoltre devono essere almeno due e devono essere residenti in almeno due Stati diversi dell'UE.

Con la registrazione, il gruppo acquisisce soggettività: opera a proprio nome, diventa titolare di diritti e obblighi, acquista capacità contrattuale e processuale<sup>336</sup>.

---

<sup>330</sup> Regolamento n. 2137/85.

<sup>331</sup> Reg n. 2137/85, art. 3.

<sup>332</sup> Reg n. 2137/85, art. 21.

<sup>333</sup> Ciò è dovuto alla regola fiscale prevista dal Reg. n. 2137/85, art.40. Tale disposizione richiede che il GEIE sia fiscalmente trasparente nello Stato dove è organizzato. Visto che Germania e Italia accordano il regime della trasparenza fiscale solo a figure prive di personalità giuridica, nella trasposizione interna del Regolamento questi due Stati hanno previsto che il GEIE sia privo della personalità giuridica e dunque sia per esso ammissibile lo stesso regime domestico di trasparenza fiscale previsto per le società personali domestiche.

<sup>334</sup> Reg. n. 2137/85, art.40.

<sup>335</sup> Si pensi al caso in cui i redditi del GEIE configurino una stabile organizzazione personale in uno Stato della fonte, non riconosciuta dallo stato di residenza del socio GEIE.

<sup>336</sup> Reg n. 2137/85, art. 9.

Dopo la registrazione, i principali documenti di costituzione di un GEIE devono essere pubblicati sulla gazzetta ufficiale dello Stato di organizzazione affinché tutti gli effetti derivanti dalle disposizioni contrattuali possano essere opposte ai terzi.

La costituzione del GEIE non richiede un capitale minimo ma impone la responsabilità solidale e illimitata di tutti i partecipanti per tutte le obbligazioni da questo contratte<sup>337</sup>.

Il GEIE è obbligato alla tenuta delle scritture contabili in base all'art. 2214 cc. I crediti fiscali e di sicurezza sociale sono considerati debiti del gruppo.

La disciplina prevede delle cause di cessazione di un membro<sup>338</sup> e delle cause di scioglimento del gruppo<sup>339</sup>.

Il regime della responsabilità dei membri del gruppo è simile a quella delle società personali. I membri rispondono personalmente e solidalmente delle obbligazioni sociali, non possono limitare la loro responsabilità verso i terzi ma possono accordarsi fra loro in tal senso<sup>340</sup>. Essi tuttavia non beneficiano della previa escussione del patrimonio del gruppo<sup>341</sup>. La variazione della compagine sociale comporta l'assunzione della responsabilità dei membri entranti per tutte le obbligazioni esistenti anche in data anteriore all'entrata e la responsabilità dei membri uscenti per le obbligazioni contratte dal GEIE fino all'uscita.

Salvo diversa disposizione contrattuale, il regolamento prevede la presenza di due soli organi<sup>342</sup>: l'assemblea dei membri e l'amministratore, incaricato dall'assemblea. L'amministrazione del gruppo può essere collegiale o disgiuntiva e la carica di amministratore può essere assunta anche da una persona giuridica che opera in responsabilità solidale mediante un proprio rappresentante.

I conferimenti possono essere effettuati in qualunque modalità e in assenza di questi il regolamento lascia all'accordo la previsione della modalità di ripartizione fra i partecipanti al gruppo dell'eventuale disavanzo fra spese ed entrate<sup>343</sup>.

---

<sup>337</sup> Leo M., *Le imposte sui redditi nel Testo unico*, Milano, 2010, p. 115.

<sup>338</sup> Il recesso, la morte, il venir meno dei requisiti soggettivi, l'avvio della procedura di concordato preventivo e la liquidazione coatta amministrativa, l'esclusione e altri motivi previsti dal contratto. V. Leo M., *Le imposte sui redditi...cit.*, p. 116.

<sup>339</sup> Scioglimento del gruppo e dichiarazione di nullità (Reg. art. 15) determinano la liquidazione del GEIE ai sensi dell'art. 2275 cc. previsto per la società semplice. Il fallimento del GEIE non determina però fallimento dei membri (come accade nelle società di persone) che restano illimitatamente responsabili dei debiti del GEIE. Il loro fallimento è pertanto subordinato ad un autonomo accertamento del loro stato di insolvenza. V. Leo M., *Le imposte sui redditi...cit.*, p. 116

<sup>340</sup> Reg n. 2137/85, art. 21 e 24.

<sup>341</sup> Reg n. 2137/85, art. 24 e circolare Assonime n.141/1991.

<sup>342</sup> Reg n. 2137/85, art. 16, 17.

<sup>343</sup> Reg n. 2137/85, art. 21.

Le quote di partecipazione al gruppo possono essere trasferite con il consenso di tutti gli altri membri<sup>344</sup>. Il regolamento tuttavia lascia alla trasposizione normativa domestica la disciplina delle modalità di rappresentazione delle quote di partecipazione e delle modalità di trasferimento<sup>345</sup>.

Da tutti gli elementi emersi, possiamo concludere quanto segue.

Il GEIE è configurabile come *partnership* in virtù della sua natura societaria con eccezione della Germania e dell'Italia, ove è dotato di personalità giuridica.

Rispetto al tratto della commercialità, esso può assimilarsi alla categoria della *non commercial partnership*.

Rispetto al tratto della pubblicità esso può assimilarsi alla categoria della *formal partnership*, mentre rispetto al regime di responsabilità dei soci, è assimilabile alla categoria della *general partnership*.

Ne deriva pertanto che il GEIE è una *formal non-commercial partnership*, con la sola riserva della Germania e dell'Italia ove si qualifica come persona giuridica<sup>346</sup>.

## **1.5 ESITO DELLA RICOGNIZIONE: NATURA GIURIDICA DELLA PARTNERSHIP NEGLI STATI ESAMINATI**

### **1.5.1 Disciplina di riferimento**

Una prima valutazione va fatta in relazione al regime codicistico.

Nel common law non esiste distinzione fra legge civile e legge commerciale, ma nel civil law questa distinzione è radicata. Nel diritto delle società personali essa comporta un rigido abbinamento fra forma giuridica del veicolo e scopo dell'attività.

In Italia le società personali sono disciplinate all'interno del medesimo codice impiegato per le società incorporate.

In Svizzera la *partnership* è disciplinata dal codice delle obbligazioni.

In Francia e Germania la società semplice è regolata dal codice civile mentre le società commerciali è regolata dal codice commerciale. La separazione codicistica ha

---

<sup>344</sup> Reg n. 2137/85, art. 22.

<sup>345</sup> Questo conduce a concludere che di fatto l'intera materia della trasferibilità delle quote sia rimessa alla legislazione domestica. Cfr. Andenas M., Wooldridge F., *European comparative company laws*, cit., p. 385.

<sup>346</sup> Secondo il GEIE si colloca nell'ambito dei contratti di collaborazione e piuttosto che in quello di società, al pari di consorzi con attività esterna art. 2612 - 2615-bis cc., joint ventures e associazioni temporanee); cfr. Leo M., *Le imposte...* cit., p.113.



subito l'ingresso della tradizione romanistica e quasi sempre agevola la distinzione dei principi sostanziali applicabili alle due figure societarie<sup>347</sup> e dei relativi profili processuali<sup>348</sup>. Tale tradizione è riscontrabile anche in Italia nel sistema antecedente al codice civile del 1942 che ha riunito in un unico codice la disciplina delle società personali commerciali e non commerciali.

In Regno Unito e negli Stati Uniti apposite leggi contengono la disciplina dei diversi tipi di partnership. In Regno Unito tale disciplina è affiancata dalla giurisprudenza di common law e di equity. Negli Stati Uniti invece l'originale disciplina di ispirazione inglese ha subito nel corso del tempo una progressiva evoluzione su due fronti: quello federale e quello statale. Sebbene le leggi federali tendano ormai a consolidare tutti i principi generali che regolano i vari tipi di società personali, non tutte le leggi statali recepiscono questi principi. In particolare, vanno segnalate la legislazione della Louisiana e del Delaware.

Un'ulteriore valutazione va fatta in relazione alla nozione che il termine partnership assume negli Stati esaminati.

La nozione di partnership impiegata nel common law – come anche negli studi comparatistici che trattano l'argomento – non registra un significato uniforme al punto da poter essere trasposto facilmente in altri idiomi.

Nel Regno Unito la nozione include l'associazione informale fra due o più persone per un unico affare a breve termine oppure un'attività economica a carattere familiare basata su un accordo verbale, ma anche un elaborato contratto societario, scritto, registrato e assistito da una sofisticata struttura gestionale o partecipativa<sup>349</sup>.

In Usa, le sue varie declinazioni presentano importanti alterazioni giuridiche (RUPA e RULPA e Re-RULPA che ha introdotto la LLLP) rispetto alla nozione tradizionale del common law (UPA).

Nel civil law il concetto di partnership non registra un esatto corrispondente concettuale perché l'ordinamento impiega categorie completamente diverse dal common law. Esso infatti non assume alcun significato se non viene trasposto nelle

---

<sup>347</sup> Il fenomeno dell'assimilazione codicistica è più frequente nei Paesi di civil law, mentre quelli di common law tendono a dedicare comparti normativi distinti alla disciplina delle due forme societarie.

<sup>348</sup> Nei vari paesi, la separazione codicistica può implicare che forme diverse di partnerships siano affidate a giurisdizioni diverse. In Francia, per esempio, le controversie di ordine commerciale sono attribuite alla competenza di appositi giudici poiché solo le entità commerciali sono soggette alla disciplina del fallimento, della registrazione in appositi registri del commercio e ad uno specifico regime probatorio processuale. Cfr. Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax...* cit, nota 20-21.

<sup>349</sup> V. The Law Commission Consultation Paper No 159 The Scottish Law Commission Discussion Paper No 111, *Partnership Law A Joint Consultation Paper*, già citate nel §1.4.4.

tipologie societarie previste dai singoli ordinamenti. In tal caso non è riscontrabile una corrispondenza ma solo una somiglianza funzionale adattata all'impostazione dei singoli ordinamenti. Esso inoltre non distingue le finalità (commerciali o non) e la rilevanza interna/esterna della figura.

Secondo Avery Jones<sup>350</sup> nel civil law sarebbe utile distinguere le general partnership in base alla loro apparenza esterna in formali e informali. Tutte le partnership formali possono svolgere attività non commerciali, e tutte le partnership informali possono svolgere attività commerciali.

Questa distinzione non è possibile nel common law: partnership vuol dire una cosa sola e sia il principal che l'agent rispondono per le obbligazioni sociali. Quindi le general partnership sono di un singolo tipo cioè: informali per quanto attiene l'informalità, la carenza di soggettività e personalità, mentre sono formali per lo svolgimento di attività economica e per idoneità del socio ad impegnare la società.

Gli USA vanno trattati a parte perché la legislazione ha modificato la figura partnership tradizionale di common law con una serie di interventi normativi. Particolari esempi di questo regime sono la Delaware RUPA partnership e la Luisiana partnership. Poi ci sono le partnership scozzesi che combinano elementi di civil law e common law.

In alcuni Stati di civil law (Francia, Germania, Italia) vi sono limited partnership con azioni, simili alle società incorporate, mentre in USA, Regno Unito) sono state introdotte società limited liability partnership dove la responsabilità dei soci è simile a quella della silent informal partnership del civil law (associazione in partecipazione). La LLP inglese è una corporation (SRL).

Poi c'è la silent partnership che ha solo rilevanza interna: è valida solo per il civil law ma non per il common law dove la società occulta non espone i soci a particolari responsabilità.

### **1.5.2 Schema strutturale tipico**

Dall'analisi svolta, si può concludere insieme ad Avery Jones<sup>351</sup> che la difficoltà riscontrata da uno Stato nel classificare la partnership organizzata in un altro Stato è che la figura della partnership si atteggia alla stregua di uno spettro di forme organizzative molto diversificate le une dalle altre. Ad un capo di questo spettro c'è la

---

<sup>350</sup> Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax*, in BIT, 2002, p.288 ss.

<sup>351</sup> Avery Jones J. F. e altri, *Characterization...* cit, p.293 e nota 21.

*informal partnership* del civil law e all'altro c'è la *formal partnership* del civil law; le partnership del common law sono comprese all'interno di questo spettro e presentano elevati gradi di variabilità all'interno di esso. La Delaware RUPA partnership e la partnership scozzese hanno maggiori tratti in comune con le *formal partnership* del civil law piuttosto che con le partnership del common law. Virtualmente nessun carattere della *informal partnership* di civil law è applicabile alla *formal partnership* del civil law. Nei vari sistemi di common law perciò le partnerships costituiscono un collegamento fra i due capi dello spettro rilevando connotati talora dell'uno (civil law *informal partnership*) talora dell'altro estremo (civil law *formal partnership*).

L'analisi di ciascuno degli elementi mostra tuttavia diversità meno sostanziali di quanto non appaiano.

Dall'esame di varie definizioni giuridiche, malgrado le apparenti differenze, si può concludere che quando la nozione di partnership si riferisce ad una figura societaria, all'interno di tale nozione è sempre rintracciabile uno schema strutturale tipico consistente in una relazione giuridica su base contrattuale fra persone che agiscono congiuntamente nello svolgimento di determinate attività con la finalità di dividerne i benefici<sup>352</sup>.

All'interno dello schema generale, il ricorrere di alcuni elementi assume una particolare rilevanza rispetto al suo profilo funzionale e quindi alla natura societaria della partnership.

Nella relazione fra soci rileva in primo luogo, quel fattore personale che prende il nome di *intuitu personae*<sup>353</sup>. Nello schema della partnership la particolare tenuità dello schermo patrimoniale societario espone tutti i soci, con eccezione dei limited partner, ad una responsabilità oltre che personale, anche solidale e illimitata. A questo riguardo quindi assume un peso fondamentale il requisito della professionalità, della competenza e della reciproca lealtà dei singoli soci. Tale elemento trova il suo principale riflesso nella trasferibilità non libera dei diritti di partecipazione nella partnership.

Un altro elemento fondamentale è l'*affectio societatis*, intesa come volontà di ciascun partecipante della società ad assumere in modo permanente la qualifica di socio insieme agli altri soci nel perseguimento congiunto degli scopi della società. Questo elemento in genere è utile a distinguere la partnership da altre tipologie contrattuali,

---

<sup>352</sup> Daniels T.H.M., *International Partnerships: Comparative Law Remarks on the Taxation of Income...* cit. p. 354-355.

<sup>353</sup> Messineo F., *Contratto (dir. priv. - teoria generale)*, voce in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 905.

come il finanziamento o il lavoro dipendente o la comunione di beni o la comunione legale.

Un ultimo elemento distintivo riscontrabile in questa tipologia societaria è la comunione di scopo, intesa come causa tipica di un contratto plurilaterale che identifica, per ciascuno dei soci un comune interesse da conseguire in modo congiunto<sup>354</sup>.

Assumeremo il binomio degli elementi strutturali e funzionali appena individuati, come schema giuridico generale di riferimento per la discussione che segue.

Avere individuato uno schema strutturale e i connessi profili funzionali è utile a due finalità. La prima è escludere tutte quelle figure organizzative o associative che seppur dotate del *nomen juris* di partnership (o il suo omologo nell'idioma domestico) di fatto sono prive di natura giuridica societaria<sup>355</sup>. La seconda è semplificare l'osservazione delle molteplici varianti che tale schema generale assume nelle diverse legislazioni domestiche in parte come riflesso della struttura e delle tradizioni proprie di ciascun sistema giuridico nazionale<sup>356</sup> e in parte come esito del fenomeno della circolazione dei modelli giuridici<sup>357</sup>.

### 1.5.3 Status e responsabilità dei soci delle partnership

Suoi sviluppi in base alla teoria dell'agenzia e quella della rappresentanza

Avery Jones, supportato da una schiera di numerosi e autorevoli commentatori, propone di discutere le varianti societarie adottate nei vari sistemi legali nazionali applicando la *summa divisio* fra civil law e common law<sup>358</sup> in tema di modalità di formazione della volontà dell'ente e delle conseguenze che ne derivano sul piano

---

<sup>354</sup> Messineo F., Contratto plurilaterale e contratto associativo, voce in Enc. dir., X, Milano, 1962, p.140 ss.

<sup>355</sup> In alcuni ordinamenti il termine partnership si associa a figure caratterizzate da una fisionomia non proprio societaria; cfr. Le Gall J.P, International income tax problems of partnerships, General Report, in LXXXa Cahiers de Droit Fiscal International, (1995), p.657

<sup>356</sup> Secondo l'approccio del concorso e della combinazione dei cd formanti, cfr. Sacco R., Rossi P., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, 2019, p.55 ss.

<sup>357</sup> Sulla circolazione dei modelli societari, v. Lener R., Comparazione giuridica e circolazione dei "modelli" nel diritto commerciale (a proposito delle "Lezioni di diritto privato comparato" di G.B. Portale), in Riv. di Dir. Soc., n.3, 2007, p.159 ss.; Gambaro A., Monateri P.G., Sacco R., Comparazione giuridica, voce in Digesto civ., Torino, 1988, p. 48 ss.; Sacco, R., Circolazione e mutazione dei modelli giuridici, voce in Digesto civ., Torino, 1988, p. 368 ss.; Mattei U., Circolazione dei modelli giuridici, voce in Enc. Dir., [Annali I, 2007], p.173 ss.; Graziadei M., Comparative law as the study of transplants and receptions, in Reimann M., Zimmermann R. (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, 2006, 441 ss.

<sup>358</sup> Cfr. Avery Jones J. F. e altri, *Characterization...* cit, p., 290 ss. Gli autori richiamano la distinzione fra common law e civil law così come ricostruita nei documenti preparatori (Karsten Report) della Convenzione dell'Aja del 1978, in tema di legge applicabile all'agenzia commerciale.

dell'imputazione degli effetti giuridici. Tale distinzione è basata sulla contrapposizione di due diverse teorie: la teoria dell'agenzia (principal/agent) che fa capo al common law e la teoria della rappresentanza (diretta/indiretta) che fa capo al civil law.

All'interno dello schema generale sopra individuato, l'applicazione delle due teorie conduce a risultati significativamente diversi con riguardo sia alla conformazione giuridica delle partnerships nei due tipi di ordinamenti sia all'individuazione del titolare dell'attività svolta, sia alla responsabilità dei soci.

Rispetto ad un ipotetico contratto in cui la società è parte, i due sistemi differiscono prima di tutto nella individuazione della persona contraente.

Nella ricostruzione effettuata in base alla teoria dell'agenzia, il common law riconosce esclusivamente il contratto stipulato fra il principal (la partnership) e i terzi per il tramite dell'agente (il socio). Di conseguenza, nel common law, socio e partnership restano coobbligati ed egualmente responsabili per i contratti stipulati dal socio in nome della società, anche nell'ipotesi in cui la partnership resti ignota ai terzi.

Nella ricostruzione effettuata in base alla teoria della rappresentanza invece, il civil law riconosce due distinti contratti: il primo fra principale e agente e il secondo fra agente e terzi, ma solo uno dei due (principale o agente) è responsabile degli effetti del contratto nei confronti dei terzi a seconda che la rappresentanza sia esercitata con formula diretta o indiretta.

Nel mandato con rappresentanza (schema della rappresentanza diretta), il contratto stipulato dall'agente in nome del principale obbliga il principale. Ciò accade, per esempio, quando un socio esercita un mandato a stipulare contratti in nome della società, così che ai terzi sia noto non solo che la società esiste ma anche che gli effetti giuridici del contratto saranno ad essa imputati; oppure, al di fuori di uno schema societario, nel caso dell'agente commerciale.

Nel mandato senza rappresentanza (schema della rappresentanza indiretta) invece, il contratto stipulato dell'agente non obbliga il principale: l'agente quindi resta obbligato nei confronti dei terzi. Questo avviene ad esempio quando il socio della partnership occulta (non rivelata ai terzi) stipula contratti a suo nome (proprio perché la partnership informale è priva di un nome); oppure (al di fuori di uno schema societario) nel caso del commissionario<sup>359</sup>.

---

<sup>359</sup> Applicando questo stesso ragionamento, alcuni autori propongono di chiarire in senso conforme la formula impiegata dal mod. OCSE per codificare l'istituto della Stabile organizzazione prevista dall'art. 5. Cfr. Roberts S., The

Quanto alla responsabilità dei soci, il civil law opera una netta distinzione fra gestione interna, da una parte, e relazione fra soci e terzi, dall'altra. Il mandato amministrativo dei soci è vincolato alla relazione interna fra i soci. Il potere dei soci di impegnare la società, invece, è vincolato dalla rappresentanza disciplinata dalla legge oppure da un ulteriore accordo fra i soci<sup>360</sup>.

Assecondando questa tesi, dunque, troverebbe spiegazione la marcata tendenza dei paesi di civil law a distinguere due tipi di partnership, intese come società a base personale: quelle formali (formal partnerships) e quelle informali (informal partnerships)<sup>361</sup>. Le formal partnerships includono la *general* e la *limited partnerships*, sono formalmente registrate così che la loro esistenza sia visibile e opponibile ai terzi e sono impiegate per lo più per scopi commerciali. Le *informal partnerships* sono invece accordi costitutivi di entità che non richiedono registrazione, sono quindi prive di esistenza formale salvo quando rivelate ai terzi e sono generalmente impiegate per scopi non commerciali.

Le *silent partnerships* sono invece presenti in tutti gli ordinamenti di civil law<sup>362</sup> come entità informali, a base personale e fondate su relazioni contrattuali che non sono però sufficienti ad elevare la figura al rango di partnership<sup>363</sup>. Esse hanno rilevanza esclusivamente interna e seppure rivelate non alterano il regime di responsabilità dei soci. L'accordo fra i soci comporta l'investimento in una attività la cui esistenza non deve essere registrata formalmente, dà all'investitore il diritto di dividere gli utili e talvolta le perdite ma solo nel limite dei conferimenti, salvo patti diversi. L'attività svolta e le connesse responsabilità sono imputate esclusivamente al titolare dell'attività oggetto dell'investimento<sup>364</sup>.

---

Agency Element of Permanent Establishment: The OECD Commentaries from the Civil Law View, in Intertax, , n. 9/1993, p. 396 e n.10/1993, p. 488; Avery Jones J.F., Ward D.A., Agents as Permanent Establishments under the OECD Model Tax Convention, in ET, n.5/1993, p.154, in part. p.156.

<sup>360</sup> In molti Stati, gli accordi contrari, cioè che limitano i poteri di rappresentanza dei soci verso terzi devono essere registrati. Cfr. Avery Jones J. F. e altri, *Characterization...* cit., nota 44.

<sup>361</sup> Cfr. Avery Jones J. F. e altri, *Characterization...* cit, nota 23 e 24.

<sup>362</sup> Come visto sopra, nel common law l'applicazione dello schema principal/agent espone il socio occulto alle medesime responsabilità del socio noto, quindi le general partnerships sono società informali come nel civil law, ma formali nello svolgimento di attività economiche col fine del profitto e nella responsabilità della società per le azioni del socio. Cfr. Avery Jones J. F. e altri, *Characterization...* cit, p. 291 e nota 32.

<sup>363</sup> Cfr. Avery Jones J. F. e altri, *Characterization...* cit, nota 31.

<sup>364</sup> In questo senso, Cfr. Avery Jones J. F. e altri, *Characterization...* cit, p. 293.

In Germania vige, anche se solo a fini fiscali, la distinzione fra silent partnerships tipiche e atipiche; le silent partnerships tipiche presentano effetti economici similari ad un prestito partecipativo, poiché danno all'investitore il diritto alla divisione di utili e perdite entro il valore dei conferimenti. Sotto il profilo giuridico tale tipologia di partnership assume uno status differente da una che persegue uno scopo comune, perché in questo caso ciascun socio persegue un fine proprio. Nella silent partnership atipica invece il socio ha un diritto di voto e ha diritto ad una quota dell'avviamento, questo lo avvicina più a una limited partnership. Cfr. Avery Jones J. F. e altri, *Characterization ...* cit, nota 34.

Nel common law, invece, dove la ricostruzione del rapporto fra i soci è effettuata in base alla teoria dell'agenzia, i soci della società occulta (cioè non rivelata ai terzi) rispondono nella stessa misura del socio che agisce in nome della società<sup>365</sup>. Tale tesi quindi spiegherebbe anche il perché, negli Stati a tradizione giuridica anglosassone, la categoria della *informal* e della *silent partnership* non ha ragione di esistere.

In linea generale, tutti i soci delle partnership, con eccezione dei limited partners, hanno potere di amministrare e rappresentare la società. Generalmente i due poteri coincidono ma non sono la stessa cosa. Il primo infatti ha la funzione di configurare con il socio un rapporto di ufficio (quello di amministrazione, appunto) con esigenze prevalentemente interne alla società, mentre l'altro configura con il socio un rapporto di tipo organico e risponde all'esigenza di manifestare verso l'esterno la volontà dell'ente.

Dall'analisi svolta emerge che se intervengono patti limitativi del potere amministrativo o gestionale, la registrazione assolve la funzione di renderli conoscibili ed opponibili ai terzi. Tale circostanza tuttavia non si realizza in Francia e Germania, dove in ogni caso la funzione amministrativa e rappresentativa dei soci non è limitabile ed eventuali limitazioni sono inopponibili ai terzi.

Nelle formal partnership di civil law la responsabilità della società precede quella dei soci, unitamente e solidalmente responsabili<sup>366</sup>. In alcuni Stati solo una persona fisica può essere socio di una partnership<sup>367</sup>. Nelle informal partnership invece il socio impegna solo se stesso nei confronti dei terzi<sup>368</sup>.

Nei sistemi di common law, per effetto della teoria dell'agenzia, la responsabilità dei soci è ugualmente personale e solidale, ma è primaria<sup>369</sup>.

La differenza pertanto fra common e civil law risiede nella priorità cronologica che l'ordinamento attribuisce alla responsabilità finale di tutti i soci.

Le limited partnership rappresentano la tipologia con maggiori tratti di somiglianza fra common law e civil law. Lo schema societario prevede la limitata di responsabilità di alcuni soci ai conferimenti nella società e il divieto per il socio limitato di rappresentare e amministrare la società, pena la perdita del regime di limitazione di

---

<sup>365</sup> Nella limited partnership la registrazione ha l'unica finalità di rendere efficace la limitazione di responsabilità del limited partner.

<sup>366</sup> V. art. 128 HGB per la Germania, art. 2291 e 2304 cc. per l'Italia, art. 568 OR per la Svizzera.

<sup>367</sup> Così per esempio in Svizzera. In Italia, il tema è stato oggetto della sentenza della Cassazione n.5636/1988 poi superata dalla riforma del diritto societario.

<sup>368</sup> V. art. 1872-1 code civil per la Francia, art. 543 OR per la Svizzera, art. 230 HGB per la Germania, art. 2251 cc. per l'Italia salvo patto contrario.

<sup>369</sup> Avery Jones J. F. e altri, *Characterization ... cit.*, note 134-140

responsabilità. Nel civil law, la registrazione ha funzione meramente informativa rispetto alla responsabilità limitata mentre nel common law la registrazione ha natura costitutiva solo rispetto allo status del socio. L'omessa registrazione ha dunque come effetto l'inefficacia della limitazione della responsabilità e non la soggettività giuridica della società<sup>370</sup>.

La distinzione proposta conserva un elevato grado di utilità ai nostri fini e si presta alle conclusioni parziali di questo capitolo.

#### **1.5.4 Spendita del nome**

Negli Stati di civil law, uno dei profili più importanti della partnership è il nome. In primo luogo, esso qualifica la tipologia della società, di conseguenza è indicativo del rapporto fra soci, società e terzi e il regime di responsabilità. In secondo luogo, esso è rilevante per comprendere quando un socio agisce in nome proprio o a nome della società manifestando così la volontà di impegnarla verso terzi. Ciò è particolarmente evidente nel confronto fra formal e informal parteship. In queste ultime infatti il socio interno agisce sempre in nome proprio.

Al contrario, nel common law il nome rileva solo per le società incorporate visto che una partnership non è un ente sufficientemente separato affinché il suo nome possa avere un significato giuridico diverso dalla convenienza di elencare il nome di tutti i suoi soci. Ogni socio è nel contempo principale e agente degli altri soci con la conseguenza che le azioni di ciascuno compiute nello svolgimento delle attività sociali obbligano automaticamente tutti i soci. Il risultato è simile a quello della società formale del civil law eccetto che, a differenza di tale partnership, ogni socio è sempre in grado di impegnare la società.

Nelle formal partnership di civil law quindi ogni socio che agisce in nome della società la impegna verso terzi. Lo stesso avviene nelle RUPA Delaware e le partnership scozzesi a causa del diverso configurarsi della teoria dell'agenzia. Nel common law la teoria dell'agenzia si configura in modo molto diverso ma realizza lo stesso risultato di impegnare comunque tutti i soci. L'unica differenza è che il common law non ammette limitazioni al potere di rappresentanza.

---

<sup>370</sup> Avery Jones J. F. e altri, *Characterization ...* cit., note 146-151.



Occorre poi tenere conto del valore giuridico, talora di tipo costitutivo, talora di tipo solo informativo che la formale registrazione delle figure societarie assume nei vari Stati e a volte anche all'interno del singolo ordinamento<sup>371</sup>.

Nel common law la soggettività segue la personalità, con alcune eccezioni<sup>372</sup>, mentre la registrazione formale (ad eccezione del caso della limited partnership per la quale rende effettiva la responsabilità limitata di alcuni soci) ha unicamente funzione informativa dell'esistenza dell'attività economica.

Secondo la dottrina queste sono differenze inerenti alla modalità in cui si atteggia la personalità giuridica nei vari paesi. Pur restando il problema della personalità giuridica delle partnership estere rispetto al diritto domestico di ciascuno Stato, nel civil law il nome della partnership e la sua capacità giuridica sono più rilevanti della personalità – che si conferma mera attitudine all'imputazione di fattispecie di ordine patrimoniale – mentre nel common law (salvo rare eccezioni) la personalità giuridica è un presupposto della capacità giuridica. La differenza nella capacità legale quindi fra common e civil law è più una differenza che riguarda la disciplina organica (rapporto principal-agent, mandante-mandatario) piuttosto che una differenza sostanziale.

### **1.5.5 Operazioni economiche fra soci e partnership**

A seconda della teoria seguita dal diritto civile, separata/aggregata, la posizione dei soci rispetto alla società può avere un profilo interno e uno esterno. Nel rapporto interno i soci sono amministratori e talora rappresentanti. Fra loro hanno un dovere di lealtà e un potere di controllo reciproco.

Come appena visto, i soci hanno prima di tutto uno status derivante dal loro rapporto interno con la società e gli altri soci. Nei confronti della società il loro rapporto interno si esaurisce nell'ambito dell'ufficio<sup>373</sup> di amministratore o di rappresentate (o anche agente) mentre nei confronti degli altri soci si esaurisce nel dovere di lealtà, nel potere di controllo reciproco e nell'eventuale patto di non concorrenza.

---

<sup>371</sup> Si pensi all'Italia, dove la registrazione presso il registro tenuto dalla Camera di commercio ha valore costitutivo per le società di capitali, mentre per le partnership ha valore di regolarità, esponendo la società personale (partnership formale) non registrata alle regole meno favorevoli previste per la società semplice (informal partnership, art. 2297 cc.).

<sup>372</sup> Le Delaware RUPA e le Scots partnerships. Cfr. Avery Jones J. F. e altri, *Characterization ... cit.*, nota 74.

<sup>373</sup> Il termine è qui impiegato nella modalità cara al diritto amministrativo di ufficio "in senso soggettivo", ove l'atto organizzativo di preposizione della persona comporta l'affidamento di una serie di competenze amministrative proprie dell'ufficio "in senso oggettivo".

A seconda della conformazione civilistica della partnership (teoria separata/aggregata)<sup>374</sup>, ciascun socio tuttavia può divenire, creditore o debitore contrattuale della società.

In linea di principio, se l'ordinamento considera la partnership come *separate* o anche *legal entity*, il socio può essere titolare di *guarantee payments*, pagamenti cioè dovuti sulla base di separati accordi contrattuali (finanziamento, cessione di beni o assets, prestatore d'opera ecc.) che lo qualificano come creditore terzo. Ne consegue che il socio realizza ricavi, plusvalenze o minusvalenze da operazioni con un ente terzo.

Viceversa, dove la legge civile (sulla scia della teoria aggregata) non riconosce la società come *legal entity*, per ciascun ordinamento si pone il problema di qualificare tali transazioni (per esempio come contratto con se stesso o con gli altri soci nei limiti delle loro quote)<sup>375</sup>. Una delle opzioni più diffuse è qualificare il pagamento come acconto di utili.

Lo status di creditore autonomo della società in alcuni casi può anche dipendere dalla sua esclusione dal rischio di impresa. Ciò per esempio avviene nella *silent partnership* tedesca e in quella italiana, ma non in quella francese che, se svolge attività commerciale, è in tutto e per tutto assoggettata alle regole delle società commerciali.

A questo riguardo, vedremo, la prospettiva civilistica ha quasi sempre un impatto determinante sulla modalità in cui l'ordinamento fiscale qualifica le transazioni fra soci e società<sup>376</sup>. A seconda dei casi, infatti, la fiscalità diretta di uno Stato può qualificare il socio come imprenditore, percettore di utili o dividendi o creditore della società per capitale o interessi.

### **1.5.6 La partnership come entità profit oriented**

Passiamo ora in rassegna tutti quegli elementi che fanno apparentemente della figura un unicum in ciascun sistema.

La finalità del profitto è un carattere delle partnership non rintracciabile ovunque. L'uso del termine società nei diversi Stati quand'anche assimilabile al termine partnership – non è impiegato in modo equivalente rispetto al fine del profitto, essendovi Paesi in cui solo alcuni tipi societari possono perseguire il fine di lucro<sup>377</sup> e

---

<sup>374</sup> V. infra, §2.7.2.

<sup>375</sup> Le Gall J.P, International Income Tax Problems of Partnerships, General Report, in LXXXa, Cahiers de droit fiscal international, (1995), p.657, mn.100

<sup>376</sup> Vedi infra, § 2.7, qualificazione dei redditi imputati ai soci/società, guarantee payments

<sup>377</sup> Nei paesi di civil law il termine società è assimilato a figure che possono perseguire qualunque finalità.

altri in cui solo specifiche figure societarie possono perseguire fini diversi dal profitto<sup>378</sup>.

A ben vedere, anche l'impiego del concetto di commercialità, o di business, non si presta ad un collegamento netto e definito con quello di partnership<sup>379</sup>, e in generale con quello di società, fino al punto da rappresentarne un tratto distintivo<sup>380</sup>.

Rispetto allo schema giuridico generale sopra individuato, quindi, il fine del profitto sembra configurarsi come un elemento di scarso valore connotativo, tanto sul piano strutturale che su quello funzionale. Il fatto che una società personale sia legittimata o meno a perseguire il fine del profitto dalla legge dello Stato in cui è organizzata<sup>381</sup> appare una distinzione preordinata a far ricadere la sua disciplina generale nel ramo del diritto commerciale rispetto al diritto civile ma non appare in grado di alterare lo schema generale<sup>382</sup>.

### Divisione degli utili/profitti

---

<sup>378</sup> In Francia solo la société ha fine di lucro, mentre per lo svolgimento di attività con fini diversi dal profitto la legge francese richiede l'impiego di un veicolo apposito: il gruppo d'interesse economico.

<sup>379</sup> Avery Jones J. F. e altri, *Characterization ... cit.*, nota 9, par. 2.5 e nota 22.

Dalle attività di natura commerciale infatti il civil law esclude per esempio le professioni che invece sono incluse nel concetto di business del common law. Anche fra gli Stati di civil law, inoltre, la distinzione basata sull'impiego della commercialità non è netta e lo stesso tipo di figura societaria in diversi Stati può essere impiegata per scopi diversi. In Francia per esempio le attività di edilizia o gestione immobiliare sono ricomprese fra le attività non commerciali, mentre in Italia e in Germania rientrano a pieno titolo fra quelle commerciali.

<sup>380</sup> Per esempio, negli Stati di civil law le società incorporate e le partnership commerciali sono regolate dal diritto commerciale e in taluni casi, le regole valide per le società personali sono applicabili anche alle società incorporate, in quanto espressamente richiamate. Nel common law invece la disciplina delle *companies* è nettamente separata da quella delle partnership.

<sup>381</sup> Come ad esempio avviene in Francia.

<sup>382</sup> Questa conclusione resta ferma anche nella prospettiva che interessa la tassazione internazionale delle partnership. Nella prospettiva dell'imposizione nazionale l'assenza del fine di lucro potrebbe al più condurre la partnership nella categoria degli enti esclusi da tassazione e quindi a configurarsi come persona non residente ai fini del Trattato. Non è tuttavia detto che tale conclusione sia valida anche per uno Stato estero che sia fonte di un reddito della partnership o che sia di residenza di uno dei soci. In questo caso, infatti, se ciascuno Stato conserva le sue regole classificatorie, la partnership è esclusa da tassazione nel Paese in cui è organizzata ma potrebbe configurarsi come una persona tassabile nello Stato estero fonte del reddito o di residenza del socio.

In linea generale gli Stati configurano l'imposizione fiscale diretta su base personale o reale (o un mix di questi due) e in entrambe i casi questa conclusione è valida. Se infatti il diritto fiscale domestico si focalizza sui redditi, l'eventuale esclusione del fine di lucro potrebbe al più configurarsi come esclusione dell'ente dal regime del reddito di impresa ma residuerebbe lo spazio per altre fattispecie reddituali. Se invece il diritto fiscale domestico si focalizza sui soggetti della tassazione in ragione del fine di lucro, i meccanismi possibili sarebbero la trasparenza, l'esclusione soggettiva o l'esenzione oggettiva di tutti o parte dei redditi da questi prodotti.

Rispetto ai Trattati, il fine di lucro è altrettanto indifferente. Infatti, a meno di clausole eccezionali, il fine di lucro non è assunto dai Trattati come criterio di attribuzione di alcun beneficio, né di tipo sostanziale (ritenute ridotte e rimedi contro la doppia imposizione) né di tipo procedurale (non-discriminazione).

### 1.5.7 La partnership come persona giuridica

Passando in esame poi il carattere della personalità giuridica, non si giunge a risultati differenti.

La personalità giuridica (legal entity) è un concetto presente in ogni ordinamento giuridico, ma non si può assumere che esso abbia ovunque lo stesso significato e la stessa consistenza giuridica<sup>383</sup>.

Nella prospettiva del diritto italiano, per esempio, il concetto di personalità, intesa come idoneità a divenire centro di imputazione di situazioni di diritto ed obbligo, va in primo luogo distinto dalla soggettività, intesa come astratta idoneità a agire nel mondo giuridico.

Rispetto ad una figura societaria, la personalità è funzionalizzata all'imputazione degli effetti giuridico-patrimoniali e all'attributo della continuità dell'attività sociale indipendentemente dalla sorte seguita dai suoi soci. La soggettività è invece un attributo rilevante per produrre modificazioni del mondo giuridico.

Negli stati esaminati, è rilevabile come i due elementi possano ricorrere congiuntamente o meno oppure in diverso grado senza con ciò alterare la funzione della figura societaria delle partnership.

In molti casi, per esempio, le società personali possono svolgere un'attività d'impresa e stipulare contratti a proprio nome ma sono prive di personalità giuridica. In altri la personalità giuridica è presente ma la soggettività resta ugualmente limitata a determinate fattispecie. In altri ancora la personalità giuridica manca ma una parziale soggettività è comunque indispensabile per esigenze di tipo amministrativo, come quelle processuali o fiscali.

Il caso più esemplare è quello del GEIE che, sebbene non sia configurato come una partnership, ne presenta alcuni connotati tipici: nonostante la disciplina europea lo configuri come un ente societario con i caratteri propri di una società incorporata<sup>384</sup>, alcuni Paesi europei hanno scelto di non dotare tale figura di personalità giuridica<sup>385</sup>.

---

<sup>383</sup> Per esempio, il Reg. Europeo n. 2157/2002, prevede all'art. 1. che la Società europea abbia personalità giuridica ma questo elemento non assume uguali connotazioni in tutti gli Stati membri. Cfr. Avery Jones J. F. e altri, *Characterization ... cit.*, nota 67.

<sup>384</sup> In base al Reg. n. 2137/85 art. 1(2) il GEIE: «ha la capacità, a proprio nome, di essere titolare di diritti e di obbligazioni di qualsiasi natura, di stipulare contratti o di compiere altri atti giuridici e di stare in giudizio».

<sup>385</sup> Germania e Italia hanno optato per configurare il GEIE come ente sprovvisto di personalità giuridica. La dottrina spiega tale scelta ricorrendo alla (simile) tradizione giuridica di questi due Paesi, secondo cui la personalità giuridica rappresenta uno strumento che consente all'entità di sopravvivere alle persone che vi partecipano, siano essi soci o

Analogamente accade per le partnerships che, seppur dotate di parziale soggettività, in alcuni Stati sono enti privi di personalità giuridica perché carenti del requisito della continuità rispetto alle vicende che interessano i soci.

Tradizionalmente le partnership sono enti privi di personalità giuridica. Per esempio, in Italia, Regno Unito, Germania e Svizzera le partnership sono ridotte a relazioni giuridiche di tipo personale che non sopravvivono ai cambiamenti subiti dai loro membri (salvo l'Italia) e in cui la responsabilità di almeno uno dei soci è illimitata<sup>386</sup>.

Eccezioni a queste regole tuttavia sono presenti tanto negli Stati di civil law che di common law. In Francia per esempio le partnership, se registrate, sono generalmente persone giuridiche.

Nel Regno Unito, invece, dove personalità e soggettività coincidono, le partnership non sono persone giuridiche e nemmeno soggetti giuridici. Le partnership scozzesi e le RUPA Delaware invece sono persone giuridiche ma con ridotta soggettività di diritto poiché solo i soci possono svolgere attività d'impresa. Anche le partnership di diritto civile della Louisiana sono persone giuridiche<sup>387</sup>.

In taluni casi, poi, le partnership con personalità giuridica coesistono con associazioni di tipo economico come le *societe in participation* francesi, in tutto simili alle partnership inglesi<sup>388</sup>.

Tali differenze in ultima analisi si riducono al concetto che la nozione di persona giuridica esprime nei vari Stati e sono per lo più un portato della differente teoria personalistica (agenzia o rappresentanza) che ciascun ordinamento applica al suo interno.

---

membri. Ciò comporta di fatto una netta separazione fra il patrimonio e dell'ente e i suoi membri. Il che implica che i membri dell'ente persona giuridica non possono rispondere per le azioni dell'ente. Poiché secondo la disciplina europea del GEIE i suoi membri sono invece responsabili per le azioni dell'ente, tale regime di responsabilità non si conforma al concetto domestico di personalità giuridica italiana e tedesca. Questi paesi hanno quindi optato per non classificare questo ente come persona giuridica nonostante la sua estesa capacità giuridica. In altri Paesi, come Francia, Regno Unito e Paesi scandinavi, la capacità giuridica segue la personalità, ecco spiegato perché quindi in tali ordinamenti il GEIE si configura persona giuridica. Cfr. Avery Jones J. F. e altri, *Characterization ... cit.*, p 297 e note 68-72.

<sup>386</sup> Cfr. Cfr. Avery Jones J. F. e altri, *Characterization ... cit.*, nota 74.

<sup>387</sup> Cfr. Avery Jones J. F. e altri, *Characterization ... cit.*, nota 78, collega tale scelta all'influsso della tradizione giuridica francese.

<sup>388</sup> Cfr. Le Gall J.P, *International Income Tax Problems of Partnerships*, General Report, in LXXXa, Cahiers de droit fiscal international, (1995), p 657-658; Avery Jones J. F. e altri, *Characterization ... cit.*, p. 296.

### 1.5.8 Proprietà dei beni e autonomia patrimoniale

La titolarità di diritti sui beni patrimoniali (come il possesso o la proprietà) costituisce un ulteriore aspetto sul quale è riscontrabile un divergente significato in vari Paesi. Il fatto che in uno Stato la partnership non possa essere titolare di diritti sui beni non è di ostacolo alla realizzazione dei medesimi effetti pratici che si producono in uno Stato in cui la partnership invece possa essere titolare in proprio di tali diritti<sup>389</sup>.

In generale la personalità giuridica consente ad una partnership di possedere propri beni, registrati a suo nome. Ciò avviene per esempio in Francia, Scozia e Delaware.

Questo risultato tuttavia si realizza anche nei Paesi dove la partnership è priva di personalità e quindi non possiede beni a suo nome e dove non vi è netta separazione rispetto al patrimonio dei soci. È il caso di Germania, Svizzera e Italia, dove le formal partnership non sono persone giuridiche ma hanno soggettività sufficiente a possedere beni e registrarli a proprio nome con la conseguenza di formare un patrimonio separato che deve essere escusso dai creditori insoddisfatti con priorità rispetto al patrimonio dei soci. Così avviene per esempio anche per il GEIE dotato di soggettività sufficiente per possedere beni anche se non è persona giuridica. In questo senso, il nome della società è conseguenza della sua seppur limitata soggettività e non della sua personalità giuridica.

Le partnerships informali di civil law e le partnerships del common law<sup>390</sup> non hanno titolarità di alcun diritto sui beni, con la conseguenza che la proprietà della partnership è in realtà proprietà congiunta dei suoi soci o di uno di essi.

Come si è visto, nel common law tuttavia la *partnership property* è differente da una semplice proprietà congiunta sganciata da una partnership o dalla proprietà del socio. La *partnership property* si atteggia infatti a comproprietà fra i soci soggetta in ogni caso all'accordo sociale, con effetti devolutivi del tutto similari a quanto avviene al conferimento dei beni nelle partnership formali di civil law<sup>391</sup> anche se i beni non sono giuridicamente separati dal patrimonio del socio.

---

<sup>389</sup> Nel civil law per esempio il possesso della p è preordinato alla escussione prioritaria dei creditori rispetto al patrimonio dei soci illimitatamente responsabili. Nel common law invece la partnership non è persona quindi non può possedere i beni: l'escussione dei creditori avverrà prioritariamente sui beni posseduti dal socio nell'ambito della attività della partnership e poi sul patrimonio personale del socio.

<sup>390</sup> Per questi enti il common law in genere non prevede infatti conferimenti al patrimonio sociale di alcun tipo, né in natura né in denaro.

<sup>391</sup> Avery Jones J. F. e altri, *Characterization ... cit.*, p 300.

In ultima analisi, anche in assenza di personalità giuridica, sia negli ordinamenti di common law che in quelli di civil law, è riscontrabile una marcata tendenza (seppur con mezzi giuridici diversi, normativi e giurisprudenziali) a differenziare il patrimonio dei singoli soci da quello della partnership affinché questo possa essere aggredibile con priorità dai creditori.

La autonomia patrimoniale della partnership intesa come riflesso della sua personalità sembra essere una questione di forma che riguarda l'uso della personalità come mezzo di tutela dei creditori ma non intacca la sostanza, cioè la funzione di garanzia verso terzi svolta dal patrimonio autonomo della società o dalla *partnership property*.

### **1.5.9 La partnership come impresa**

Rispetto alla definizione di partnership rileva inoltre il soggetto che svolge l'attività d'impresa, cioè l'imprenditore

L'espressione impresa e business si prestano ad assumere accezioni differenti nel common law e nel civil law.

Nel common law il concetto di business è parte integrante della nozione di partnership e include anche le attività professionali e la gestione patrimoniale.

Di regola, inoltre tutte le forme giuridiche possono svolgere attività di qualsiasi natura, commerciale o meno. Per effetto della teoria dell'agenzia, nel common law solo i soci sono imprenditori. Ciò sorprendentemente avviene anche nelle Delaware RUPA e nelle partnership scozzesi, nonostante la società sia una entità separata con un proprio patrimonio.

Nei sistemi di civil law, il requisito del profitto è escluso per le società civili o semplici, cioè per le partnership informali, ma è incluso per le silent partnership e per le formal partnership. Dove esso ricorre, la società è considerata imprenditore, cioè il soggetto che svolge l'attività di impresa.

Tale differenza può essere letta come diverso grado di soggettività più che come differenza sostanziale.

### 1.5.10 La capacità processuale

Generalmente le partnership hanno legittimazione processuale attiva e passiva per disposizione espressa nel civil law e per consolidata consuetudine giurisdizionale, oltre che per praticità, nei paesi di common law<sup>392</sup>.

Per effetto della totale trasparenza della società e del fatto che ciascun socio è principale e agente degli altri, nel common law un socio non può chiamare in giudizio la società o essere chiamato in giudizio da questa se non per motivi contabili.

L'unica eccezione si verifica per le RUPA Delaware e le partnership scozzesi. In tali Stati infatti la teoria dell'agenzia qualifica la partnership come entità separata, quindi ogni socio è agente ma la società è *principal*.

Nel civil law invece le formal partnership hanno capacità processuale sia in presenza che in assenza di personalità giuridica.

In ogni caso, la capacità processuale delle partnership appare prevalentemente un effetto di differenti norme procedurali previste da ciascun ordinamento piuttosto che una conseguenza di differenze sostanziali.

### 1.5.11 Caratteri rilevanti per l'impiego della nozione nell'ambito della fiscalità internazionale

L'esame dei criteri di classificazione del tipo societario rappresenta un passaggio fondamentale per comprendere la ragione delle difformità nell'applicazione dei Trattati fiscali alle partnership in ciascuno Stato e poi per capire se, nella individuazione delle variabili al ricorrere delle quali ciascun Paese individua il proprio tipo societario, è possibile rintracciare i contorni di un modello giuridico di partnership utile ai fini fiscali.

L'esame della nozione giuridica di partnership nella letteratura non conduce a risultati puntuali e concreti. Alcuni commentatori, infatti, ne propongono una definizione giuridica così dilatata da risultare inservibile<sup>393</sup> mentre altri, superando il problema semantico del concetto di partnership, si limitano ad assumere come dato la

---

<sup>392</sup> Avery Jones J. F. e altri, *Characterization ... cit.*, note da 106 a 108.

<sup>393</sup> V. Sharma V., Sharma A., *Cross border taxation of partnerships*, in *International taxation – a compendium*, Finesse Graphics & Prints, 2005, p.467-468 dove la partnership è definita come « ...an agreement or understanding, between two or more parties, where the parties agree to operate in a manner which furthers their mutual interests. The parties to such agreement of partnership are termed as 'partners' of the partnership. Such agreements for partnership may be oral or written, depending upon the laws of the country under which the partnership is organised. Another way to define partnerships is as a relationship existing between two or more persons who join to carry on a specific purpose like trade, business etc».



classificazione fiscale attribuita dagli Stati, per poi concentrarsi a discuterne gli effetti sull'applicazione dei Trattati.

La letteratura, al contrario, sembra avere la tendenza inversa, ad impiegare cioè il termine nella sua accezione prettamente fiscale; ciò, forse, in conseguenza delle numerose anomalie che l'applicazione dei Trattati solleva nel caso di entità che operano in regimi di trasparenza fiscale e su cui la letteratura, con meno frequenza quella italiana<sup>394</sup>, si interroga.

Un utile punto di partenza per avviare una riflessione in tal senso (se esiste un modello unico) è rappresentato dagli studi dell'IFA che, rispetto al diritto civile degli Stati, riconducono la comune accezione del termine *partnership* ad un accordo contrattuale con il quale due o più persone (fisiche o giuridiche) decidono di agire in qualità di soci (*affectio societatis*) tenendo conto delle qualità e delle attitudini personali di ciascuno (*intuitus personae*) col fine di dividere profitti e perdite<sup>395</sup>.

I national reports IFA sull'argomento evidenziano inoltre alcuni dati interessanti. Il primo è che la *partnership* è una figura molto diffusa e impiegata nella pratica commerciale sia a livello nazionale che internazionale. Il secondo è che tutti gli ordinamenti domestici hanno tipizzato questa figura soggettiva. L'ultimo (non certo in ordine di importanza) è che la legislazione domestica ha disciplinato molti aspetti di questa figura soggettiva in modi assai diversificati.

La comparazione diretta fra diversi sistemi giuridici sembra metterci di fronte ad una figura giuridica molto diffusa nella pratica degli affari, presente pressoché in tutti gli ordinamenti ma disciplinata in modo assai diversificato in molti di essi.

Relativamente a questa figura può essere interessante a questo punto individuare quali aspetti appaiono fortemente disomogenei e quali invece convergono verso tratti di uniformità e se questi ultimi possono essere di qualche utilità per identificare i connotati di un modello giuridico generale.

La figura della *partnership* è uniformemente caratterizzata da una natura giuridica ambivalente<sup>396</sup> e abbina ad alcuni connotati giuridici tipici delle società

---

<sup>394</sup> Cfr. Della Valle, *La soggettività delle partnerships...cit.*, p.753-754.

<sup>395</sup> La definizione è presa da Le Gall J.P, *International Income Tax Problems of Partnerships*, General Report, cit. p. 657; negli stessi termini anche Daniels Ton H. M., *International Partnerships: Comparative Law Remarks on the Taxation of Income...cit.* p. 354-355.

<sup>396</sup> Cfr. DANIELS A.H.M., *Issues in international partnership taxation*, 1991, p. 5; Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners engaged in international transactions: issues in cross-border transactions in Germany and the U.S.*, in *Houston business and tax law journal*, vol II, Anno 2002, p.141. Entrambe gli A. concordano sulla natura giuridica

incorporate, che sono *legal entities* dotate di personalità giuridica, altri aspetti che sono invece distintivi di un'attività condotta a titolo individuale sotto la forma di impresa personale.

Da un lato essa funziona come una entità dotata di una vita economica autonoma, svolgendo in molti casi l'attività a proprio nome, tenendo propri libri contabili, producendo utili, con propria legittimazione processuale e potendo entrare in relazione con i soci anche in qualità di creditori terzi; i creditori della partnership hanno priorità sui creditori del socio nell'escussione del patrimonio sociale.

Dall'altro essa ha natura sostanziale di aggregazione di persone con la qualifica di soci: in molti casi difetta di personalità giuridica piena, è dotata di una autonomia patrimoniale parziale colloca i beni in un regime anomalo dove la proprietà è a nome della società ma sotto la forma distintiva di una co-proprietà congiunta fra soci; i soci sono generalmente responsabili per le obbligazioni sociali ma i casi di morte o fallimento conducono allo scioglimento (dissolvenza) della società.

In ultima analisi il grado di intensità con il quale l'una componente prevale rispetto all'altra varia tuttavia da Stato a Stato (da qui i modelli differenziati).

Similmente alle società incorporate, per esempio, in alcuni Stati le partnership svolgono l'attività a proprio nome, tengono i libri contabili, sono dotate di legittimazione processuale, sono titolari di diritti sui beni patrimoniali e, in caso di inadempimento, i creditori della partnership hanno privilegio rispetto ai creditori dei singoli soci. Sotto tali profili, nelle legislazioni nazionali è rilevabile il maggior grado di differenziazione.

Malgrado taluni aspetti di somiglianza con le entità incorporate, le partnership restano una mera aggregazione di persone, con la qualifica di soci o anche partecipanti, rispetto alla quale le qualità e le attitudini personali di ciascun socio sono rilevanti per gli altri. Questo elemento integra forse il tratto più personalistico della figura della partnership. In linea generale, questo tratto si riflette nella personale e solidale responsabilità dei soci per le obbligazioni della partnership, anche se tale responsabilità risulta differentemente graduata nei vari ordinamenti per ciascun tipo di partnership. Va inoltre aggiunto che, in molti ordinamenti, il venir meno dell'*intuitus personae*, per decesso o fallimento di uno dei soci, può rappresentare una causa legale di scioglimento o estinzione della partnership.

---

“dualistica” della partnership. Sul punto anche Le Gall J.P, *International Income Tax Problems of Partnerships*, General Report, in LXXXa Cahiers De Droit Fiscal International, (1995), p.657 e Daniels Ton H. M., *International Partnerships: Comparative Law Remarks on the Taxation of Income...*cit. p. 354-355.

Un altro aspetto utile da approfondire è il riconoscimento della personalità giuridica. Come è noto, nei sistemi giuridici moderni, la personalità giuridica rappresenta prevalentemente un congegno idoneo a catalizzare l'imputazione di fattispecie patrimoniali. È comprensibile quindi come nell'attribuzione della personalità giuridica alle partnerships fra le diverse legislazioni domestiche sia rilevabile una disomogeneità commisurata all'esigenza di ciascun sistema di consentire l'imputazione delle fattispecie derivanti dagli atti dei soci, ai soci stessi (assenza di personalità) o alla società (legal entity). In molte giurisdizioni, alle partnerships non è riconosciuto lo status di *legal entity*: esse sono pertanto prive di personalità giuridica. Questa tuttavia non è una tendenza uniforme né fra gli Stati di common law né fra quelli di civil law; a volte, non lo è nemmeno all'interno di un medesimo ordinamento dove, ad esempio, alcune tipologie di partnership dotate di personalità giuridica coesistono con altre che ne sono prive; in altri Stati, alcuni tipi di partnership non hanno nemmeno esistenza giuridica mentre in altri ancora, la acquisiscono solo se opposte a terzi.

Un altro aspetto interessante da esaminare è la figura del socio e la sua relazione con l'attività della partnership. In linea generale, lo status di socio si caratterizza per il diritto a percepire quota parte dei profitti a fronte del sostenimento dei rischi propri della partnership. L'assenza di diretta correlazione fra rischi e profitti trasforma la qualifica di socio in quella di creditore della società, in alcuni casi anche se il credito comporta una partecipazione ai profitti. In alcuni Stati la correlazione fra rischi e profitti è proporzionale, in ragione della proporzionalità fra conferimenti e diritto alla quota di utili sociali. In altri Stati, questa proporzionalità è assente poiché i soci possono concordare un diritto agli utili in proporzione diversa da quella dei conferimenti nella società.

In molti Stati esistono forme di partnership che prevedono lo status di socio a responsabilità limitata, contraddistinta dalla limitazione della sua responsabilità per le obbligazioni sociali alla sola quota dei suoi investimenti (conferimenti) nella società. Tale status in genere può riguardare più di un socio ma non tutti, giacché almeno uno risponde in modo illimitato per le obbligazioni sociali.

in alcuni Stati può esporre anche ad una tassazione di tipo societario anziché personale. Tale status tuttavia va quasi sempre tenuto distinto da quello di creditore o debitore della partnership sorto in virtù di un altro specifico contratto.

## **1.6 CONCLUSIONI: LA PARTNERSHIP COME MODELLO DI BUSINESS A FORMA GIURIDICA DIFFERENZIATA E L'ASSENZA DI UN MODELLO GIURIDICO UNIFORME**

Questo capitolo ha mostrato che il mondo delle entità intermedie, intese come enti diversi dalle persone fisiche e dalle società incorporate, è variamente popolato di numerosi tipi di entità giuridiche.

Fra queste, la partnership si caratterizza per uno schema funzionale e strutturale ricorrente.

In una prospettiva funzionale, essa consiste in una relazione giuridica su base contrattuale fra persone che agiscono congiuntamente nello svolgimento di determinate attività con la finalità di dividerne i benefici.

L'*affectio societatis*, l'*intuitu personae* e la comunione di scopo sono i tratti distintivi a caratterizzarne la proiezione giuridica verso lo svolgimento di una attività di natura economica ma non sempre commerciale.

Tale schema tuttavia non è sufficiente a configurare il concetto di partnership come un modello giuridico uniforme fra gli Stati considerati. In particolare, il diverso rilievo riconosciuto alla personalità giuridica, alla soggettività più o meno completa di queste figure e alle diverse modalità in cui si realizza l'imputazione giuridica di fattispecie fra loro molto differenziate fra gli Stati consente di definire la partnership piuttosto come modello di business omogeneo a forma giuridica differenziata.

A causa delle diversità del diritto civile e commerciale degli Stati, è quindi fuorviante parlare di partnership come concetto giuridico omogeneo nei vari ordinamenti giuridici. Ciascun ordinamento prevede una figura che è assimilabile al concetto generico di partnership ma all'interno di ciascun ordinamento tale figura ha connotati così specifici e così distintivi da non consentire ulteriori significative omologazioni. Andare oltre una assimilazione concettuale di tipo generico condurrebbe all'errore pragmatico di ritenere che il concetto di partnership assuma ovunque lo stesso significato giuridico, il che come abbiamo visto non è.

L'esame comparato fa tuttavia emergere dei punti di convergenza fra singole tipologie di partnership, come la limited partnership. Sullo sfondo restano le profonde differenze strutturali fra i sistemi di civil law e common law, insieme alle loro rispettive eccezioni.

Un'analisi di tipo funzionale consente comunque di concludere che i medesimi risultati sostanziali si realizzano in entrambe i sistemi benché con strumenti molto diversi.

In linea generale, il common law, con l'eccezione della Scozia e del Delaware, tende a considerare le partnership come una relazione di tipo prevalentemente contrattuale fra persone che svolgono in modo congiunto un'attività economica. Nel common law, salvo rare eccezioni, una partnership è una aggregazione di persone, priva di personalità giuridica e quindi di soggettività. I soci svolgono nel contempo la reciproca funzione di *principal* e *agent* impegnandosi reciprocamente verso i terzi. Il patrimonio della partnership è una aggregazione virtuale di beni che restano confusi nel patrimonio di ciascuno dei soci e vantano al più un vincolo di devoluzione rispetto allo svolgimento dell'attività sociale.

Il civil law invece tende a considerare la partnership come un ente separato dai soci e dotato di un grado di soggettività più marcato, ancorché variabile da Stato a Stato. In alcuni di questi, le partnership sono spesso regolate da diversi codici normativi, civile e commerciale, in funzione dello scopo cui sono preordinate. In alcuni ordinamenti infine esse sono dotate di personalità giuridica, mentre in altri no. La personalità giuridica della partnership ha prevalentemente implicazioni di tipo patrimoniale favorendo l'imputazione delle fattispecie di ordine patrimoniale. La soggettività, sebbene in diverso grado, è riscontrabile ovunque e risponde allo schema della rappresentanza organica. L'autonomia patrimoniale consente di identificare un insieme di beni separati dal patrimonio dei soci.

La complessità che circonda il tema della tassazione delle partnership internazionali e dell'applicabilità a queste dei Trattati fiscali, risente, ad un primo stadio, della divergenza fra le nozioni di partnership nella legislazione civile e commerciale degli Stati.

Gli elementi fin qui emersi assumono un particolare rilievo ai fini dei criteri di classificazione fiscale delle partnership internazionali impiegati dagli Stati sia con riferimento all'oggetto di questa (a quali entità si applicano tali criteri) sia con riferimento ai suoi effetti asimmetrici (rispetto a quali entità tali effetti si producono).

## 2 LE PARTNERSHIPS NEL DIRITTO FISCALE DEGLI STATI: UNA RICOGNIZIONE PREORDINATA ALLA COSTRUZIONE DI UN MODELLO DI ANALISI

L'analisi svolta nel precedente capitolo ha mostrato come l'assenza di un unico modello giuridico di partnership fra gli Stati considerati sia dovuta alle divergenti modalità con le quali si realizza, per queste figure, l'imputazione degli effetti giuridici nei diversi ordinamenti. Questa è diretta conseguenza del diverso grado di soggettività giuridica ad esse riconosciuto il quale può variare significativamente da Stato a Stato, oscillando dall'inesistenza giuridica (come nel caso delle partnership britanniche) fino al riconoscimento della personalità giuridica (come nel caso nelle partnership francesi), passando per soluzioni intermedie (come le partnership italiane dotate di un certo grado di soggettività o le diverse figure di partnership codificate nel diritto dei 51 Stati americani le quali spaziano fra molte delle soluzioni possibili).

Dal momento che il diritto tributario per lo più si applica ai diritti economicamente e patrimonialmente rilevanti per il diritto civile e commerciale degli Stati<sup>397</sup>, nella fiscalità diretta degli Stati tali divergenze hanno il loro punto di ricaduta sulla soggettività passiva delle partnership rispetto all'imposizione (*tax liability*) e sulla tassazione dei redditi da queste prodotti o a queste connessi.

Il tema della fiscalità diretta delle partnership ruota intorno al problema della classificazione fiscale degli enti ai fini dell'imposizione diretta.

Tradizionalmente le norme sulla classificazione degli enti svolgono la funzione di distinguere gli enti tassati con regime societario da quelli tassati per trasparenza. La configurazione di tali norme è quindi in grado di condizionare significativamente il regime fiscale applicabile ai redditi prodotti o distribuiti da una partnership, interessando direttamente le regole dell'imputazione e della qualificazione reddituale, quelle della quantificazione della base imponibile e quelle del momento impositivo. L'applicazione di tali norme, stabilendo il regime fiscale applicabile alla partnership, ha inoltre un immediato impatto ai fini dell'applicazione di un eventuale Trattato fiscale<sup>398</sup>.

Nella scelta del criterio - o più spesso dei criteri - di classificazione degli enti come anche dei criteri di collegamento all'imposizione domestica, ciascuno Stato resta

---

<sup>397</sup> Easson E.A., Thuronyi V., *Fiscal Transparency*, cit., p. 1

<sup>398</sup> Il tema è affrontato nel § 3.

sovrano, codificando in piena autonomia quelli che ritiene più idonei. Sono tuttavia rari i casi in cui tale classificazione risponde ad una regola statica (*all transparent* oppure *all corporate*) e soprattutto simmetrica fra enti domestici ed enti esteri. Molto più frequentemente gli Stati classificano le partnership domestiche in base a criteri che presentano un nesso con il diritto civile e commerciale mentre classificano le partnership estere in base ad una sorta di “test di trasparenza” (o di somiglianza, o meglio ancora “partnership test”) mirato a verificare nell’ente estero la sussistenza di quegli stessi elementi distintivi che caratterizzano quello interno<sup>399</sup>.

Si spiega così il motivo per cui, nello studio del partnership approach di uno Stato e dei conflitti di classificazione che possono sorgere dall’interazione con quello di altri Stati, diventa fondamentale identificare gli elementi che valgono a caratterizzare la natura giuridica delle partnership negli Stati coinvolti.

Il tema della classificazione degli enti ai fini dell’imposizione diretta porta inevitabilmente con sé l’esigenza di focalizzare la modalità concreta con cui uno Stato declina concretamente il principio di territorialità fiscale attraverso la formulazione normativa dei criteri di collegamento. Le regole di classificazione fiscale, in quanto finalizzate a stabilire il regime (personale o societario) di tassazione di un ente interagiscono inevitabilmente con i criteri di collegamento impiegati dallo Stato per la tassazione delle fattispecie reddituali con elementi di estraneità. In questo senso, si può affermare che se la classificazione distingue il regime fiscale, il criterio di collegamento - tanto quello personale quanto quello reale - individua il fattore di connessione con il territorio che lo Stato codifica come presupposto per l’imposizione dell’ente classificato in base alle regole anzidette.

Come nella scelta dei criteri di classificazione degli enti, anche nella scelta dei criteri di collegamento all’imposizione domestica ciascuno Stato resta sovrano.

In ultima analisi la sovrapposizione dei criteri di classificazione e dei criteri di collegamento restituisce il personal scope del regime fiscale domestico che uno Stato applica alle partnership.

L’ipotesi di regole classificatorie che poggiano sulla nozione di partnership del diritto commerciale domestico e che debbano nel contempo essere applicate per classificare partnership estere lascia intravedere lo spazio logico per un’ulteriore

---

<sup>399</sup> Il caso di simmetria fra le regole impiegate da uno Stato per classificare partnership domestiche estere e attribuisce maggiore rilevanza al potenziale nesso che esiste fra status legale dell’ente e suo regime fiscale, giacché la nozione giuridica domestica valida ai fini commerciali diventa immediatamente rilevante per qualificare sia le partnership domestiche che quelle estere. V. infra, §2.7.2.

distinzione fra un partnership approach domestico ed estero: quest'ultimo dovrebbe infatti differenziarsi per la necessità di contemplare un meccanismo di decodificazione degli enti esteri in base alle regole qualificatorie interne. Come si vedrà il partnership test per gli enti esteri è l'unica alternativa ad un sistema assoluto che assimili indistintamente tutti gli enti alle società (all corporate).

Facendo dunque tesoro delle conclusioni tratte nel capitolo precedente, questo capitolo mira ad individuare i contorni giuridici e l'articolazione strutturale del *partnership approach* di uno Stato e ne propone l'individuazione come sotto-sistema dell'ordinamento fiscale deputato a contenere quel variabile set di regole e principi finalizzati alla tassazione delle partnership.

L'utilità di un tentativo di tal genere è plurima. La prima è quella di identificare prontamente nell'espressione "partnership approach" un set di regole, strumenti giuridici e principi senza doverli costantemente richiamare tutti: si potrà così parlare di partnership approach statunitense, italiano tedesco ecc. per intendere l'insieme delle regole di classificazione, qualificazione che caratterizzano la tassazione domestica delle partnership in uno Stato. Come si vedrà meglio a breve, in taluni casi sarà necessario accompagnare l'impiego dell'espressione "partnership approach" con l'ulteriore specificazione "domestico" o "estero" a causa della possibilità che gli Stati non adottino un approccio simmetrico, cioè criteri analoghi, alle partnership domestiche e a quelle estere. Si tratta inoltre di regole giuridiche frequentemente connotate da specialità, sia rispetto a quelle previste per l'imposizione societaria che a quelle previste per l'imposizione personale: da qui l'utilità di circoscrivere il partnership approach come ambito di applicazione di tali regole ed elevarlo a sotto-sistema di un ordinamento fiscale. Definire un sotto-insieme di regole domestiche funzionali a regolare talune fattispecie inoltre agevola l'individuazione di principi generali o la comprensione di come questi trovano applicazione nel sotto-insieme. Vi è poi l'utilità derivante dall'identificare in modo più chiaro e semplice i problemi di conflitto derivanti dall'applicazione di approcci gli Stati fra loro divergenti. I problemi posti dai conflitti fra Stati sulla classificazione delle partnership internazionali hanno infatti natura differente rispetto ad altri conflitti di tipo interpretativo posti da fattispecie reddituali transnazionali (per es. conflitti di qualificazione reddituale basati sulla nozione interna di reddito ma non collegati alle partnership, oppure conflitti interpretativi in materia di stabili organizzazioni)<sup>400</sup>.

---

<sup>400</sup> Il tema dei conflitti di classificazione sarà trattato nel § 3.



L'obiettivo di questo capitolo è perseguito mediante il ricorso ad una ricognizione dei sistemi domestici di tassazione delle partnership mirata ad esaminare come si configura il regime fiscale delle partnership negli Stati considerati.

L'esame dei diversi regimi fiscali domestici applicati alle partnership si chiude con la ricostruzione di un modello di analisi<sup>401</sup> che - a partire da un insieme di categorie logiche, metodi, principi e opzioni tecnico-giuridiche - intende impostare la configurazione del partnership approach di uno Stato come la soluzione ad un problema ingegneria fiscale.

## **2.1 LE PARTNERSHIPS NEL SISTEMA FISCALE DOMESTICO ITALIANO**

Il sistema italiano delle imposte dirette prevede la tassazione progressiva delle persone fisiche mediante l'IRPEF e la tassazione proporzionale delle persone giuridiche mediante l'IRES, entrambe disciplinate da un unico codice normativo (TUIR). L'IRAP<sup>402</sup> colpisce le attività economiche professionali e d'impresa dotate del requisito di autonoma organizzazione con regole in parte specifiche e in parte mutate dal TUIR. Il DPR 600/73 contiene le disposizioni relative al metodo di prelievo e l'accertamento delle imposte dirette.

L'imposizione diretta ha come presupposto il possesso dei redditi, inteso come materiale declinazione del principio costituzionale di capacità contributiva (art. 53 Cost.). L'art. 6 TUIR classifica i redditi in sei categorie, per ciascuna delle quali il TUIR stesso definisce regole di imputazione, qualificazione e determinazione. Il principio di territorialità codificato nell'art. 23 TUIR stabilisce, per la tassazione dei redditi prodotti in Italia da soggetti non residenti, regole derogatorie a quelle ordinarie. L'art. 165 TUIR, oltre a prevedere regole speculari a quelle dell'art. 23 TUIR per la tassazione dei redditi prodotti all'estero da soggetti residenti, disciplina il credito d'imposta ordinario come rimedio contro la doppia imposizione internazionale dei redditi esteri prodotti dai soggetti residenti.

### **2.1.1 Partnership approach**

L'analisi civilistica condotta in precedenza ha mostrato come nell'ordinamento italiano il concetto di partnership possa ritenersi coincidente con l'area delle società personali, una categoria societaria a numero chiuso e tipizzata dal codice civile<sup>403</sup>. Tali

---

<sup>401</sup> V. infra, § 2.7.

<sup>402</sup> L'IRAP è classificata come un tributo diretto ad aliquota differenziata a livello regionale.

<sup>403</sup> V. infra, § 1.4.1.

figure, come detto, pur non essendo *legal entities* perché carenti di personalità giuridica, sono dotate di una soggettività giuridica sufficiente a conferire loro un apprezzabile grado di autonomia rispetto ai soci nel compimento di atti giuridicamente rilevanti, i cui effetti per lo più ricadono sui soci stessi.

Prima di esaminare il *partnership approach* italiano occorre tuttavia dare evidenza di alcuni accorgimenti concettuali.

L'ordinamento fiscale italiano non conosce l'espressione *partnership approach* (inteso come insieme di regole fiscali specifiche finalizzate alla tassazione delle partnership) né tale espressione può dirsi assimilabile con il «principio di trasparenza». E ciò almeno per due ordini di ragioni.

La prima risiede nel fatto che la trasparenza intesa come «principio» è parte integrante del *partnership approach* e non coincide con esso: essa ne definisce il metodo di imputazione del presupposto impositivo (ad un soggetto diverso da quello che l'ha materialmente prodotto), facendone discendere le ulteriori conseguenze sul piano della classificazione soggettiva e della qualificazione oggettiva-reddituale, i quali sono a loro volta altre componenti del *partnership approach*. In questo senso il *partnership approach* è dunque un regime impositivo autonomo (diverso da quello ordinariamente applicato alla generalità degli enti e delle società) e con caratteristiche particolari, che impiega il principio di trasparenza come metodo di imputazione di determinate fattispecie al socio lasciandone altre in capo alla società.

La seconda risiede nel fatto che la logica della trasparenza adottata dal legislatore fiscale italiano non è perfettamente sovrapponibile al regime fiscale delle società personali domestiche: esso trova un campo di applicazione più ampio estendendosi (talora in versione parzialmente differenti) a entità diverse, come le società di capitali (trasparenza opzionale), alcuni tipi di trust e le società controllate estere (cfc). Questo aspetto non è irrilevante giacché l'adozione di un analogo meccanismo di tassazione per trasparenza a figure diverse dalle società personali residenti conduce a risultati macroscopicamente diversi da quelli che caratterizzano il regime fiscale delle partnership italiane. A questo riguardo sarà utile anticipare l'uso di un lessico specifico che distingue il regime di trasparenza "ordinario" delle società personali da quello "assimilato" che andrà di volta in volta declinato per: le società di capitali residenti (trasparenza opzionale), per le controllate estere (trasparenza cfc) e per i trust (trasparenza dei trust).

Per tali ragioni, l'analisi focalizzerà esclusivamente il *partnership approach* applicabile alle società personali domestiche, intese quindi come *partnership*, e

impiegherà il confronto con l'analogo approccio applicato ad entità diverse da queste solo al fine di delimitarne i contorni e le conclusioni.

Il *partnership approach* italiano appare connesso a tre parti strutturali del sistema dell'imposizione diretta. La prima è il regime di trasparenza fiscale naturale, applicato *ope legis* solo alle società personali domestiche e residenti. La seconda è il regime di trasparenza opzionale, introdotto nel 2004 in occasione della riforma che ha interessato l'intera fiscalità societaria e applicabile solo da società di capitali (quindi non personali) domestiche e residenti come metodo alternativo a quello ordinario della distribuzione degli utili. La terza componente è il regime impositivo dei non residenti.

Le prime due componenti, corrispondenti a due differenti declinazioni del «principio di trasparenza»<sup>404</sup>, quella naturale e quella opzionale, riguardano solo figure societarie (rispettivamente personali e di capitali) fiscalmente residenti in Italia.

La terza componente, comportando in realtà l'applicazione dell'opposto principio di «opacità fiscale» – intesa come “non trasparenza” – si caratterizza per la sua completa omologazione al regime impositivo degli enti fiscalmente non residenti in Italia.

Lo spazio logico occupato dall'applicazione di questo regime, si ottiene per sottrazione, passando cioè per una preliminare ricognizione dei requisiti che il sistema delle imposte dirette richiede per la soggettività passiva d'imposta di tutti gli altri enti. Tale ricognizione sarà utile a disegnare i confini e l'articolazione interna del regime di trasparenza, agevolando l'identificazione degli enti che vi rientrano, delle regole di imputazione e qualificazione dei redditi di società e loro soci.

Nel passare in esame il rapporto fra classificazione civilistica e fiscale di questi enti va osservato come il TUIR dedichi due diverse disposizioni alla disciplina della soggettività passiva d'imposta: l'art.2 TUIR per le persone fisiche e l'art. 73 TUIR per le persone giuridiche. All'interno delle medesime disposizioni trova declinazione normativa anche la nozione di residenza fiscale per entrambe le figure<sup>405</sup>. Affinché si realizzi lo status di soggezione ad obbligazioni fiscali illimitate, cioè la soggettività

---

<sup>404</sup> Sulla ricostruzione sistematica del principio di trasparenza v. infra § 2.1.1.1.1

<sup>405</sup> La residenza fiscale identifica uno status giuridico cioè una qualità della persona identificata da un ordinamento giuridico. Essa identifica il rapporto fra soggetto e territorio che è indicato dal legislatore italiano come il criterio in grado di collegare (o attrarre) il soggetto al diritto impositivo dello Stato. v. Leo M., *Le imposte...* cit., p.1292 ss.

passiva sia IRPEF che IRES, il sistema fiscale italiano richiede la verifica di specifici criteri di collegamento<sup>406</sup>.

L'identificazione delle persone fisiche soggette ad imposizione diretta in base all'art. 2 TUIR non presenta particolari problematiche.

Quanto alle persone giuridiche, l'art. 73 TUIR si preme di individuare sei specifiche categorie di società ed enti soggetti all'IRES:

- le società di capitali tipizzate dal codice civile (spa, sapa, srl, soc. coop. e società assicurative), società europee e soc. cooperative europee (individuate dal c.1 lett.a);
- gli enti e i trust commerciali (individuati dal c.1 lett.b);
- gli enti e i trust non commerciali e gli OICR italiani<sup>407</sup> (individuati dal c.1 lett.c);
- tutti gli enti esteri fiscalmente trasparenti e non (individuati dal c.1 lett.d in combinazione con l'art. 73 c.3 e l'art.5 c.3 lett.d);
- i trust nella misura in cui si qualificano fiscalmente opachi (individuati dal c.2);
- in via residuale, tutti gli enti commerciali e non commerciali per i quali il presupposto dell'imposta (possesso dei redditi art. 6 TUIR) si manifesti in modo unitario ed autonomo (individuati dal c.2).

L'estensione soggettiva del regime IRES è diretta funzione del criterio di collegamento personale e impiega tecniche diverse ricorrendo a: un elenco di società tipizzate (criterio dell'incorporazione), enti che presentano il requisito della commercialità, enti e relazioni di particolare natura giuridica (fondi di investimento e trust). Per gli enti residenti il metodo procede per categorie definitorie ampie con finalità il più possibile omnicomprensiva (e talora per *nomen iuris*, ove tali categorie fossero inadeguate a ricomprendere certe figure) mentre per gli enti non residenti non fa distinzione alcuna. In ogni caso tale metodo (anche quando applicato agli enti residenti) non risente di un nesso di derivazione esclusivo con la natura giuridica

---

<sup>406</sup> La carenza di soggettività passiva rende inapplicabile la tassazione, mentre la carenza della residenza rende la tassazione applicabile non più al reddito mondiale, ma ai redditi collegati in base a criteri reali, cioè in base al principio di territorialità.

<sup>407</sup> Gli OICR (TUF d.lgs n. 58/1998 art.1 c.1 lett.k) sono organismi a forma giuridica variabile, come i fondi comuni gestiti da SGR, le Sicav e le Sicaf, che investono denaro raccolto dai risparmiatori in attività finanziarie gestite in base al principio di ripartizione dei rischi. I fondi comuni di investimento per esempio, pur essendo privi di personalità giuridica e non configurandosi giuridicamente come *legal entities*, sono classificati dall'ordinamento fiscale domestico come soggetti passivi IRES. Il TUIR tuttavia esenta i redditi prodotti da OICR (art. 73 c.5-quinquies) in ragione del fatto che i redditi da questi prodotti sono tassati in capo agli investitori al momento della percezione. Nonostante l'esenzione oggettiva dei loro redditi, la loro classificazione fiscale fra i soggetti passivi IRES ha importanti riflessi sull'applicabilità dei Trattati fiscali internazionali.

dell'ente o della società<sup>408</sup>, includendo società di capitali tipizzate dal codice ma anche enti pubblici e privati commerciali e non<sup>409</sup>.

Le partnership non rientrano espressamente né fra le persone fisiche dell'art. 2 né fra le persone giuridiche dell'art. 73, pertanto non sono classificate né come soggetti IRPEF e né come soggetti IRES (*liable to tax entities*).

Alle sole società personali residenti il sistema fiscale applica un apposito regime di imputazione reddituale per trasparenza, detto “*redditi prodotti in forma associata*” e codificato nell'art. 5 TUIR<sup>410</sup>. Tale regime ha un ambito soggettivo di applicazione rigidamente circoscritto e configura un particolare metodo di imputazione ai soci<sup>411</sup> dei redditi prodotti dalla società e di altre componenti fiscali dell'attività societaria, lasciando in capo alla società l'imputazione di un insieme di altre fattispecie fiscalmente rilevanti.

Le società trasparenti non residenti, al pari di tutti gli altri enti fiscalmente non residenti di qualunque natura giuridica, sono invece classificate come soggetti passivi IRES.

Il possesso del requisito di residenza rappresenta quindi una evidente fonte di disomogeneità di trattamento fiscale delle entità trasparenti. Tale disomogeneità comporta l'applicazione di metodi marcatamente differenziati di imputazione, qualificazione e quantificazione dei redditi non solo per le società ma anche per i loro

---

<sup>408</sup> Sul punto in particolare Tinelli G., Parisi F., Società nel diritto tributario, in Dig. disc. priv., sez. comm., XIV, Torino, 1997, par. 4 il quale segnala «*l'assoluta discrezionalità del legislatore tributario nell'elezione dei centri soggettivi di riferimento del presupposto impositivo (...) conduce direttamente sul terreno della soggettività tributaria (...) e la potenziale indifferenza che, in sede di qualificazione dei soggetti giuridici, il legislatore tributario conserva nei riguardi delle corrispondenti opzioni effettuate dal diritto civile*».

Coerentemente a questa osservazione, va evidenziato come la categoria dei soggetti passivi IRES (art. 73 TUIR) acquisti una funzione prevalentemente omnicomprensiva, non per estensione ma per sottrazione definitoria rispetto alle altre categorie di soggetti, cioè i soggetti passivi IRPEF (art. 2 TUIR) e degli enti in regime naturale di trasparenza fiscale (art. 5 TUIR). Alla residualità (e alla maggior estensione) della soggettività passiva IRES infatti, si contrappone la puntuale individuazione degli enti (tipizzati e residenti) che possono accedere al regime di trasparenza fiscale dell'art. 5 TUIR.

<sup>409</sup> Si rinvia la discussione sul rapporto fra tipologia degli enti e soggettività passiva d'imposta nell'ordinamento italiano al § 2.1.1.1. In cui la trattazione riguarderà segnatamente la trasparenza fiscale (cioè la non soggettività passiva) delle partnership domestiche residenti.

<sup>410</sup> Quella dell'art. 5 TUIR peraltro è disposizione inclusa nel Titolo I del TUIR dedicata alle persone fisiche. Tale collocazione fu originariamente considerata coerente con la funzione del veicolo giuridico delle società personali, pensate per lo svolgimento di attività economiche e commerciali a partecipazione familiare o comunque con soci persone fisiche. Si aggiungeva a questo il netto orientamento della giurisprudenza di legittimità ad escludere che altri soggetti diversi dalle persone fisiche (soprattutto società di capitali) potessero partecipare in società personali. L'abbandono di tale orientamento per effetto della riforma del diritto societario comportò inevitabilmente anche un ripensamento della collocazione logico-sistematica del regime di trasparenza all'interno del TUIR. L'occasione per tale ripensamento si presentò con la riforma fiscale del 2004 ma non si concretizzò, anzi l'introduzione della trasparenza opzionale degli art. 115 e 116 nel titolo II del TUIR, dedicato alla fiscalità societaria fa emergere ancor più la collocazione anomala dell'art. 5.

<sup>411</sup> I soci peraltro possono a loro volta essere persone fisiche, giuridiche o, ancora, società trasparenti e quindi configurare fiscalmente soggetti IRPEF, soggetti IRES o enti in trasparenza fiscale.

rispettivi soci, residenti e non. Per effetto della trasparenza fiscale, infatti, i soci di società personali residenti sono soggetti ai metodi di prelievo propri del loro rispettivo regime fiscale naturale (IRPEF o IRES), il quale peraltro varia a seconda che questi siano residenti o non. Per effetto del regime di opacità fiscale che caratterizza le partnership fiscalmente non residenti (al pari di tutti gli altri enti esteri) invece, restano fiscalmente rilevanti solo le posizioni reddituali dei soci residenti di partnership estere (in quanto assimilabili ai soci residenti di una società estera di capitali)<sup>412</sup>.

Dato il ruolo discriminante che il requisito di residenza gioca per l'applicazione del regime di trasparenza fiscale alle società personali, per il prosieguo dell'analisi (e in particolare per l'esame del domestic partnership approach) diventa rilevante esaminare funzione, portata e declinazione normativa di tale requisito.

Il sistema delle imposte dirette dedica disposizioni diverse alla disciplina della residenza fiscale di persone fisiche soggette ad IRPEF (art. 2 c.2 TUIR), di entità fiscalmente opache soggette ad IRES (art.73 c.3 TUIR) e di entità fiscalmente trasparenti (art. 5 c. 3 lett.d TUIR).

Secondo la regola generale dell'art. 73 TUIR, i soggetti passivi IRES si considerano residenti in Italia se, per la maggior parte del periodo d'imposta, la sede legale, amministrativa o l'oggetto principale sono localizzati nel territorio dello

---

<sup>412</sup> Restano invece irrilevanti per l'imposizione domestica gli utili percepiti dai soci esteri di partnership estere; ai fini del diritto interno infatti tali soci sono assimilati ai soci esteri di società di capitali estere che, per carenza di requisiti di residenza e territorialità, restano al di fuori della sovranità fiscale italiana.

Stato<sup>413</sup>. Speciali regole valgono per la residenza fiscale di fondi d'investimento, trust e holding<sup>414</sup>.

L'art. 5 c. 3 lett.d) TUIR contiene una analoga definizione di residenza fiscale per le società trasparenti<sup>415</sup>.

L'esame funzionale delle disposizioni che disciplinano la nozione di residenza per soggetti IRES ed enti in trasparenza fiscale conduce ad alcune osservazioni.

---

<sup>413</sup> Si tratta di tre alternativi criteri di collegamento individuati dalla norma per definire la residenza di società ed enti.

I criteri richiamano il lessico codicistico, così la dottrina sembra concordare nel riferirsi al codice per la loro più puntuale definizione.

La definizione della sede legale si ottiene per sovrapposizione degli art. 16 e 46 cc. tali norme fanno riferimento anche alla sede effettiva che la dottrina individua nel luogo di amministrazione e direzione.

La sede dell'amministrazione coincide con l'analogo criterio codicistico introdotto per effetto della riforma del diritto internazionale privato. Essa si identifica nel luogo dal quale promanano nella sostanza gli impulsi volitivi dell'attività amministrativa della società. Sulla base di tale definizione assiomatica prende corpo ad esempio l'ipotesi di disconoscere la residenza estera di una società: quando gli amministratori di una trust company estere cui viene affidata la gestione della società sono sollevati dalla responsabilità delle loro decisioni o delegano altri soggetti italiani, oppure quando nonostante la residenza estera degli amministratori è provato che le riunioni avvengano in Italia, oppure quando gli amministratori risiedono in località differenti ma l'amministratore con potere di movimentare in autonomia i conti bancari della società risiede in Italia.

L'oggetto principale è indicato nell'atto costitutivo o in alternativa va individuato sulla base di un criterio di effettività. Nonostante l'indicazione della norma, la giurisprudenza ha ritenuto in taluni casi di dare prevalenza al criterio sostanziale (luogo di effettivo esercizio) rispetto a quello formale (luogo dove ha sede formale l'attività che costituisce oggetto principale). Cfr. Piazza M., Guida alla fiscalità internazionale, Milano, 2004, p. 92 ss.; Marino, P. la residenza nel diritto tributario, Padova, 1999, p. 94 ss.; Piacentini V., Bernacchi C., Principi generali di tassazione. La residenza, i redditi esteri dei soggetti residenti ed i redditi italiani dei soggetti non residenti, in Dragonetti A., Piacentini V., Sfondrini A. (a cura di), Manuale di Fiscalità Internazionale, IPSOA, 2014, p.373, in part. p. 390 ss.

<sup>414</sup> Per la residenza fiscale di OICR e trust l'art. 73 c.3 TUIR prevede specifiche clausole.

Gli OICR si considerano residenti in Italia se costituiti in Italia (per essi vale quindi il principio della sede dell'incorporazione).

I trust ed enti simili costituiti in Paesi a fiscalità privilegiata si considerano residenti in Italia - per presunzione relativa - se: almeno un disponente e un beneficiario siano fiscalmente residenti in Italia oppure se, dopo la loro costituzione, un soggetto residente in Italia trasferisca loro beni immobili o diritti immobiliari.

Per le holding estere con partecipazioni rilevanti in società italiane invece, l'art. 73 c.5-bis prevede una regola antiabuso specifica (cd. esteroinvestizione societaria).

<sup>415</sup> L'art. 73 c.3 TUIR prevede il requisito di residenza per i soggetti passivi IRES mentre l'art. 5 c.3 lett.d) TUIR prevede l'analogo requisito per le società personali in regime di trasparenza.

In entrambe i casi la regola generale aggancia la residenza fiscale delle società e degli enti ad una condizione di fatto in cui la sede legale, amministrativa o lo svolgimento dell'oggetto principale si protraggano per la gran parte del periodo d'imposta nel territorio dello Stato italiano. In entrambe i casi la rilevanza della sede legale, amministrativa e quella di svolgimento dell'oggetto principale dell'attività rendono irrilevante il luogo di costituzione delle società.

Nonostante la similare formulazione delle due analoghe disposizioni, occorre segnalare talune differenze nella modalità in cui il legislatore fiscale circoscrive il rinvio all'oggetto principale dell'attività. Ove questo non risulti dall'atto costitutivo, per i soggetti IRES il legislatore si preoccupa di definire l'oggetto principale dell'attività, mentre per le società trasparenti si limita a rinviare all'attività effettivamente esercitata cioè ad un criterio di effettività. Sul punto cfr. Grandinetti M., Alberto F., *Il principio cd di tassazione per trasparenza nelle imposte sui redditi*, in Preite F., Busi C.A., *Trattato sulle società di persone*, Torino, 2014, p. 3064-3065 e in part. nota 21.

Nell'ambito delle società personali, il criterio di effettività è suscettibile di essere impiegato più frequentemente per le società semplici, per le quali vige il principio di libertà della forma dell'atto costitutivo. V. Zagà S., *Determinazione, imputazione e tassazione dei redditi delle società semplici*, in Trattato sulle società di persone, UTET, 2014, p. 3093-94 ss.

La prima riguarda la relazione che intercorre fra residenza delle società ai fini civilistici e residenza fiscale. Entrambe le clausole di residenza (art. 73 e art. 5 TUIR) attingono da nozioni civilistiche e del diritto internazionale privato<sup>416</sup>.

La seconda osservazione riguarda la relazione che intercorre fra residenza fiscale e soggettività passiva IRES, da una parte, e residenza fiscale e trasparenza fiscale, dall'altra. Per le figure incluse nella categoria dei soggetti IRES, il requisito di residenza svolge la funzione di individuare l'area di applicazione del *Worldwide Taxation Principle* (WTP) e, per esclusione, quella del *Source Taxation Principle* (STP); in Italia quest'ultimo trova codificazione nei criteri di collegamento territoriale dell'art. 23 TUIR applicabili ai soggetti non residenti. In altre parole, per i soggetti passivi IRES il possesso del requisito di residenza fiscale definisce l'ampiezza del meccanismo di imputazione del reddito all'entità (imputazione/organizzazione): ai soggetti passivi IRES residenti è imputato il reddito ovunque prodotto (reddito mondiale), mentre ai soggetti passivi IRES non residenti è imputato esclusivamente il reddito prodotto in Italia in base ai criteri di territorialità dell'art. 23 TUIR (reddito di fonte italiana). In questo senso, un soggetto passivo IRES è e resta in ogni caso un soggetto tassabile per il quale il requisito di residenza definisce tipo ed ampiezza dei criteri di imputazione della base imponibile.

L'analogia nozione di residenza fiscale codificata per le società personali ha invece tutt'altra funzione: è una condizione di accesso al regime di trasparenza fiscale dell'art. 5 TUIR. Detto requisito infatti funziona come discriminante fra società personali non residenti, classificate come soggetti tassabili per i soli redditi di fonte italiana (art. 23 TUIR), e società personali residenti in regime naturale di trasparenza fiscale (*fiscally transparent entities*) e quindi "soggetti non tassabili". La nozione di residenza appositamente codificata per le società trasparenti<sup>417</sup> - il cui reddito in realtà è tassato in capo ai soci - è strumentale a definire una condizione di "non soggettività passiva d'imposta" e in definitiva di non tassabilità: essa rappresenta un requisito di ammissione al regime di trasparenza valido peraltro solo per società personali (s.n.c.,

---

<sup>416</sup> L. n.218/1995, art.25 c.1: «Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti». Sull'applicazione della legge italiana alle società con sede dell'amministrazione o oggetto principale in Italia, v. Damascelli D., I conflitti di legge in materia di società, Bari, 2004, p. 65 ss.; Salvadori M., Debernardi G., I criteri di collegamento in materia societaria, in Preite F., Busi C.A., Trattato sulle società di persone, Torino, 2014, p. 2909 ss.

Sebbene il TUIR attinga i concetti di sede delle società e dell'amministrazione direttamente da nozioni civilistiche (art. 16, art. 46 e il soppresso art. 2505 cc), il criterio di collegamento adottato dal TUIR è una evidente combinazione della teoria dell'incorporazione con quella della sede reale.

<sup>417</sup> TUIR art. 5 c.3 lett.d).



s.a.s., s.s., associazioni ecc.) costituite in Italia secondo i tipi codicistici indicati (il che come vedremo a breve condurrà ad ulteriori riflessioni).

In conclusione, il medesimo requisito di residenza ha una funzione chiaramente differenziata per le due tipologie di figure soggettive (società personali dell'art. 5 TUIR e soggetti IRES dell'art. 73 TUIR): per le prime è condizione per l'applicazione del regime di trasparenza fiscale, per le seconde è condizione per l'imputazione del reddito mondiale (in base al WTP).

La carenza del requisito di residenza<sup>418</sup> sia per i soggetti IRES che per le società personali italiane in regime di trasparenza fiscale, al contrario, produce il medesimo effetto: entrambe sono riclassificate in soggetti passivi IRES limitatamente ai soli redditi attratti a tassazione in Italia per effetto dei criteri di territorialità dell'art. 23 TUIR.

Il *partnership approach* italiano risulta iscritto all'interno di un quadro sistematico in parte originale, contrassegnato da tre diverse declinazioni del principio di trasparenza (art. 5, 115 e 116 TUIR) applicabili solo ad alcuni tipi di società residenti, e in parte coincidente con il regime di soggettività passiva proprio delle società non residenti (art. 73 TUIR).

Questo tratto ne agevola la sua ideale articolazione in due aree distinte: il DPA e il FPA.

---

<sup>418</sup> Va osservato come la "perdita" del requisito di residenza fiscale in Italia sia ammissibile per effetto del trasferimento di sede statutaria quando manchino anche gli ulteriori criteri previsti dalla L. n.218/1995, art. 25 c.1 (sede dell'amministrazione e oggetto principale dell'impresa). V. *supra*, nota 416.

In base alle regole del diritto internazionale privato, la L. n.218/1995, art. 25 c.3 prevede che: «*I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati*».

Il tema rileva con particolare riguardo alle società personali commerciali. Mentre infatti per le società di capitali l'iscrizione nel registro delle imprese è indispensabile ai fini dell'esistenza giuridica, per le società di persone (con eccezione delle società semplici), essa determina solo uno stato di irregolarità: l'eventuale localizzazione all'estero della loro sede statutaria, ammissibile sotto il profilo giuridico, ne comporta pertanto la configurazione in termini di società irregolari, con conseguente attenuazione dell'autonomia patrimoniale.

In tema di trasferimenti di sede all'estero, la dottrina ha espresso argomentazioni differenti per motivare la cessazione dell'applicazione alla società della legge italiana. Per una sintetica ricostruzione dei diversi orientamenti v. Luzzatto R., Azzolini C., Società (nazionalità e legge regolatrice), in *Digesto discipline privatistiche*, Sez. comm., XIV, Torino, 1997, p. 136 ss., in part. par. 7; Damascelli D., I conflitti di legge in materia di società, Bari, 2004, p. 130 ss. e bibliografia ivi citata. Quest'ultimo A., non rintracciando nel diritto positivo alcuna norma che dispone la cessazione degli effetti della costituzione della società (cioè il suo scioglimento) in caso di trasferimento della sede all'estero, propone che la società sia retta da due leggi diverse, a seconda che sia considerata dal punto di vista dell'ordinamento italiano o da quello dell'ordinamento dello Stato nel cui territorio la sede è trasferita.

### 2.1.1.1 Domestic partnership approach

Il DPA italiano prevede due diversi regimi di trasparenza: quello naturale e quello opzionale.

Il regime di trasparenza fiscale “ordinaria” (o anche obbligatoria) è applicabile alle società personali in possesso dei requisiti di tipicità e residenza definiti dall’art. 5 TUIR.

Il regime di trasparenza fiscale “per opzione” invece è riservato a società di capitali in possesso di specifici requisiti previsti dagli art. 115 e 116 TUIR. Si tratta quindi di entità che per natura sarebbero fiscalmente classificate come *corporate* e che optano per un metodo di imputazione reddituale per trasparenza, previsto dalla legge e che funziona in modo simile a quello delle partnership domestiche residenti. Il fatto che l’Amministrazione abbia disconosciuto la rilevanza esterna di questo regime ai fini dell’applicazione del diritto convenzionale conduce a ritenere che quello obbligatorio sia un regime di imputazione mentre quello opzionale sia un regime di prelievo<sup>419</sup>.

A più riprese (nel 2000, 2007 e nel 2017) il Parlamento italiano ha tentato di introdurre regimi opzionali di tassazione proporzionale per le imprese individuali e delle società personali che reinvestivano gli utili nell’attività. Tutti i tentativi risultarono tuttavia fallimentari<sup>420</sup>. La rilevanza di tali regimi emerge con particolare riferimento alla classificazione fiscale delle società che avrebbero potuto optare per il regime *corporate*: in particolare con l’opzione per il regime IRI, le società personali avrebbero potuto acquisire una parziale soggettività passiva d’imposta per la sola parte del reddito assoggetta a *corporate tax*<sup>421</sup>.

---

<sup>419</sup> Sulla vicenda che ha condotto l’amministrazione finanziaria a disconoscere la trasparenza opzionale come regime di imputazione nell’applicazione dei Trattati, v. infra § 1.1.

<sup>420</sup> Il primo tentativo si ebbe con la legge n.388/2000 (art.9 c.11) seguito poi dal secondo con la Legge n.244/2007 (art. 1 c.40). Entrambi i regimi restarono di fatto inapplicati e furono poi abrogati. Sul primo, v. Mencarelli S., Art. 5 (redditi prodotti in forma associata)... cit., p.59; Della Valle, *La soggettività delle partnerships...*, cit., p. 757. Sul secondo, v. Menti F., *La percezione dell’utile e l’imputazione del reddito ai soci delle società di persone*, in DPT, 2003 n. 4, pt. 2, p.1027; Contrino A., *La Convenzione Italia-Svizzera...*cit., p. 876. Boria P., *Il principio di trasparenza*, cit. p.375, il quale sostiene che la scelta è coerente con l’autonoma soggettività di tutti i tipi societari e con la unicità dell’istituto societario e permette di superare i problemi di compatibilità costituzionale e i disagi connessi all’applicazione della trasparenza.

Più di recente la legge di bilancio 2017 (L. n. 232/2016, art. 1, c. 547-548) ha introdotto il regime IRI nell’art. 55-bis TUIR che dotava società personali e imprese individuali della facoltà di optare per un trattamento fiscale degli utili prodotti ma non distribuiti simile a quello proprio delle società di capitali. In un primo momento la legge di bilancio ne differì l’applicazione poi la legge di bilancio 2019 ne stabilì l’abrogazione sin dall’inizio. Grandinetti M., Franco A., *Il principio cd di tassazione per trasparenza nelle imposte sui redditi*, in *Trattato sulle società di persone*, UTET, p. 3063.

<sup>421</sup> La letteratura segnala come un tale regime fosse potenzialmente in grado di trasformare le società personali da enti fiscalmente trasparenti, in soggetti passivi d’imposta. Sul punto cfr. Bizioli G., Scalia R., *Le società di persone nell’ordinamento tributario*, in *Trattato sulle società di persone*, UTET, p. 3041-3046; Scalia R., *La tassazione transnazionale delle società di persone nel regime IRI*, in DPTI, n. 4/2018.

### 2.1.1.1 Trasparenza fiscale ordinaria

La trasparenza fiscale è il regime ordinario delle partnership domestiche residenti. Esso è codificato nell'art. 5 TUIR e si realizza per il tramite di una diretta, automatica e proporzionale imputazione dei redditi prodotti delle società personali residenti ai soci in essere alla data di chiusura del periodo d'imposta.

Tali società determinano in modo unitario il reddito complessivo su base mondiale, lo dichiarano al fisco e lo imputano per trasparenza *pro quota* ai soci. La società partecipata non è soggetta ad IRES mentre i soci saranno soggetti ad imposizione in base al loro regime fiscale naturale (IRPEF/IRES) sul reddito mondiale prodotto dalla società e loro imputato dalla società trasparente alla data di approvazione del rendiconto e indipendentemente dalla sua effettiva percezione.

Dall'esame del metodo di imputazione fiscale si evidenzia la differenza rispetto al metodo di imputazione civile che vede nella data di approvazione del rendiconto il momento di maturazione del diritto del socio a percepire la sua parte di utile<sup>422</sup>. L'approvazione del rendiconto rappresenta quindi il momento genetico di due distinte obbligazioni: la prima (di matrice civilistica) è l'obbligazione debitoria della società a corrispondere al socio la propria quota di utile, la seconda (di matrice tributaria) consiste nell'obbligazione tributaria del socio nei confronti del fisco. In questo senso può dunque dirsi che la trasparenza fiscale è sorella, e non figlia, della trasparenza civilistica<sup>423</sup>.

---

<sup>422</sup> Nella trasparenza fiscale l'imputazione reddituale è automatica, proporzionale, indipendente dalla percezione e coeva rispetto al reddito prodotto dalla società il quale prende forma e definizione con l'approvazione del bilancio. In questo senso la data di approvazione del rendiconto annuale della società definisce con esattezza il momento impositivo che coincide sia con il momento di produzione del reddito societario sia con il momento dell'imputazione del reddito al socio. V. Mencarelli, *Redditi prodotti...* cit., p. 56.

Nella disciplina civilistica (art. 2262 cc), invece approvazione del rendiconto segna la data in cui sorge per il socio il diritto a percepire la sua parte di utile; tale diritto peraltro si estingue con la *datio in solutum* da parte dell'amministratore della società. V. Fedele A., *Profilo fiscale delle società di persone*, in RN, n.1/1988, p. 553 ss. e in AA. VV., *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi ed altri scritti*, Eti, 1990, p. 21 ss.

Secondo Laroma Jezi P., *Brevi note in tema di trasparenza fiscale e capacità contributiva*, in RDT, n.11/2006, p.901 ss., in relazione alla differenza fra trasparenza fiscale e disciplina civilistica, e più in generale nell'ambito dei rapporti fra capacità contributiva e soggettività passiva, va rilevata la similarità fra disciplina civilistica delle società di persone e società di capitali circa la necessità di un atto distributivo degli utili.

<sup>423</sup> Cfr. Laroma Jezi P., *Brevi note in tema di trasparenza fiscale...* cit., in part. 923-925. In senso contrario, sembra argomentare Russo P., *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, in RDT, n.1/2004, p.313 ss., il quale nella ricerca delle relazioni fra trasparenza opzionale delle società di capitali e trasparenza obbligatoria delle società personali fa discendere quest'ultima come naturale conseguenza della loro natura civilistica.

Il regime fiscale delle società personali residenti si qualifica quindi come un *pass-through approach* e definisce un complesso di regole basate sul «principio di trasparenza»<sup>424</sup>.

La sostanza giuridica fondamentale del «principio» è rinvenibile nel nesso obbligatorio ed inderogabile che il sistema fiscale pone fra trasparenza civilistica (art. 2262 cc.) e trasparenza fiscale delle partnership domestiche residenti. La logica del principio sembra quindi esprimersi nell'automatismo giuridico grazie al quale la trasparenza dispiega i suoi effetti. Rispetto all'imputazione, la irrilevanza fiscale dell'ente deriva in ultima analisi dalla natura giuridica accordatagli dalla disciplina civilistica. Il concetto di «trasparenza» sta a rappresentare l'effetto giuridico che si ottiene attraverso la dissoluzione dello schermo societario e la sua riduzione a mera modalità di produzione del reddito da parte dei soci<sup>425</sup>; nel contempo questa riflette il *principio di immedesimazione*<sup>426</sup> dei soci nella società personale rispetto alla sola vicenda dell'imputazione reddituale.

L'adozione del principio di trasparenza per l'imposizione dei redditi delle società personali implica due distinti corollari.

---

<sup>424</sup> Sull'inquadramento sistematico del principio di trasparenza fiscale, v. Fedele, *Profilo fiscale delle società di persone*, in AA.VV., *Commentario al T.U. delle imposte sui redditi ed altri scritti*. in *Scritti in memoria di A.E. Granelli*, Roma, 1990; Filippi F., *Redditi prodotti in forma associata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; Schiavolin R., *Redditi prodotti in forma associata*, in *Giurisprudenza sistematica a cura di F. Tesauro*, Torino, 1994, p.124; Boria P., *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, Milano, 1996; Menti F., *La percezione dell'utile e l'imputazione del reddito ai soci delle società di persone*, in *DPT*, n. 4/2003, pt. 2, p. 1025 ss.

Nella manualistica, v. Miccinesi M., *I tributi diretti erariali*, in Russo P., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1996, p. 540 ss.; Tinelli G., *Diritto tributario*, Padova, 2016, p. 178ss.; Mencarelli S., Tinelli G., *Lineamenti giuridici dell'imposta sul reddito delle persone fisiche*, Torino, 2013, p. 54 ss.

<sup>425</sup> Per la consolidata ricostruzione letteraria di tale approccio si rinvia a Russo P., *Manuale cit ...*, p. 541 ss il quale parla di «*forma di produzione del reddito immediatamente riferito ai soci*»; Falsitta, *Manuale (parte speciale)...* cit., p. 65 lo definisce «*strumento di produzione del reddito di pertinenza dei soci*»; in senso perfettamente analogo Fedele, *Profilo fiscale delle società...* cit, p. 21 ss.; Tesauro F., *L'accertamento unitario dei redditi delle società di persone*, in *BT*, 1979, pag. 437; Nussi M., *Spunti per una rimediazione della disciplina impositiva reddituale delle società di persone*, in *RDT*, 1994, p. 731 ss; Mencarelli, *Redditi prodotti...* cit., p. 56.

<sup>426</sup> L'enunciazione di tale principio è dovuta alla giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. n. 2514/1992 e Cass. SS. UU. civ. n.125/1993.

Secondo Russo P., *I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione dell'imponibile*, in *RDT*, n.3/2003, par. 3.1: «l'imputazione ai soci del reddito delle società di persone indipendentemente dalla sua distribuzione agli stessi viene tradizionalmente giustificata con la particolare struttura che caratterizza quelle forme associative; struttura imperniata sul ruolo dei soci e sulla predominanza della loro volontà su quella dell'ente cui partecipano. In virtù di tale predominanza i soci hanno anche un potere di apprensione pressoché immediata dei risultati dell'attività d'impresa, onde si giustifica che sul piano tributario lo schermo societario venga sostanzialmente eliminato (cd. *partnership approach*)».

Il primo comporta che l'obbligazione fiscale sostanziale gravi direttamente ed immediatamente sul socio per effetto del suo status di beneficiario immediato e diretto – o possessore sostanziale<sup>427</sup> - dei redditi prodotti da una società a base personale<sup>428</sup>.

Il secondo corollario fa riemergere l'unitarietà del centro di imputazione del reddito societario e l'attitudine delle società personali a rivestire soggettività nelle vicende della determinazione (dichiarazione) e dell'accertamento reddituale<sup>429</sup> ma con esclusione della vicenda dell'imputazione reddituale.

L'imputazione, come detto, è un meccanismo allocativo di fattispecie giuridiche, in questo caso a contenuto patrimoniale (criterio di allocazione). Nell'imposizione diretta, il meccanismo di imputazione reddituale è ordinariamente implicito nella nozione giuridica di «produzione» del reddito la quale implica il collegamento fra un soggetto (produttore) e il risultato patrimoniale (prodotto)<sup>430</sup>. Il regime di trasparenza rientra fra le situazioni che derogano al meccanismo di imputazione ordinario e comporta la riferibilità di determinate fattispecie tributarie ad un soggetto diverso da quello che l'ordinamento individua come produttore dell'indice di capacità contributiva<sup>431</sup>. Il presupposto logico di tale meccanismo è da individuarsi nello stretto rapporto di «immedesimazione organica» fra soci e società personali. Questo rapporto è caratterizzato da un inestricabile sovrapposizione di ruoli e status: i soci-investitori – quelli che separano una parte del proprio patrimonio per conferirlo come capitale (o meglio, segregano una parte del proprio patrimonio personale) nell'attività della società – sono anche i soggetti per mezzo dei quali la società (che è formalmente l'imprenditore) svolge e promuove ordinariamente la sua attività, sono quindi in qualche misura soci-imprenditori e, per la maggior parte dei casi<sup>432</sup>, sono anche quei

---

<sup>427</sup> In questi termini alcuni autori associano la trasparenza fiscale ad un regime che esalta il principio di prevalenza della sostanza sulla forma, v. Laroma Jezzi P., *Brevi note in tema di trasparenza fiscale e capacità contributiva*, in RDT, n.11/2006, p.901 ss.

<sup>428</sup> Sul punto si rinvia a Cass. n.125/73, n.128/1993, n.11550/2002.

<sup>429</sup> Cfr. Miccinesi, *Tributi diretti erariali*, in Russo P., *Manuale cit ...*, p. 540 ss.; Falsitta, *Manuale* (parte speciale) cit., p.64 ss.

<sup>430</sup> Con riferimento ai soggetti residenti, questo meccanismo ordinario segue in parte i soggetti (persona fisica, imprenditore, ente commerciale) e in parte il loro status giuridico, a sua volta definito dall'ordinamento fiscale (persona fisica imprenditore, società non commerciale) in base all'attività concretamente svolta. Con riferimento ai non residenti questo meccanismo ordinario segue esclusivamente gli esiti a contenuto patrimoniale delle attività concretamente svolte in ragione di un certo rapporto con il territorio (criteri di collegamento). In ciascuno dei due casi l'imputazione reddituale è un meccanismo in qualche modo implicito nel concetto di «produzione» reddituale.

<sup>431</sup> Cfr. Boria P., *il principio di trasparenza ... cit.*, p. 347 ss.

<sup>432</sup> Con l'eccezione degli accomandanti delle sas.

soci-amministratori che approvano il bilancio e distribuiscono materialmente gli utili<sup>433</sup>.

La diversa intensità di questo rapporto già di per sé complesso fra s.s. (da una parte) e s.a.s./s.n.c. (dall'altra), giustificherà l'ulteriore differenza nelle regole di qualificazione reddituale dei due gruppi di società.

La s.s. realizza una fattispecie societaria in cui trasparenza fiscale si realizza per effetto di una dissoluzione completa dello schermo societario (fiscalmente la s.s. non è infatti considerata imprenditore, quindi non produce reddito d'impresa). Da questo punto di vista la trasparenza delle s.a.s./s.n.c. è da definirsi in qualche modo parziale: ancorché lo schermo societario risulta dissolto solo con riferimento all'imputazione fiscale dell'utile societario ma non per l'esito della attività svolta: s.a.s./s.n.c. restano imprenditori che producono un utile d'impresa il quale, determinato all'atto del rendiconto, fluisce senza soluzione di continuità ai soci configurandosi in capo a ciascuno di essi come quota reddituale della stessa natura dell'utile societario.

Tale vicenda, rilevata anche in altri ordinamenti, è definita dalla letteratura come "*principio di preservazione del reddito*" e in quanto tale è da considerarsi ormai patrimonio teorico consolidato del modello di tassazione delle società trasparenti<sup>434</sup>.

La tassazione per trasparenza è frutto di un'evoluzione teorico normativa che ha attraversato il secolo scorso<sup>435</sup>. Sin dalla sua codificazione all'interno del TUIR, esso

---

<sup>433</sup> Si tratta quindi di un meccanismo molto più complesso di quello che si dispiega fra soci, amministratori e società nell'ambito delle società di capitali dove la netta separazione patrimoniale della società che è l'imprenditore agevola la definizione molto più netta fra lo status socio, quello di imprenditore e quello di amministratore.

L'introduzione della trasparenza opzionale delle società di capitali ha fornito alla dottrina l'occasione di tornare a riflettere sul presupposto logico della tassazione per trasparenza che è stato nuovamente identificato nel diritto del socio all'attribuzione dell'utile, diritto che, peraltro, è soddisfatto mediante l'azione dispositiva del socio-amministratore. Cfr. Russo P., I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile, in RDT, n.1/2004, p.313 ss., in part. p. 328; Fortunato S., Le modifiche della compagine sociale nelle società tassate per trasparenza: spunti per una interpretazione sistematica, in RT, n. 6/2005, p. 1868 ss., in part. p. 1882; Laroma Jezzi P., Brevi note in tema di trasparenza fiscale... cit., in part. par. 2.2.

<sup>434</sup> In Svizzera per esempio i commentatori rilevano lo stesso risultato, sostenendo che s.a.s./s.n.c. non sono interamente trasparenti nella determinazione del reddito prodotto ai fini fiscali perché il reddito è quantificato a livello della società e poi imputato per trasparenza ai soci. Cfr. Salvi I., Switzerland branch report, in IFA – 49th Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995), International income tax problems of partnerships, in Cahiers de droitfiscal international vol. 80a), The Hague: Kluwer Law International, 1995, p. 536. La formulazione del "*principio di preservazione del reddito*" è rintracciabile negli scritti meno recenti di Baker P., The application of the Convention to partnerships, trusts and other, non-corporate entities, in GITCR, n.1/2002, p.4 ss e Pugh R.C., Role of Tax Treaties in Characterizing Business Organizations as Partnerships or Corporations, in Reflections offertes a Paul Sibille, Bruxelles, Bruyllant, 1981, p.757 ss., secondo i quali il reddito prodotto da una società trasparente commerciale resta di natura commerciale (o di impresa) anche quando imputato ai soci.

<sup>435</sup> Secondo la letteratura, la divaricazione profonda che interessò lo sviluppo della disciplina fiscale degli utili societari percepiti (nel senso tecnico di "distribuiti") dalle società di capitali e degli utili societari percepiti (nel senso tecnico di "imputati") dalle società di persone è dovuta al consolidarsi di una prassi interpretativa risalente ai primi anni

fu oggetto di intenso dibattito letterario sviluppatosi su più piani dialettici che hanno riguardato prevalentemente: i rapporti con le categorie di teoria generale (in specie quelle sulla soggettività passiva d'imposta)<sup>436</sup>, la neutralità fiscale rispetto al veicolo scelto per lo svolgimento dell'attività<sup>437</sup>, la sua conformità con il principio costituzionale di capacità contributiva<sup>438</sup>.

---

'20 del secolo. Sebbene l'imposta complementare (art. 3 R.D. 3062/1923) prevedesse la tassazione degli utili societari "percepiti" dalle persone senza alcuna distinzione dell'ente erogante, la diffusa opinione interpretativa circa il concetto di percezione del reddito condusse ad una interpretazione del termine "percepiti" per le società personali diversa da quella ritenuta applicabile alle società di capitali.

Verso la fine degli anni '50 tale prassi trovò formalizzazione normativa nell'art. 135 del DPR n.645/1958 (t.u.i.d.) che, come principio sistematico, introdusse una presunzione (relativa) di percezione degli utili da società di persone.

La riforma fiscale del 1971 (L. delega n.825/1971 art.2 n.3) eliminò la presunzione, codificò nell'art. 5 del DPR n. 597/1973 (IRPEF) l'imputazione diretta ai soci degli utili delle società personali, rendendo così definitiva la divaricazione della tassazione degli utili societari percepiti dalle società personali rispetto a quelli percepiti dalle società di capitali.

La riforma fiscale del 2004 confermò tale scelta nell'art. 5 TUIR.

Cfr., in particolare, Tinelli G., Parisi F., *Società nel diritto tributario*, p.320-322; Boria P., Il principio di trasparenza...cit., p.25; Pace A., *Ancora sulla trasparenza ...cit.*, p.485; Costa G., *Profili internazional-tributari ...cit.*, p. 299 e più recentemente, Grandinetti M., Franco A., *Il principio ...cit.*, p. 3059-3060.

<sup>436</sup> La geometria di tale dialettica è molto ampia, v.: Lavagna C., *Teoria dei soggetti e diritto tributario*, in RDF, n.1/1961, p. 3 ss; Giovannini A., *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, p.6 ss.; Gaffuri G., *I redditi prodotti in forma associata*, in, Uckmar V. e Marongiu G. (coordinato da), *Il reddito di impresa nel nuovo Testo Unico*, Padova, 1988, p. 194; Boria P., *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, Milano, 1996; Tinelli G., Parisi F., *Società nel diritto tributario*, in Dig. disc. priv., sez. comm., XIV, Torino, 1997, p. 317; Schiavolin R., *Il collegamento soggettivo*, in *La capacità contributiva*, a cura di F. MOSCHETTI, Padova, 1993, p. 69; Schiavolin R., *I soggetti passivi – Profili generali e territorialità dell'imposta*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, diretta da F. Tesauero, I, Torino, 1994, p. 49; Schiavolin R., *I soggetti passivi – Redditi prodotti in forma associata*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, diretta da F. Tesauero, I, Torino, 1994, p. 124; Schiavolin R., *I soggetti passivi, in Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – Imposta sul reddito delle persone giuridiche e Imposta locale sui redditi*, a cura di F. TESAURO, Torino, 1996, p. 35; Sacchetto C., *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto tributario – I tributi in Italia*, diretto da A. Amatucci, IV, Padova, 1994, p. 61; Fedele A., *Profilo fiscale delle società di persone*, in RN, 1988, p. 549 nonché in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle imposte sui redditi ed altri scritti*, Roma – Milano, 1990, p.19; Fantozzi A., *Diritto tributario*, Torino, 2003, p.787 ss. Più recente ricostruzione di questo dibattito è rintracciabile in: Bizzioli G., Scalia R., *Le società di persone nell'ordinamento tributario*, in *Trattato sulle società di persone*, UTET, p. 3026 ss. e Ballancin A., *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, Padova, 2016, in part. p. 126 ss. e bibliografia ivi citata.

<sup>437</sup> Secondo la dottrina, alla base della scelta di un approccio di imputazione reddituale differenziato fra società personali e società capitalistiche vi è una evidente esigenza di cautela fiscale: la finalità di evitare l'imputazione degli utili alla società e con essa il differimento dell'imposizione sui soci, quando la disciplina civilistica prevede un diritto attuale ed incondizionato agli utili societari subito dopo l'approvazione del bilancio. V. Miccinesi M., *I tributi diretti erariali*, in Russo P., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1996, p. 541. Fra le ragioni della scelta di un tale approccio, sarebbe invece da escludere la carenza di personalità giuridica delle società personali e il diverso regime di responsabilità dei soci, cfr. Boria P., *Il principio di trasparenza...cit.*, p. 95; Grandinetti M., Franco A., *Il principio cd di tassazione per trasparenza ...cit.*, p. 3059.

<sup>438</sup> Per una ricostruzione dei problemi di compatibilità sollevati dalla dottrina con i principi costituzionali, v. Bizzioli G., Scalia R., *Nozioni generali sulle società di persone nel diritto tributario*, in Preite F., Busi C.A. (a cura di), *Trattato sulle società di persone*, Torino, 2014, p. 3025 ss., in part. 3025-3029. Tinelli G., Parisi F., *Società nel diritto tributario...cit.*, par. 4 sostiene che la ratio del criterio di trasparenza, rintracciabile nella facilitazione del prelievo fiscale in caso di società personali, va privilegiato come mezzo per controbilanciare e superare gli effetti distorsivi che la trasparenza stessa (imputazione dell'utile non distribuito e di crediti inesigibili) provoca sui principi costituzionali dell'art. 3 e 53.

In Italia le partnership residenti non sono soggette né ad IRPEF né a IRES<sup>439</sup>. Esse sono strumentalmente obbligate dalla legge a presentare una dichiarazione fiscale annuale col fine di determinare il reddito complessivamente prodotto, insieme a perdite, crediti d'imposta e ritenute<sup>440</sup>. Tutte queste componenti, con regole talora differenti fra i vari tipi societari<sup>441</sup>, sono automaticamente imputate ai soci e seguono il regime fiscale naturale (IRPEF/IRES) di ciascuno di questi<sup>442</sup>.

La quota di utili e perdite annuali imputata per trasparenza a ciascun socio è commisurata in ordine di priorità: (in primo luogo) alle clausole concordate nel patto

---

<sup>439</sup> Il tema della "soggettività tributaria" assume da sempre un ruolo centrale nello studio della fiscalità delle società personali. Sul punto, v. Bizioli G., Scalia R., *Le società di persone nell'ordinamento tributario*, in Trattato sulle società di persone, UTET, p. 3026 ss. Queste infatti, pur rappresentando autonomi centri di imputazione di fattispecie patrimoniali, presentano una soggettività passiva tributaria dai tratti disomogenei nei diversi comparti dell'imposizione diretta (IRPEF/IRES, IRAP e la soppressa ILOR).

Per spiegare un tale fenomeno (differenti soggetti giuridici dotati di difforme soggettività tributaria), la dottrina tradizionale converge sulla conclusione di dover riconoscere alle società personali una soggettività giuridica (derivante dall'imputazione giuridica di fattispecie e beni) cui si aggiunge una soggettività passiva d'imposta "ridotta" all'accertamento delle imposte o non al loro versamento. Tale soggettività passiva ridotta andrebbe a differenziarsi da quella "piena" inclusiva di tutte le situazioni giuridiche proprie del diritto tributario riconosciuta alle società di capitali. In questo senso, Potito E., *Soggetto passivo di imposta*, in Enc dir., XLII, Milano, 1990, p.1226; Micheli G. A., Tremonti G., *Obbligazioni (diritto tributario)*, in Enc dir., XXIX, Milano, 1979, p. 409; Micheli G. A., *Società di persone e società di capitali di fronte alla legge tributaria*, in *La struttura dell'impresa e l'imposizione fiscale (Atti del Convegno di S. Remo)*, Padova, 1981, p. 45. Similmente parla di "soggettività tributaria in senso formale" da riconoscere alle società personali e di "soggettività tributaria in senso sostanziale" da riconoscere ai loro soci, Rasi F., *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria. Profili ricostruttivi di un modello impositivo*, Padova, 2012, p.4.

Assunto a fondamento la soggettività giuridica delle società personali, secondo altri autori la distinzione fra soggettività passiva d'imposta piena e ridotta non avrebbe natura sostanziale ma presenterebbe solo una valenza descrittiva dell'insieme di fattispecie giuridico-tributarie di volta in volta imputate al soggetto (dichiarazione/versamento); v. Boria, *Il principio di trasparenza* cit., p. 347 ss.; Leo M., Monacchi F., Schiavo M., *Le imposte sui redditi*, Milano, 1999, commento all'art. 6.

<sup>440</sup> V. art. 8 e 22 TUIR. Sulle differenti modalità di determinazione e imputazione di redditi, perdite, crediti e ritenute fra società personali commerciali e non commerciali cfr. V. Villani M., Pansardi I., *Determinazione, imputazione e tassazione dei redditi delle snc e delle sas*, in Trattato sulle società di persone, UTET, 2014, p. 3075 ss. e Zagà S., *Determinazione, imputazione e tassazione dei redditi delle società semplici*, in Trattato sulle società di persone, UTET, 2014, p. 3085 ss.

<sup>441</sup> Nell'ambito del regime di trasparenza delle società personali, le maggiori differenze sono riscontrabili fra snc e sas (da una parte) e società semplici (dall'altra). Le differenze più macroscopiche riguardano: le regole di qualificazione del reddito societario (presunzione assoluta di reddito d'impresa per snc e sas, regola della fonte per le società semplici con esclusione del reddito d'impresa), ritenute d'imposta applicabili ai redditi di capitale e diversi di natura finanziaria, deducibilità di alcune spese sostenute dalla società semplice, esclusione dall'imputazione per trasparenza dei redditi soggetti ad imposta sostitutiva o ritenuta alla fonte a titolo d'imposta; sul tema cfr. Zagà S., *Determinazione, imputazione e tassazione dei redditi delle società semplici*, in Trattato sulle società di persone, UTET, 2014, p. 3096-3105; Mencarelli S., Art. 5 ...cit., p.61.

<sup>442</sup> Il duplice obbligo dichiarativo, in capo alla società e al socio, appare inevitabile corollario del principio di immedesimazione fra socio e società personale: la dichiarazione societaria appare mirata a determinare i redditi complessivamente prodotti da tutti i soci per il tramite della società medesima, mentre la dichiarazione dei singoli soci appare preordinata a definire la quota reddituale imputabile a ciascun socio in base a parametri di imputazione previsti dall'art. 5 c.2 TUIR. Di riflesso ciò comporta che l'autorità fiscale dovrà effettuare la verifica e l'accertamento di eventuali difformità sia sulla società che sui soci. Cfr. Leo M., *Le imposte sui redditi nel Testo unico*, Milano, 2010, p. 105 ss.



sociale o in accordi formalizzati fra i soci stessi prima dell'inizio di ciascun periodo d'imposta, (in assenza di questi) in modo proporzionale al valore dei conferimenti<sup>443</sup>.

L'ambito soggettivo del regime di trasparenza naturale abbraccia idealmente l'intera area delle società a base personale ma è inderogabile e "a numero chiuso", cioè non è opzionabile da entità diverse da quelle segnatamente stabilite dalla norma<sup>444</sup>. Esso include in primo luogo le società tipizzate dal codice civile (società semplice, s.n.c. e s.a.s.) e, per equiparazione, le società regolate da altre leggi (società di armamento e associazioni senza personalità giuridica) e le società di fatto. Si tratta quindi di un ambito soggettivo in parte improntato al principio di tipicità della forma societaria codicistica e in parte ispirato da motivi di praticità<sup>445</sup>.

Mentre nell'IRES il luogo di costituzione della società o dell'ente rileva solo per un esiguo numero di figure<sup>446</sup>, per le società personali in trasparenza ordinaria il luogo di costituzione diventa (anche se implicitamente) un requisito rilevante. L'art. 5 TUIR infatti prevede l'applicazione del regime di trasparenza solo per le società personali tipizzate dal codice civile<sup>447</sup> (e poche altre figure equiparate) residenti in Italia<sup>448</sup>. Il

---

<sup>443</sup> L'attuale formulazione della norma fiscale sulla commisurazione della quota di utili imputabili a ciascun socio (art. 5 c.2) è l'esito della modifica introdotta dalla L. n.102/91 che allineò i criteri fiscali a quelli civilistici (art. 2262 cc.). Resta tuttavia dubbia l'applicabilità ai fini fiscali del criterio di equità giudiziale nel caso di valutazione della quota del socio d'opera; v. Grandinetti M., Franco A., *Il principio cd di tassazione per trasparenza...* cit., p.3067 ss.

<sup>444</sup> Il che significa che il sistema fiscale non prevede l'applicazione della trasparenza ordinaria a figure societarie diverse da quelle tipizzate ed espressamente indicate dell'art. 5. In altre parole, la norma non prevede "aperture" a società con requisiti analoghi a quelli delle società indicate ma solo un'equiparazione (si potrebbe dire per approssimazione funzionale) di altre figure societarie che in ogni caso sono puntualmente indicate dalla norma.

<sup>445</sup> V. nota n. 437.

<sup>446</sup> Solo per le società di capitali tipizzate dell'art. 73 c.1 lett.a).

<sup>447</sup> *Contra* v. Scalia R., La tassazione transnazionale delle società di persone nel regime IRI, in DPTI, n. 4/2017; Scalia R., Le società di persone nella fiscalità internazionale, in F. Preite, C. Busi (a cura di), Trattato società di persone, Tomo II, Torino, 2015, p. 3279 ss., in part. p. 3287. L'A. infatti sostiene che le società costituite all'estero per le quali si realizza il requisito della residenza - a causa della localizzazione della sede amministrativa in o dell'oggetto principale in Italia (cd partnership esterovestite) - dovrebbero poter accedere al domestic partnership approach italiano. L'accessibilità al regime fiscale, secondo l'A., dovrebbe essere motivata dal fatto che la teoria della sede reale non deve osteggiare il riconoscimento delle società costituite negli Stati membri UE.

L'opinione non convince per due ragioni. La prima è che il riconoscimento delle società estere si muove sul piano societario e non fiscale (come sottolinea anche l'A.). Nulla osta quindi al fatto di riconoscere l'esistenza della società ma disconoscerle la trasparenza fiscale che in base al TUIR è prevista esclusivamente per le società personali costituite in Italia. L'applicazione di un regime fiscale diversificato in questo caso dipende dal criterio di collegamento impiegato dall'Italia per la tassazione degli enti esteri e ciò, come meglio si vedrà nel cap. 4, è un aspetto insindacabile dalla Corte di giustizia UE. La seconda ragione risiede nel fatto che, anche volendo ammettere l'applicabilità del regime di trasparenza interno alle società estere residenti in Italia, occorrerebbe impiegare un test di somiglianza per verificare che il tipo estero corrisponda al tipo societario italiano tassato in trasparenza fiscale. Tale test non è codificato nella legislazione, né esiste orientamento giurisprudenziale in tal senso proprio per consolidata applicazione dell'all corporate approach alle società estere. Peraltro, anche l'A. segnala la prassi dell'Amministrazione finanziaria di riqualificare l'ente esterovestito in società di capitali.

<sup>448</sup> La norma richiede implicitamente che dette società, oltre che fiscalmente residenti, siano necessariamente costituite in Italia in base ai tipi civilistici e siano cioè domestiche. Ciò vale indiscutibilmente per le società tipizzate. Meno intuitivo invece è argomentare tale osservazione per le società equiparate (armamento, associazioni senza

quadro sistematico finora descritto si arricchisce quindi di ulteriori elementi: mentre infatti la soggettività passiva IRES è configurata in modo talmente ampio da accogliere le società ed enti di diritto estero (fiscalmente residenti o non residenti, a seconda dei casi), la trasparenza naturale dell'art. 5 non è configurato per accogliere società personali diverse da quelle costituite in Italia in base ai tipi del codice civile (o di altre leggi speciali). In questo senso si può affermare che il DPA presenta un nesso con le regole sulla residenza delle società molto più forte di quanto non valga per l'art. 73 TUIR. L'esistenza di questo nesso determina conseguenze importanti: tutte le volte che il nesso non si realizza infatti (come nel caso di società personali domestiche non residenti in Italia o di società personali di diritto estero residenti in Italia) provoca come conseguenza che le società personali convergono nel regime di soggettività passiva IRES dell'art. 73 TUIR (nel primo caso come soggetti non residenti art. 73 c.1. lett.d e nel secondo come altre organizzazioni con presupposto impositivo autonomo)<sup>449</sup>.

Il meccanismo di imputazione per trasparenza che, come detto, è un criterio allocativo derogatorio a quello ordinario non incide tuttavia sulle regole di qualificazione reddituale. È ciò che si intende quando si afferma che la qualificazione fiscale dei redditi delle società personali tipizzate dal codice civile<sup>450</sup> segue le finalità dei diversi tipi sociali<sup>451</sup>. I redditi delle società semplici – per le quali (in linea di principio) è precluso l'esercizio di attività commerciale<sup>452</sup> e, di riflesso, la produzione

---

personalità e società di fatto). Per le società di armamento, la loro diversa equiparazione alle s.n.c. o alle s.a.s. a seconda della maggioranza/unanimità della loro costituzione, fa ritenere che la costituzione debba avvenire secondo le modalità e le procedure previste dal codice della navigazione. La società di fatto, categoria non civilistica ma solo fiscale, origina implicitamente da un comportamento delle parti che realizza, in assenza di un accordo espresso, i tratti sostanziali dell'art. 2247 cc. Anche di questa si presume la costituzione secondo i tipi civilistici proprio in considerazione della sua esclusiva fattualità priva di formalità.

<sup>449</sup> Le società personali di diritto estero, infatti, se non residenti saranno classificate come soggetti passivi IRES art. 73 c.1 lett d) tassabili per il reddito di fonte italiana, se invece sono residenti in Italia, sono classificabili come enti della categoria residuale “*altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi*” con presupposto unitario e autonomo.

<sup>450</sup> Relativamente alle società semplici, s.n.c. e s.a.s., la tecnica impiegata dalla norma fiscale è detta «*rinvio per presunzione*» alla norma civile. Sul punto v. Grandinetti M., Franco A., *Il principio cd di tassazione per trasparenza...* cit., p. 3064 e Boria P., *Il principio di trasparenza...* cit., p. 31.

<sup>451</sup> Mencarelli S., Art. 5 (redditi prodotti in forma associata) ... cit., p. 55.

<sup>452</sup> La disciplina tributaria delle società semplici risente sensibilmente della tradizionale bipartizione civilistica delle attività economiche (art. 2249 cc.) fra attività di tipo commerciale e attività di tipo non commerciale (come esempio più tipico, quella agricola).

Il TUIR sembra recepire tale approccio presumendo in modo assoluto per snc e sas la produzione di reddito d'impresa. Ciò ha condotto al consolidarsi della tesi che esclude le società semplici dalla produzione dei redditi di impresa in virtù della natura istituzionalmente non commerciale della loro attività che appare prevalentemente orientata all'agricoltura e alla gestione immobiliare.

L'evoluzione della pratica degli affari unitamente ad alcuni interventi del legislatore tributario hanno condotto alcuni autori a segnalare i contorni sempre più sfumati della bipartizione fra attività commerciali e non commerciali e la frequente attitudine delle attività artistiche, professionali e di gestione statica degli immobili a costituirsi in forma di società semplice. Cfr. Zagà S., *Determinazione, imputazione e tassazione dei redditi delle società semplici*, in Trattato sulle società di persone, UTET, 2014, p. 3086 ss e letteratura ivi citata.

di reddito di impresa – mantengono la qualificazione prevista dalle altre categorie dell'art. 6 TUIR, con approccio simile a quello impiegato per persone fisiche e soggetti non residenti<sup>453</sup>. I redditi prodotti da s.n.c./s.a.s., invece, derivanti per definizione da attività di tipo commerciale, assumono inderogabilmente (cioè per presunzione assoluta) natura di redditi di impresa<sup>454</sup>. I redditi delle altre figure societarie regolate da leggi speciali e ammesse al regime di trasparenza seguono per «equiparazione» le regole qualificatorie adottate per le varie società personali tipizzate cui sono equiparate<sup>455</sup>: gli utili delle società di armamento sono equiparati a quelli a s.n.c. o s.a.s.<sup>456</sup> (sono quindi qualificati redditi di impresa), gli utili delle associazioni professionali seguono le regole qualificatorie degli utili delle società semplici (regola della fonte originaria) e quindi sono redditi di lavoro autonomo<sup>457</sup>. Gli utili delle società

---

Ciò ha condotto ad una vivace dialettica tutta interna al diritto societario fra una posizione del tutto favorevole al riconoscimento di tale tipo societario e una posizione dogmaticamente ostile.

Fra i contributi letterari volti ad ammettere l'esistenza di società semplici di mero godimento di beni, si segnalano: Baralis G., *Una "nuova" società semplice: la società immobiliare di mero godimento e la società semplice di mero godimento in genere*, in Studio n. 4256, Consiglio Nazionale del Notariato; Lupetti M.C., *Se siano ammissibili società semplici di «mero godimento»*, in LS, n. 8/2009, p. 1026; Montuori N., Caruso P.P., *Società semplice e mera detenzione di beni fruttiferi: un abbinamento da rispolverare?*, in BT, n. 8/2008, p. 621; Corsini L., *La società semplice e la gestione di patrimoni di famiglia*, in IF, n.27/2007, p. 3957; Vignoli A., *Le società di mero godimento tra assegnazione agevolata e trasformazione in società semplice*, in RT, n.3/1998, p. 749-763; Cacioli T., *La società semplice, tra mero godimento e attività economica non commerciale - Il commento*, in LS, 7/2017, p. 856.

*Contra*, cfr.: Baralis G., *L'eretica società semplice di mero godimento immobiliare*, in Studi del Cons. naz. del Notariato n. 73/2016; Amatucci A., *Società e comunione*, Napoli, 1971, pag. 51 e ss.; Galgano F., *Le società in genere*, *Le società di persone*, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Messineo F. continuato da Schlesinger P., Milano, 2007, pag. 74 e ss.; Campobasso G.F., *Diritto commerciale*, Milano, 2015, II, p. 34; Ghionni P., *Società di mero godimento tra teoria generale e nuovo diritto societario*, in RS, 2008, p. 1315 ss.; Buonocore V., *Istituzioni di diritto commerciale*, Torino, 2009, p. 74.

<sup>453</sup> Se per le società personali commerciali l'individuazione del reddito di partecipazione risulta agevole in considerazione della necessaria riqualificazione (per presunzione assoluta) di reddito di impresa, per le società semplici la medesima operazione risulta notevolmente più complessa in considerazione della necessità di risalire alla fonte del reddito prodotto la quale è mantenuta anche in fase di imputazione al socio. Su tali questioni si rinvia a Zagà S., *Determinazione, imputazione e tassazione cit.*, p. 3109 ss.; v. anche Boria P., *Il principio di trasparenza cit.* p. 156 ss.

Se inoltre la società semplice dovesse in concreto svolgere attività commerciale, andrebbe riclassificata in società commerciale irregolare fiscalmente assimilata ad una s.n.c.; v. Mencarelli S., *Art. 5 (redditi prodotti in forma associata)...*cit., p. 61.

<sup>454</sup> V. TUIR art. 6 c.3. Cfr. Leo M., *Le imposte sui redditi nel Testo unico*, Milano, 2010, p. 93, 144, 1007 ss.; Boria P., *Il principio di trasparenza cit.* p. 130.

<sup>455</sup> Relativamente alle figure societarie non tipizzate dal codice, secondo la dottrina prevalente, il legislatore impiega un «rinvio per equiparazione», cfr. Leo M., *Le imposte sui redditi...* cit., p. 94 ss. e Grandinetti M., Franco A., *Il principio cd di tassazione per trasparenza...* cit., in *Trattato cit.*, UTET, p. 3067.

<sup>456</sup> L'identificazione alle s.n.c. o alle s.a.s. avviene in dipendenza dell'unanimità o maggioranza con la quale si dà luogo alla costituzione della società di armamento fra i caratisti o comproprietari della nave. Con la delibera a maggioranza i caratisti dissenzienti nella costituzione della società si qualificano come soci a responsabilità limitata mentre i caratisti consenzienti rispondono delle obbligazioni sociali illimitatamente con il proprio patrimonio personale al pari dei soci di una s.a.s. Il regime delle perdite delle società di armamento è invece parzialmente derogatorio per le perdite che, ove eccedenti il capitale sociale, sono ineducibili per i soci accomandanti. Cfr. Leo M., *Le imposte ...cit.*, p. 94-95 ss.

<sup>457</sup> Alle associazioni senza personalità giuridica fra artisti e professionisti è precluso lo svolgimento di attività commerciali e quindi l'imputazione di redditi d'impresa. Esse pertanto producono reddito di lavoro autonomo. Sfrondrini A., *Le partnership e la trasparenza fiscale*, in Dragonetti A., Piacentini V., Sfrondrini A., *Manuale di fiscalità*

di fatto<sup>458</sup> infine sono equiparati agli utili delle s.n.c. o delle società semplici (sono quindi redditi di impresa o redditi della fonte originaria) in ragione della natura commerciale dell'attività concretamente svolta.

In continuità rispetto a quanto stabilito dalla previgente ILOR<sup>459</sup>, la legislazione IRAP definisce le società personali come autonomi soggetti passivi d'imposta in caso ricorra il presupposto dell'autonoma organizzazione<sup>460</sup>. Ai fini di tale imposta pertanto il trattamento tributario delle società personali è equiparato a quello delle società a base capitalistica.

La rettifica del reddito prodotto dalle società personali avviene con accertamento unitario che ridetermina ai fini IRPEF/IRES/IRAP le quote di reddito imputabili a ciascun socio<sup>461</sup>.

---

internazionale, Milano, 2014, p. 1124; Leo M., *Le imposte ...cit.*, p. 99-105. Sull'evoluzione della disciplina fiscale dell'attività professionale in forma associata v. anche Ferranti G., *Le società commerciali tra professionisti dichiarano reddito d'impresa*, in IF, n.26/2018, p. 2521 ss.

<sup>458</sup> Il trattamento fiscale delle società di fatto è indicato dalla letteratura come tema particolarmente problematico. Nessuna norma civilistica definisce o tipizza tale figura: il codice civile infatti prevede la società irregolare come una figura societaria tipica che difetta del requisito dell'iscrizione al pubblico registro. L'esistenza della società di fatto va pertanto verificata di volta in volta in base ad un criterio di effettività, appuntato sulla esistenza di rapporti giuridici interni ed esterni e sull'oggetto dell'attività materialmente svolta. Si tratta quindi di una fattispecie non normativa ma di matrice giurisprudenziale. Sul punto, cfr. Leo M., *Le imposte sui redditi cit.*, p. 95 ss. e l'ampia letteratura ivi citata; Grandinetti M., Alberto F., *Il principio cd di tassazione per trasparenza cit.*, in *Trattato cit.*, UTET, p. 3067-8; Cicognani, *Società di fatto*. II) Diritto tributario, voce in Enc. giur. Treccani, XXIX, Roma, 1993.

Relativamente a tale figura va tuttavia evidenziata la differenza di approcci fra la prospettiva civilistica e quella fiscale: mentre il diritto civile conosce la società di fatto prevalentemente come una manifestazione patologica della figura societaria in caso di irregolarità o conflitti fra soci, il diritto tributario individua nella società di fatto un centro di imputazione reddituale ordinario in tutti i casi in cui, indipendentemente dalla forma, il presupposto impositivo si realizzi in modo stabile ed unitario. V. Boria P., *Il principio di trasparenza... cit.*, p. 40-41.

In modo del tutto coerente, secondo tale autore, il regime fiscale della società di fatto sarebbe individuabile mediante un «rinvio per identificazione» alla norma civile (e non mediante un «rinvio per equiparazione» come avviene per le figure societarie atipiche) perché la società di fatto non rappresenterebbe una fattispecie atipica, bensì una variante negoziale rispetto ai tipi previsti dal codice civile. V. Boria P., *op. cit.* cit., p. 37.

<sup>459</sup> L'art. 2 del DPR n.599/1973 (istitutivo dell'imposta Locale sui Redditi - ILOR) prevedeva la soggettività passiva d'imposta delle società personali. L'ILOR, insieme ad altre imposte minori, è stata soppressa dall'art. 36 della L. n.449/1997, istitutiva dell'Imposta Regionale sulle Attività Produttive (IRAP).

<sup>460</sup> L. n.449/1997 art. 3 c.1 lett.b). V. Falsitta G., *Manuale...cit.*, p. 64 e 67-68; Miccinesi M., *I tributi diretti erariali*, cit., p. 541.

<sup>461</sup> Dpr 600/73 art. 40 c. 2. Sul punto, cfr. Liburdi D., *Accertamento e sanzioni nella tassazione per trasparenza*, in CT, n.7/2005, p.511; in particolare Carinci A., *L'accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, in RT, 2006 n. 1, pp. 171 – 208 il quale, a fronte della contiguità sostanziale tra i due modelli di trasparenza (naturale e opzionale), segnala numerosi problemi procedurali derivanti dal rinvio alle medesime norme sull'accertamento previste per le società personali; Boletto, *Due diverse ipotesi di responsabilità patrimoniale dei soci di società di persone per debiti d'imposta*, in RDT, n.2/2003, p.936; Coppa D., *L'accertamento dei redditi prodotti in forma associata tra principio di trasparenza e garanzia del diritto di difesa*, in RT, 2/2008, p.413; Coppa D., *Accertamento dei redditi prodotti in forma associata e litisconsorzio necessario*, in RT, n.4/2008, p.978.

In caso di recesso, esclusione o morte del socio di s.n.c./s.a.s. la «differenza da recesso»<sup>462</sup> rappresenta un costo deducibile nel regime d'impresa<sup>463</sup>. Nelle società semplici, che qualificano il reddito in base al regime proprio delle persone fisiche (tassazione isolata dei redditi per i soci residenti e non), l'applicazione di tale regola pone non poche difficoltà poiché tali società operano al di fuori del regime di impresa<sup>464</sup>.

#### 2.1.1.1.2 Fiscalità dei soci di partnership in trasparenza ordinaria

Il regime di trasparenza ordinaria si completa con quello della fiscalità dei suoi soci residenti e non residenti. Questa peraltro comprende: gli utili imputati per trasparenza, le plusvalenze da cessione e le somme (positive e negative) derivanti dalle varie ipotesi di *way out* del socio (recesso, morte, esclusione) o riduzione del capitale sociale.

Nel regime fiscale italiano, gli utili imputati da società personali in regime di trasparenza fiscale o opzionale confluiscono nel reddito complessivo dei soci.

Diversi sono i regimi impositivi previsti in caso di soci residenti e non residenti<sup>465</sup>.

I soci persone fisiche residenti (e le società personali dell'art. 5 in caso di partecipazioni a cascata) includeranno la quota di utili imputati per trasparenza nel reddito complessivo in base all'art. 8 TUIR, mentre i soci società ed enti residenti dell'art. 73 TUIR lo faranno in base all'art. 81 TUIR.

---

<sup>462</sup> Sul trattamento fiscale della cd differenza da recesso, v. infra §2.1.1.1.2.

<sup>463</sup> I chiarimenti forniti dalla ris. n.64/2008 sulla deducibilità della differenza da recesso dal reddito d'impresa non si estendono all'IRAP. Ad avviso di alcuni commentatori, la natura straordinaria della differenza da recesso sembra andare in senso contrario alla deducibilità ai fini IRAP e obbliga la società a monitorare con attenzione le diverse componenti reddituali di cui è costituita: v. Gavelli G., Valcarengi G., *Deducibile la differenza da recesso dalle società di persone*, in CT, n. 44 / 2011, p. 3726; Rebecca G., Sartori F., *Risoluzione n. 64/E del 25 febbraio 2008. Aspetti fiscali del recesso da società di persone*, in IF n. 21/2008, pag. 3792

<sup>464</sup> Sulle difficoltà nell'applicazione del regime fiscale della differenza di realizzo delle società commerciali alle società semplici, cfr. Zagà S., *La disciplina impositiva dei redditi delle società semplici*, in DPT n.4/2014, p. 766 ss.

<sup>465</sup> Garbarino C., *Manuale...* cit., p. 1410 ss.

Per i soci non residenti<sup>466</sup>, il criterio di collegamento dell'art. art. 23 c.1 lett. g) TUIR configura il diritto impositivo italiano<sup>467</sup> sugli utili imputati per trasparenza naturale (art. 5 TUIR) ed opzionale (art. 115 e 116 TUIR) prevedendo che questi si qualificano di fonte italiana e dunque siano tassati in Italia<sup>468</sup>. Se il socio è persona fisica non residente l'utile imputato per trasparenza concorre alla formazione del reddito imponibile IRPEF nel periodo d'imposta in cui è prodotto. Le eventuali perdite seguono il regime dell'art. 8 c.2 e 3 TUIR.

Se il socio è un ente non residente in base all'art. 73 c.1 lett. d) privo di stabile organizzazione in Italia l'utile imputato per trasparenza concorre alla formazione del reddito imponibile IRES nel periodo d'imposta in cui è prodotto ed eventuali perdite seguono il regime proprio delle persone fisiche non residenti<sup>469</sup>. Se il socio è un ente non residente in base all'art. 73 c.1 lett. d) con stabile organizzazione in Italia le eventuali perdite seguono il regime proprio delle persone fisiche residenti<sup>470</sup>.

Considerata la presunzione dell'art. 6 c.3 TUIR, la quota di utile imputabile ai soci (residenti e non) di s.n.c./s.a.s. e società equiparate (società di armamento e società di fatto commerciali) è qualificata reddito d'impresa. La quota di utili imputati per trasparenza ai soci (residenti e non) di società semplici ed enti equiparati (società di fatto non commerciali e associazioni fra professionisti) conserverà invece la natura originaria del reddito prodotto "attraverso" la società (e non dalla società). La residenza del socio è dunque irrilevante ai fini della qualificazione degli utili imputati per trasparenza: a rendiconto approvato, l'utile della società è imputato al socio (residente o non residente)<sup>471</sup> mantenendo la sua intrinseca qualificazione; indipendentemente

---

<sup>466</sup> In applicazione del principio di territorialità, i soggetti fiscalmente non residenti (persone fisiche art. 2 TUIR, società ed enti di qualunque natura art. 73 c.3 TUIR e le società personali domestiche art. 5 c.3 lett.d) TUIR) sono classificati come soggetti passivi d'imposta unicamente con riguardo ai redditi prodotti in Italia in base ai criteri di collegamento dell'art. 23 TUIR.

<sup>467</sup> Si tratta del cd principio di tassazione isolata dei redditi (art. 23) valido sia per le persone fisiche che per le società e gli enti dell'art.73 c.1 lett.d), per i quali valgono le ulteriori disposizioni degli art. 151-152 TUIR in caso di enti commerciali e degli art. 153-154 TUIR in caso di enti non commerciali; cfr. Perrone L., *Problemi vecchi e nuovi in materia di imposizione sul reddito delle società e degli enti non residenti*, in RT, n.5/2001, p.1228

<sup>468</sup> In questo caso il metodo di prelievo non è la ritenuta ma la dichiarazione della quota di reddito imputata per trasparenza nel quadro RH della dichiarazione dei redditi.

<sup>469</sup> Il regime della tassazione isolata dei redditi dell'art. 151 TUIR vale dunque anche per gli utili negativi, cioè le perdite.

<sup>470</sup> In questo modo l'art.152 TUIR uniforma il trattamento delle persone fisiche residenti con quello delle stabili organizzazioni di soggetti esteri per i quali vale l'attrazione di tutti redditi da queste prodotti alla qualifica di reddito d'impresa.

<sup>471</sup> Tale distinzione rileva solo ai fini della estensione della base imponibile complessiva, per i residenti è il reddito mondiale per i non residenti è il cumulo dei redditi di fonte italiana.

dalla materiale percezione, la quota di utile è poi tassata in base al regime fiscale naturale IRPEF/IRES di ciascun socio<sup>472</sup>.

L'utile della società personale residente è determinato su base mondiale, includendo sia i redditi di fonte italiana che di fonte estera. Ne consegue che ciascun socio, indipendentemente se residente o non, è tassato su una quota di utile societario che può includere anche redditi di fonte estera<sup>473</sup>, qualificando un centro di produzione del reddito mondiale.

Considerato il regime di trasparenza naturale o opzionale domestico, i soci delle società dell'art. 5, 115 e 116 potranno godere pro quota della detrazione delle imposte pagate all'estero dalla società (art. 165 c.9 TUIR).

Resta poi da chiarire il rapporto fra il criterio di collegamento previsto dall'art. 23 c.1 lett. g) TUIR e l'ipotesi di configurare la partecipazione di un socio estero nella società personale come stabile organizzazione in Italia del socio stesso. L'eventuale presenza di una stabile organizzazione in Italia del socio estero non interferisce con il criterio di collegamento previsto dall'art. 23 c.1 lett. g) TUIR. Secondo la dottrina infatti, questo<sup>474</sup> prescinde dalla presenza di una stabile organizzazione in Italia del socio estero e riposa sul presupposto che la società personale sia il centro di produzione reddituale e che in definitiva essa stessa realizzi i presupposti per configurarsi una stabile organizzazione del socio. Per le società personali con soci esteri, quindi, la sussistenza di una stabile organizzazione del socio estero sarebbe da escludersi solo in caso di società semplici e o di soci esteri di capitali (accomandanti)<sup>475</sup>.

La variazione della compagine sociale rileva sotto più punti di vista potendo comportare: la variazione soggettiva dei soci<sup>476</sup>, la variazione delle quote di

---

<sup>472</sup> In modo progressivo se imputata a persone fisiche o in modo proporzionale (con aliquota corporate) se imputata a soci-società di capitali ed enti assimilati. Rolle G., *Partecipazione di non residenti...* cit. par. 2.1.

<sup>473</sup> La rilevanza del soggetto societario ai fini dichiarativi identifica un centro di produzione del reddito mondiale (qualificabile come reddito d'impresa o meno a seconda dei casi) imputato per trasparenza ai soci residenti o non residenti. Si può quindi verificare che il socio estero di una s.n.c. italiana la quale produce un reddito estero debba tassare la sua quota di utile societario in Italia che include anche il reddito di fonte estera. Di regola, i crediti d'imposta maturati dalla società personale sui redditi esteri seguono la logica della trasparenza, cioè fluiscono ai soci. L'imposta dovuta dal socio estero va quindi nettata della quota di credito per imposte estere maturato dalla società. L'utile tassato in Italia entrerà poi nella base imponibile mondiale del socio e sarà nuovamente tassato nello Stato di residenza in base al suo regime naturale con eventuale riconoscimento del rimedio previsto a livello domestico contro la doppia imposizione (per es. credito per l'imposta assolta in Italia).

A questo riguardo, si può dunque affermare che il possesso di una quota di partecipazione in una società di persone residente da parte di un soggetto non residente, realizzi (nei fatti) gli stessi effetti fiscali di una stabile organizzazione del socio estero in Italia. La previsione dell'art. 23 c.1 lett.g) TUIR è l'unica nel sistema fiscale italiano a realizzare l'ipotesi di produzione di reddito d'impresa da parte di un soggetto non residente senza che si configuri una stabile organizzazione.

<sup>474</sup> Manganelli A., Territorialità dell'imposta, voce in Dig. disc. priv. sez. comm., XV, Torino, 1998.

<sup>475</sup> Cfr. Scalia R., *Le società di persone nella fiscalità internazionale*, cit., p. 3289; Scalia R., *La tassazione transnazionale delle società di persone ... cit.*, p. 1191e letteratura ivi citata.

<sup>476</sup> Per es., per successione ereditaria, cessione della partecipazione o fusione del socio con un altro soggetto.

partecipazione dei soci esistenti o una qualunque combinazione fra queste due ipotesi. L'efficacia sul piano fiscale di tali variazioni è tuttavia differenziata. Le variazioni di quote di partecipazione agli utili hanno efficacia dal periodo d'imposta successivo alla modifica<sup>477</sup>. La semplice variazione soggettiva dei soci, come il subentro di un nuovo socio (per cessione di quota o con aumento di capitale) ha invece efficacia immediata e comporta l'imputazione dell'intero utile d'esercizio ai soci risultanti alla fine dell'esercizio stesso<sup>478</sup>. Una qualunque combinazioni di queste due ipotesi comporta inevitabilmente delle complicazioni rispetto alle quali la letteratura non supporta orientamenti univoci<sup>479</sup>.

Altre ipotesi che conducono alla modifica della compagine sociale per le società personali sono: la cessione di quote e lo scioglimento del rapporto sociale con riferimento a uno o più soci (morte, esclusione e recesso del socio). Benché entrambe diano origine a differenze fiscalmente rilevanti (positive o negative per il socio cedente) si tratta in realtà di fattispecie non assimilabili: mentre infatti la cessione di quote è del tutto ininfluenza per la società partecipata (e rilevante per il cedente nella misura in cui si realizzino plus/minusvalenze), lo scioglimento del rapporto sociale determina una riduzione del patrimonio della società. Tali fattispecie comportano effetti diversi quindi anche sul piano fiscale.

I capital gain da cessione di quote partnership italiane rappresentano componenti reddituali fiscalmente rilevanti sia per i soggetti residenti che per i soggetti non residenti. Le regole di qualificazione del provento variano a seconda del regime fiscale naturale del cedente mentre le regole di quantificazione della base imponibile sono parzialmente dipendenti dalla dimensione percentuale della partecipazione ceduta.

---

<sup>477</sup> La redistribuzione della art. 6 c.2 TUIR pone un limite di efficacia temporale della variazione della quota di partecipazione tra i soci col fine di impedire arbitraggi fiscali.

<sup>478</sup> In ipotesi di variazione soggettiva della compagine sociale, il reddito dell'intero esercizio è imputato esclusivamente al socio entrante. Cfr. Villani M., Pansardi I., *Determinazione, imputazione e tassazione dei redditi delle snc e delle sas*, in Trattato sulle società di persone, UTET, 2014, p. 3076-3077 ss e giurisprudenza ivi citata.

<sup>479</sup> Spesso queste fattispecie possono verificarsi anche congiuntamente, come ad esempio nel caso di successione ereditaria con ingresso di due nuovi soci in sostituzione del socio deceduto o di cessione della partecipazione a due differenti soggetti o di fusione di una società-socia con altri soci. Queste fattispecie presentano complicazioni evidenti. V. Granelli, *Sull'imputazione dei redditi prodotti in forma associata a seguito di modificazioni del rapporto sociale intervenute in corso d'esercizio*, in BT, 1978, p.1552.

Considerata la *ratio* della norma TUIR che differisce l'efficacia della variazione solo in funzione anti-arbitraggio, in caso di fattispecie miste la dottrina propone un approccio che tiene conto dei due diversi criteri fiscali per i diversi effetti prodotti da tali fattispecie; v. Fortunato N., *Le modifiche della compagine sociale nelle società tassate per trasparenza: spunti per una interpretazione sistematica*, in RT, n. 6/2005, p.1881.



Per i soggetti residenti i capital gain da società estere sono attratti a tassazione in base al worldwide taxation principle<sup>480</sup>.

Al contrario, per i soggetti non residenti il criterio di collegamento dell'art. 23 c.1 lett. f) TUIR qualifica come redditi prodotti in Italia i capital gain derivanti da cessione di quote di partecipazione in società personali residenti<sup>481</sup> con la sola esclusione di quelli dell'art. 23 c.1 lett. f) 1) TUIR derivanti dalla cessione di quote in società residenti quotate ovunque detenute. Analogamente vale per le società e gli enti non residenti, visto il richiamo degli articoli 151 e 152 TUIR.

Similmente a quanto avviene per i soggetti residenti, i capital gain realizzati da soggetti non residenti seguono una disciplina diversa a seconda che siano qualificati come redditi diversi o i redditi di impresa<sup>482</sup>.

I capital gain realizzati da soci non residenti che operano in Italia come imprenditori e da società estere con stabile organizzazione in Italia sono attratti dalla qualificazione del reddito d'impresa<sup>483</sup>.

I capital gain realizzati da persone fisiche e da società estere senza stabile organizzazione in Italia sono qualificati come reddito diverso in base all'art. 67 e 68

---

<sup>480</sup> A seguito della riforma del 2004, la disciplina fiscale dei capital gain accoglie la complementarietà fra parziale esenzione delle plusvalenze e parziale esclusione dei dividendi intersocietari. La riforma intervenuta nel 2019 inoltre ha eliminato la differenza fra partecipazioni qualificate e non qualificate nell'ambito del regime di impresa. Il regime fiscale applicabile alle plusvalenze domestiche realizzate da soggetti residenti ad oggi prevede tre ipotesi. Se il cedente è una società art.73 TUIR il capital gain accede al regime del reddito d'impresa societaria, distinguendosi in capital gain dell'art. 87 ammesso alla pex e capital gain dell'art. 86 TUIR non ammesso alla pex. Se il cedente è un imprenditore, sas o snc, il capital gain entra nel regime di impresa ed è imponibile al 40%. Se il cedente è una persona fisica o una società semplice è tassato con imposta sostitutiva al 26%. Per un inquadramento generale della disciplina della cessione di partecipazioni in società residenti effettuata da soggetti residenti v. Marinello A., *Redditi di capitale e redditi diversi di natura finanziaria*, Torino 2018; Sfrondini A., Nosedà G., *Dividendi e plusvalenze su partecipazioni*, in Sfrondini.... Cit., p. 619; Corasaniti G., *Diritto tributario delle attività finanziarie*, Egea 2012; Viotto A., *Il regime tributario delle plusvalenze da partecipazioni*, Torino, 2013. Sui profili di maggiore attualità che caratterizzano i capital gain domestici v. Turri G., *Fiscalità finanziaria: tassazione dei dividendi e delle plusvalenze*, in DPT, 3 / 2019, p. 989; Piazza M., Resnati C., *Dividendi e plusvalenze: cambiano le percentuali di imposizione ma rimangono le vecchie incongruenze*, in IF n.36/2017, p.3421.

<sup>481</sup> In questo caso il TUIR declina il principio di territorialità nella forma del criterio della residenza della società partecipata. La cessione di partecipazioni in società residenti in Italia qualifica un reddito di fonte italiana imputabile al soggetto cedente non residente indipendentemente dal fatto che il cessionario sia un soggetto residente o non residente.

<sup>482</sup> Sfrondini A., Nosedà G., *Dividendi e plusvalenze su partecipazioni*, in Dragonetti A., Piacentini V., Sfrondini A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2010, p. 619.

<sup>483</sup> In questo caso la quota deve essere detenuta come fondo di dotazione della stabile organizzazione, giacché dal 2015 dal TUIR è stato cancellato il principio dell'attrazione limitata della stabile organizzazione.

Nell'ambito del reddito d'impresa la quantificazione della parte imponibile avverrà tenendo conto della natura dell'imprenditore: se l'imprenditore è una persona fisica il capital gain sarà qualificato come redditi di impresa dell'art. 58 e sarà imponibile al 40%. Se l'imprenditore è una società dell'art. 73 accederà a seconda dei requisiti posseduti ai capital gain che godono della pex art. 87 o a quelli che non godono dei benefici pex dell'art. 86.

TUIR<sup>484</sup> e accedono ad un trattamento fiscale differenziato a seconda delle caratteristiche della partecipazione ceduta<sup>485</sup>.

Nelle ipotesi di scioglimento del rapporto sociale<sup>486</sup> e riduzione del capitale, le somme e il valore normale dei beni ricevuti (liquidazione della quota art. 2289 cc.) da soci, ex-soci o eredi (residenti o non) sono qualificate «reddito da partecipazione» per la parte che eccede il costo fiscalmente riconosciuto<sup>487</sup> alle partecipazioni annullate<sup>488</sup>.

La qualificazione della quota di *way out* del socio come «reddito da partecipazione» è ignota al TUIR perché non codificata fra i redditi che costituiscono presupposto impositivo (art.6): essa è in sostanza assimilabile a quella di reddito d'impresa che, in questo specifico caso, è determinato con le regole dei redditi di

---

<sup>484</sup> Anche i capital gain quindi seguono il principio della tassazione isolata dei redditi nel caso in cui non rientrino nel reddito di impresa o nel caso in cui non siano prodotti da stabili organizzazioni. Per le persone fisiche si applica l'art. 23 TUIR, mentre per gli enti senza stabile organizzazione si applica l'art. 151 o 153 a seconda che ricorra il requisito della commercialità.

<sup>485</sup> Se si tratta di una partecipazione qualificata, sarà soggetto ad imposizione sostitutiva al 26%. Se si tratta di una partecipazione non qualificata quotata non è tassata in base all'articolo 23 c.1 lett.f). Se si tratta di una partecipazione non qualificata non quotata ceduta da un soggetto residente in un paese a fiscalità privilegiata è sempre imponibile al 100%. Se si tratta di una partecipazione non qualificata e non quotata e esente ai sensi del D.lgs. n.461/97 art.5 c.5.

<sup>486</sup> Le ipotesi sono: morte del socio (art. 2284 cc.), esclusione (art. 2286 cc.), riscatto, recesso (art. 2285cc.). Al contrario della cessione tali fattispecie non sono ininfluenti per la società perché determinano un mutamento della compagine sociale e un riassetto delle percentuali di partecipazione.

Relativamente alla fattispecie di recesso, parte della letteratura tende a distinguere due diverse ipotesi: il "recesso tipico" che si realizza per le cause previste dal 2285 cc per le società di persone e dal 2237 cc per le società di capitali, e il "recesso atipico" disciplinato solo per le società di capitali dall'art. 2437-ter che prevede una cessione della quota del socio uscente ai soci superstiti in proporzione alle loro quote (e al netto di quella dell'uscente). L'assenza di una analoga disciplina civilistica per le società personali non esclude tale ipotesi che va tuttavia coordinata con i requisiti per la continuazione della società quando viene a mancare uno dei soci.

Un inquadramento civilistico di tali fattispecie è offerto da Gavioli F., *Quote societarie, la valutazione delle quote nelle società personali in ipotesi di recesso ed esclusione*, in PFP, n.47-48/2015, p. 34; Digregorio Natoli S., *Recesso di socio da società personali: effetti civili e fiscali*, in IF, n.45 / 2013, p. 6973; Dezzani F., Dezzani L., *Recesso del socio nelle società di persone: scritture contabili*, in IF, n.20/2008, p.3613

In tema di scioglimento del rapporto sociale, sulle differenze fra disciplina civilistica e fiscale della quota liquidata al socio uscente, cfr. Granelli, *Sull'imputazione dei redditi prodotti in forma associata a seguito di modificazioni del rapporto sociale intervenute in corso d'esercizio*, in BT, 1978, pag. 1552; Belli Contarini, *Modificazione della compagine societaria nelle società di persone a seguito di scioglimento parziale del rapporto sociale: aspetti fiscali*, in RDT, n.1/1995, p. 839; Fortunato N., *Le modifiche della compagine sociale nelle società tassate per trasparenza: spunti per una interpretazione sistematica*, in RT, n. 6/2005, p.1875.

<sup>487</sup> Determinato in base all'art. 68 c.6 TUIR.

<sup>488</sup> Il socio escluso, recedente o i suoi eredi hanno diritto alla liquidazione di una somma di danaro (positiva o negativa) che rappresenti il valore della quota di partecipazione. Il rimborso comporta per la società l'annullamento contabile della partecipazione del socio receduto. In caso di recesso si rende obbligatorio un bilancio apposito finalizzato a determinare la frazione di capitale economico della società da attribuire al socio in proporzione al valore della corrispondente quota del patrimonio netto contabile.

Il cd «reddito da partecipazione» è costituito dalla differenza fra due valori: il valore economico attribuito alla quota sociale (inclusivo di avviamento, plusvalori latenti, utili in corso di formazione nell'anno di cessazione e delle eventuali riserve in sospensione d'imposta distribuite) e gli apporti del socio (quota del capitale sociale, riserve di utili già tassati per trasparenza in capo al socio, inclusi gli eventuali versamenti aggiuntivi del socio) commisurati al valore del patrimonio netto; cfr. Digregorio Natoli S., *Recesso di socio da società personali: effetti civili e fiscali*, in IF, n.45 / 2013, p. 6973; Rebecca G., Sartori F., *Aspetti fiscali del recesso da società di persone*, in IF n. 21/2008, p.3789.

capitale e tassato in modo ordinario (quindi per competenza)<sup>489</sup> o separatamente se ne ricorrono i requisiti<sup>490</sup>. La diversità delle componenti del plusvalore non rileva per le s.a.s./s.n.c. giacché per queste, ai fini della tassazione interna, il recesso del socio estero da s.a.s./s.n.c. configura un reddito assimilato agli utili imputati per trasparenza. analoga certezza non è sostenibile per la qualificazione della differenza da recesso da s.s., per la quale in generale resta ferma la natura originaria della fonte del reddito prodotto.

In ogni caso la tassazione della differenza da recesso in capo al socio segue il regime fiscale naturale del socio stesso<sup>491</sup>.

---

<sup>489</sup> L'inquadramento fiscale della fattispecie si ottiene combinando le disposizioni dell'art. 20-bis e 47 c.7 TUIR.

Agli effetti civili, la determinazione dell'ammontare da liquidare al socio recedente varia da società a società, sul piano fiscale invece si applica indistintamente a tutti i tipi di società poiché l'art. 47, riferito alle sole persone fisiche non imprenditori, si applica sia alle società di persone e di capitali per effetto dei rinvii degli artt. 59 e 89 TUIR.; cfr. Orlandi M., *Il recesso del socio nelle società di capitali con assegnazione di beni in natura*, in IF, n.20/2011, p.3117.

In ordine alla vicenda che, nell'ambito della riforma fiscale, ha ricondotto la previsione dell'art. 6 del DPR n.42/1988 nell'art. 20-bis del TUIR. Restava tuttavia da chiarire la natura del reddito da recesso del socio che, in assenza dei requisiti dell'art. 17 TUIR, presentava ampie difficoltà interpretative sulla sua qualificazione di reddito di capitale o d'impresa. V. sul punto: cfr. Leo M., *Le imposte ...cit.*, p.p504-505; Laroma Jezzi P., *Brevi note in tema di trasparenza fiscale ...cit.*, p.929 ss.; Laroma Jezzi P., *Recesso nelle società di persone... cit.*, p. 307. Con due documenti di prassi l'amministrazione ha definitivamente superato tali dubbi. La circ. n.6/2006 ha chiarito che la differenza da recesso reddito non configura un'autonoma categoria reddituale ma mutua la categoria reddituale del presupposto da cui origina. In seguito, la ris. n.64/2008 nel confermare la qualificazione di reddito d'impresa ha chiarito che il rinvio all'art. 47 è finalizzato alla quantificazione del reddito imponibile e ha previsto la deducibilità del relativo costo per la società. v. Gavelli G., Valcarenghi G., *Deducibile la differenza da recesso dalle società di persone*, in CT, n. 44/2011, p.3726; Viviani R., *Recesso del socio di S.n.c.*, in *Contabilità e Bilancio*, n. 6/2008, p.19; Attardi C., *Risoluzione n. 64/E del 25 febbraio 2008: deducibilità dal reddito d'impresa della "differenza da recesso"*, in IF n. 10/2008, p.1866; Miele L., *Natura delle somme rimborsate in caso di recesso del socio*, in CT, n.15/2006, p. 15. La ris. n.142/2008 ha fornito chiarimenti analoghi per l'indennità corrisposta da studi associati, v. De Giorgi D., *Indennità di recesso corrisposta a un professionista da uno studio associato*, in IF, n.31/2012, p.4961.

Per una revisione critica delle posizioni espresse nella prassi, v. Varesino M., *Il recesso da società di persone tra correttivi alla doppia imposizione e spunti per una revisione della disciplina*, in DT, n.3/2008, p.75; Stevanato D., *Il recesso da società di persone tra correttivi alla doppia imposizione e spunti per una revisione della disciplina*, in DT, n.3/2008, p. 75; Rebecca G., Sartori F., *Risoluzione n. 64/E del 25 febbraio 2008. Aspetti fiscali del recesso da società di persone*, in IF n.21/2008, p.3792.

Resta in ogni caso rilevante la posizione di Boria P., *il principio di trasparenza... cit.* p. 273 ss. secondo il quale il reddito di partecipazione non si configura come categoria autonoma a livello della società se con ciò si vuole intendere che vanno impiegate le regole del reddito d'impresa; al contrario esso si configura come categoria autonoma se si vuole intendere il metodo particolare di imputazione dei redditi ai soci.

Permangono tuttavia alcune incertezze interpretative circa la distribuzione delle riserve di utili a seguito di trasformazione disomogenea e di corretta quantificazione delle plusvalenze latenti del complesso aziendale, v. Rizzardi R., *I redditi finanziari: aspetti critici e possibili soluzioni*, in CT 2 / 2019, p. 185.

<sup>490</sup> L'art. 17 TUIR prevede in particolare la tassazione separata della differenza da recesso solo per persone fisiche ma non per le società. Nel caso in cui il recesso avviene per cessione e subentro di un nuovo socio, la plusvalenza è tassata come reddito diverso di natura finanziaria (art. 67-68 TUIR).

<sup>491</sup> il criterio dell'art. 23 c.1 lett.g) fissa il collegamento col territorio italiano della «differenza da recesso» pagata al socio estero uscente stante la medesima qualificazione reddituale di quella pagata ad un socio residente: essa è un reddito d'impresa imputato per trasparenza ai sensi dell'art. 5.

Tale disciplina vale esclusivamente per il recesso (di soci residenti e non) da società personali domestiche residenti e in quanto tale caratterizza il domestic partnership approach italiano<sup>492</sup>.

### 2.1.1.1.3 Trasparenza fiscale opzionale delle società di capitali

In coordinamento con la riforma del diritto societario, la riforma fiscale del 2004 ha introdotto la facoltà delle società di capitali in possesso dei requisiti previsti dagli art. 115 e 116 TUIR di optare per l'accesso al regime di tassazione per trasparenza<sup>493</sup>.

---

<sup>492</sup> Da un punto di vista fiscale, l'anomalia riscontrabile fra società di persone e di capitali rispetto al recesso del socio risiede nella qualificazione della quota di *way out* in base al 2289 cc. o al 2437 cc.: ove emerge un valore di rimborso della quota superiore ai valori contabili del rapporto sociale, questa «differenza da recesso» segnala l'emersione di plusvalori latenti che sono imputabili a componenti diversificate e che nella sostanza possono avere origine e natura molto diversificata (riserve in sospensione, riserve di capitale cui il socio ha partecipato o meno, avviamento, plusvalori immobiliari, portafoglio clienti ecc.).

La diversità delle componenti del plusvalore emerso rileva in modo diverso nelle società di capitali e nelle società personali. È evidente come nel regime fiscale delle società di capitali, caratterizzato dalla simmetria esenzione/tassazione tale plusvalore emerso abbia natura distributiva. In ogni caso, per lo schema di simmetria esenzione/tassazione che caratterizza le società di capitali la differenza da recesso, di principio, è indeducibile dal reddito della società.

Nelle società personali la differenza da recesso non tassata separatamente (in base all'art. 17 TUIR) è sempre qualificata come reddito di partecipazione (20-bis), inteso come categoria non codificata ma assimilata al reddito d'impresa (circ. n.6/2006), e quantificata con le regole dei redditi di capitale in base all'art. 47 c.7 TUIR (ris. n.64/2008). La differenza da recesso è stata poi qualificata costo deducibile per la società (ris. n.64/2008, vedi nota 489).

Quindi per le società di persone e loro soci, governati dal partnership approach, tutti i redditi imputati dalle società trasparenti (inclusa la differenza da recesso) sono qualificati redditi di impresa (art. 5, 20-bis, 17, 47c.7 TUIR).

<sup>493</sup> L'introduzione del regime di trasparenza opzionale risponde alle logiche del nuovo assetto che, nella riforma fiscale del 2004, caratterizza la tassazione dei redditi in forma societaria.

I due regimi opzionali sono stati introdotti dal D.Lgs n.344/2003 su delega legislativa contenuta nella L. n. 80/2003 art. 4 c.1 lett. h). Sono poi seguite le disposizioni applicative del DM 23/4/2004, i chiarimenti della Circ. n.49/2004 e il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 4 agosto 2004 relativo alle modalità di opzione.

Sui rapporti fra trasparenza art. 115 e 116 alla luce dei documenti di prassi v. Rossi C., *Problematiche specifiche della trasparenza per le società a ristretta base proprietaria*, in CT, 2005 n. 3, pp. 190 – 194; Lovecchio L., *Il decreto ministeriale sulla trasparenza fiscale nelle società di capitali*, in BT, n.10/2004, p.725.

Per i profili sistematici dei regimi di trasparenza opzionale, si rinvia ai seguenti contributi: Lovecchio L., *Il criterio di trasparenza nella delega fiscale*, in BT, n.19/2002, p.1369; Salvini L., *La tassazione per trasparenza*, in RT, n. 5/2003, p.1504; Fantozzi A., Spoto A., *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, in RDT, n. 1/2003, p.685; Benazzi A., *Il principio di trasparenza si estende alle società di capitali*, in CT, n.2/2003, p.111; Rinaldi D., Prandi C., Stevanato D., *Il regime delle srl trasparenti, tra regole «IRES» e mancata attuazione della delega*, in DDT, 2004, p.729; Voza A., *La tassazione per trasparenza delle società di capitali*, in Garbarino C. (a cura di), *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, Milano, 2004, p.215; Carotti F., Bucci M., *Il regime di trasparenza fiscale per le società di capitali*, in Cintolesi E. (a cura di), *La tassazione delle società nella riforma fiscale*, Giuffrè 2004, p.57-71; Menti F., *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria*, in DPT, n.3/2004, p.421; Russo P., *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, in RDT, n.1/2004, p.313; Fedele A., *La nuova disciplina Ires: i rapporti fra soci e società*, in RDT, n.1/2004, p.485; Di Pietro A., *La nuova disciplina Ires: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, in RDT, n.5/2004, p.596; Menti F., *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società di capitali*, in BT, n.4/2004, p.245; Dus S., *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, in IF, n.31/2004, p.4835; Pace A., *Ancora sulla trasparenza fiscale nell'IRES: quale continuità con l'istituto disciplinato nell'articolo 5 del Testo Unico*, in BT, n.7/2004, p.485; Procopio M.A., *Imposta sul reddito delle società: luci ed ombre*, in RT, 2004, p.1966; Ficari V., *L'imposizione "per trasparenza" delle "piccole" società di capitali*, in ANTI-Associazione Nazionale Tributaristi Italiani (a cura di), *L'IRES due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte* – libro bianco, Milano, 2005; Righini A., *Imputazione per trasparenza di redditi di società di capitali, commistione IRES-IRE e alterazioni delle progressività*, in DDT, 2005, p.1223; Ficari V., *Profili applicativi e questioni sistematiche dell'imposizione "per trasparenza" delle società di capitali*, in RT, n.1/2005, p.38; Costa G., *Profili*

Il regime opzionale dell'art. 115 TUIR (detto *consortium relief*) è attivabile per società di capitali residenti<sup>494</sup>, partecipate direttamente da altre società di capitali residenti o da società ed enti di qualsiasi natura non residenti<sup>495</sup>, a condizione che siano esenti da ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti. L'opzione è pertanto attivabile solo da società madri europee<sup>496</sup>, società estere (trasparenti o non) che possiedono le

---

*internazional-tributari e di compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'istituti della trasparenza fiscale delle società di capitali*, in DPTI, n.1/2005, p.294; Fantozzi A., *Il regime della trasparenza per le società di capitali*, in Paparella F. (a cura di), *La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete*, Milano, 2006, p.24; Laroma Jezzi P., *Brevi note in tema di trasparenza fiscale e capacità contributiva*, in RDT, n.11/2006; 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 DPT, 1/2006, p.47; De Marco S., *Il principio di trasparenza per le società di capitali: dubbi su soggettività giuridica e responsabilità*, in DPT, n.6/2008, p.1129; Rasi F., *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria*, Padova, 2012; De Marco S., *Considerazioni teorico-ricostruttive sul regime di tassazione per trasparenza nelle società a ristretta base sociale*, in RTDT, n.8/2013, p.819.

Per una descrizione dettagliata sul funzionamento complessivo del regime di trasparenza, v. i seguenti compendi: Ficari V., Art. 115 (Opzione per la trasparenza fiscale) – Art. 116 (Opzione per la trasparenza fiscale delle società a ristretta base proprietaria), in Tinelli (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle Imposte sui redditi*, Padova, 2009; Leo M., *Le imposte...* cit., p.2182-2226; Dodero A., Ferranti G., Miele L., *L'imposta sul reddito delle società*, ETI 2006, p.689; Garbarino C., *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2005, p.1157. Nell'ambito della manualista si rinvia a Falsitta G., *Manuale...* cit., p.457 ss.

<sup>494</sup> Le società di capitali con diritto di opzione sono quelle dell'art. 73 c.1 lett.a) residenti nel territorio dello Stato. Un eventuale trasferimento della società partecipata all'estero o una sua trasformazione in un soggetto diverso da quelli indicati genera inapplicabilità dell'opzione. Sono escluse dall'opzione le società partecipate che abbiano già optato per il consolidato nazionale o mondiale, mentre non è preclusa un'ulteriore opzione di trasparenza a cascata o di consolidato da parte dei soci-società.

<sup>495</sup> Cfr. TUIR art. 115 c.2, DM art.1 c.2, Circ. 49/2004 par.2.5. Fra i soci quindi sono ammessi le società residenti dell'art. 73 c.1 lett.a) e le società ed enti di qualunque natura giuridica non residenti, considerati in ogni caso soggetti passivi dall'art. 73 c.1 lett.d) TUIR. La condizione richiesta per la partecipazione dei non residenti è che non incomba (sul distributore) obbligo di ritenuta alla fonte sugli utili ad essi distribuiti o che i soggetti esteri percettori abbiano diritto al rimborso totale della ritenuta operata.

La ratio di questo requisito è stata indicata nell'evitare che i dividendi distribuiti alle società non residenti sfuggano alla ritenuta cui ordinariamente sarebbero soggetti in assenza del regime della trasparenza. cfr. Fantozzi A., Spoto A., *Prime osservazioni ...* cit., p. 698; Bracco P., *Dubbi ermeneutici sui profili transnazionali...*cit., p.171.

Alcuni autori sostengono l'infondatezza di tale cautela in considerazione della necessità di atti distributivi formali da parte della società trasparente che resta in ogni caso una società di capitali; cfr. Sepio G., Lupi R., *Tassazione per trasparenza ...*cit., p.285 e Sepio G., *Soci non residenti, ritenuta sui dividendi e divieto di tassazione per trasparenza: una cautela inutile?*, in AA.VV., *La tassazione delle società nella riforma fiscale*, Lupi R. (coordinato da), Milano, 2004, p.228

Leo M., *Le imposte...* cit., p. 2196 indica la necessaria ricorrenza di tali requisiti anche nel caso di trasferimento di sede all'estero di una società-socio residente in Italia.

La dottrina segnala profili di incompatibilità con l'ordinamento UE in due circostanze: la prima si pone in relazione alla percentuale delle quote per l'accesso al regime, la seconda si pone con riferimento al *loop* paradossale che si viene a generare per effetto della condizione richiesta dalla Direttiva M/F che la società partecipata sia soggetto passivo d'imposta senza facoltà di opzione e senza esenzione. Cfr. Salvini L., *La tassazione...* cit., p. 1510 e 1514; Miele L., *Regime di trasparenza fiscale e soci esteri*, in CT, 2004, p.259; Garbarino C., *Trasparenza fiscale*, voce in *Digesto disc. priv., Sez. comm.*, 2008., par. 4.1; Di Pietro A., *La nuova disciplina Ires...*, cit., p.595; Costa G., *Profili internazional-tributari...*cit., p. 304; Sepio G., Lupi R., *Tassazione per trasparenza delle società di capitali e soci non residenti*, in DDT, 2004, 285; Costa G., *Brevi note sugli aspetti internazionali e comunitari della trasparenza fiscale delle società di capitali*, in AA.VV., *Temi attuali di diritto tributario*, Marino G. (a cura di), Milano, 2005, p.134. In caso di trasferimento di sede, il requisito di residenza dei soci va stabilito a seconda del regime applicato dallo Stato di provenienza, secondo il principio di continuità o estinzione/ricostituzione (Ris n.9/2006). Cfr. Leo M., *Le imposte...* cit., p.2200.

<sup>496</sup> Si tratta del regime madre-figlia finalizzato ad eliminare la doppia imposizione economica sui dividendi intra-UE consentendo l'imposizione esclusivamente nello Stato di residenza del percettore. Il regime naturale prevede che, alle condizioni indicate dalla direttiva, sorga in diritto della società estera percettrice degli utili di ottenere il rimborso integrale

partecipazioni mediante una stabile organizzazione in Italia<sup>497</sup>, società (trasparenti o non) residenti in Stati con Trattati a ritenuta nulla sui dividendi in uscita dall'Italia<sup>498</sup>.

Fra i soci delle società in trasparenza opzionale art. 115 TUIR rientrano a pieno titolo anche le società trasparenti e le partnership estere<sup>499</sup>.

Ciascun socio-società può possedere diritti di voto e una partecipazione agli utili compresa fra il 10% e il 50% della società in trasparenza opzionale<sup>500</sup>.

Il regime di trasparenza opzionale dell'art. 116 TUIR è attivabile da srl con volume d'affari non superiore alla soglia per gli studi di settore, i cui soci siano esclusivamente persone fisiche residenti o non residenti (imprenditori o meno)<sup>501</sup>, in numero non superiore a dieci (venti se cooperative). Non è previsto alcun vincolo di soglia per ciascun socio, il che implica l'ipotesi anche di srl unipersonali.

L'adesione ai due regimi opzionali comporta il passaggio automatico ad un *pass-through approach* cioè ad un metodo di imputazione reddituale per trasparenza, con tutte le conseguenze relative: la società partecipata da *taxable entity* va riclassificata in *fiscally transparent entity*; il socio passa da uno status fiscale di *shareholder* a quello di *partner*; il reddito è prodotto e dichiarato dalla società ma è detassato in capo a questa e poi imputato soci che lo tasseranno a seconda del loro regime fiscale naturale

---

della ritenuta operata dalla società residente distributrice; in alternativa, al verificarsi dei requisiti dell'art. 27-bis DPR 600/73 (disposizione applicativa dell'art. 4 della direttiva M/F) e sulla base di idonea certificazione, la società residente distributrice può esentare da ritenuta gli utili distribuiti alla Madre europea. V. Maisto G., *The 2003 amendments to the EC Parent-Subsidiary Directive: what's next?*, in ECTR, p.174.

In tema di requisiti connessi alla partecipazione di soci esteri V. Costa G., *Profili internazionale-tributari...cit.*, p. 304. V. inoltre Bracco P., *Dubbi ermeneutici sui profili transnazionali ...cit.*, p.175 il quale, in esito all'analisi del regime impositivo degli utili distribuiti dalle società trasparenti, conclude che la partecipazione di soci-società estere prive dei requisiti è sempre consentita, purché tali requisiti ricorrano nel momento in cui la società trasparente distribuisce i dividendi maturati in regime di trasparenza.

<sup>497</sup> Ai sensi dell'art. 27 c.3, del Dpr n.600/73, nessuna ritenuta deve essere operata sugli utili distribuiti dalla società trasparente in relazione alla partecipazione detenuta da stabili organizzazioni in Italia di soggetti residenti in un altro Stato, anche extra UE. V. Circ. 49/2004 par. 2.5 e DM 23/4/2003 art. 1 c.2.

<sup>498</sup> Dal momento che l'Italia non ha sottoscritto Trattati fiscali con dividendi completamente esenti da ritenuta, resta applicabile l'art. 27-bis c.3 DPR 600/73 che prevede una ritenuta piena, parzialmente rimborsabile in base alla certificazione di determinati requisiti. V. Circ. 49/2004 par. 2.5 e DM 23/4/2003 art. 1 c.2.

Tale condizione si può tuttavia realizzare per effetto di particolari clausole previste in alcuni Trattati. È il caso della Convenzione con il Kuwait (quando il beneficiario effettivo possiede meno del 75% della società che paga i dividendi - Cfr. art. 10, par. 2, della Convenzione Italia-Kuwait del 1987. V. Piazza M., *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2004, pag. 554; Rolle G., Belloni M., *Profili fiscali derivanti dalla partecipazione di non residenti ...cit.*, par. 2.2.

<sup>499</sup> Rolle G., Belloni M., *Profili fiscali derivanti dalla partecipazione di non residenti ...cit.*, par. 2.2.

<sup>500</sup> In ragione delle analogie fra trasparenza naturale e opzionale, parte della dottrina è incline ad elevare la trasparenza fiscale a «modello»; v. Garbarino C., *Trasparenza fiscale*, in *digesto commerciale*, 2008, par. 1. In particolare, l'introduzione del regime opzionale dell'art. 115, prendendo spunto dalla *check-the-box regulation* statunitense (istituto palesemente ultraterritoriale finalizzato a rendere trasparenti soggetti esteri per consentirne l'attrazione in USA attraverso l'imputazione dei relativi redditi ai soci statunitensi), sarebbe prova della circolazione di un modello con ibridazione.

<sup>501</sup> Il socio persona fisica deve possedere il requisito di residenza dell'art. 2 TUIR e, se non residente, è tenuto a possedere le partecipazioni mediante una stabile organizzazione in Italia, che realizzi la condizione di assenza dell'obbligo di ritenuta sugli utili distribuiti prevista dal DPR n.600/73 art. 27-bis c.3 (art. 14 del D.M. 23 aprile 2004); v. Salvini L., *La tassazione per trasparenza*, in RT, 2003, p. 1504 ss.

(IRPEF/IRES); anche il momento impositivo varia trattandosi non più di soci che ricevono per cassa dividendi in dipendenza di un atto distributivo ma di partners cui, all'approvazione del rendiconto, si imputano per competenza gli utili prodotti da una *partnership*<sup>502</sup>.

In linea generale, questi due regimi opzionali operano con modalità simili fra loro e producono, nei rapporti fra società e soci, effetti analoghi a quelli che si producono all'interno del regime di trasparenza naturale: la società partecipata determina in modo unitario il reddito complessivo (la perdita e altre componenti fiscalmente rilevanti) e lo imputa per trasparenza pro quota ai soci<sup>503</sup> in base alla situazione risultante alla data di chiusura del periodo d'imposta. I redditi imputati ai soci sono qualificati redditi di impresa. La società partecipata non è soggetta ad IRES mentre i soci sono soggetti ad imposizione in base al loro regime fiscale naturale (IRPEF/IRES)<sup>504</sup> per il reddito imputato dalla società trasparente, indipendentemente dalla effettiva percezione.

Va notato tuttavia che i due regimi opzionali, seppure introdotti dalla medesima riforma e dotati di caratteristiche tecniche simili<sup>505</sup>, poggiano su diversi fondamenti strutturali, organizzativi e costituzionali e rispondono a logiche sistemiche fra loro completamente differenti<sup>506</sup>.

---

<sup>502</sup> Riguardo alla individuazione del momento impositivo nella data di approvazione del rendiconto (in questo caso del bilancio) valgono tutte le osservazioni svolte a proposito delle società personali nella nota n.422. La dottrina rileva che, la disciplina della trasparenza opzionale è stata l'occasione per codificare un principio generale che per le società personali dell'art. 5 TUIR è stato individuato grazie allo sforzo interpretativo di dottrina e giurisprudenza; cfr. Fortunato S., *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, in GC, n.1/2003, p. 736 ss.

<sup>503</sup> Società di capitali in possesso di determinati requisiti nel caso dell'art. 115 o persone fisiche nel caso dell'art. 116.

<sup>504</sup> Il regime opzionale art. 116 ammette la trasparenza a cascata.

<sup>505</sup> Per l'analisi tecnica dei singoli profili della trasparenza opzionale si rinvia a: Rebecca G., Zanetti E., *Riforma tributaria Prime considerazioni sulla tassazione per trasparenza in capo ai soci degli utili delle società di capitali*, in IF, n.14/2003; Liburdi D., *Le peculiarità della tassazione per trasparenza nel nuovo Testo Unico*, in CT, n.31/2003, p.2529; Dus S., *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, in IF, n. 31/2004, p.4835; Dodero A., *La tassazione per trasparenza delle società di capitali*, in CT, 2004 n. 48, p.3822; Miele L., *Tassazione dei redditi nel regime di trasparenza*, in CT, 9/2004, p. 655; Lovecchio L., *Il decreto ministeriale sulla trasparenza fiscale nelle società di capitali*, in BT, n.10/2004, p.725; Dodero A., *Nuovi chiarimenti sulla trasparenza fiscale*, in CT, 2005, p. 829; Dodero A., *Modifiche al regime della trasparenza*, in CT, 2006, p.2579.

<sup>506</sup> I commentatori sono giunti a concludere che l'inquadramento dei due istituti (115 e 116) all'interno del sistema fiscale generale passi necessariamente attraverso una lettura critica dei principi della delega fiscale del 2003: questa li introduce contemporaneamente ma con finalità molto diverse.

Nel valutare tuttavia le diverse finalità e i presupposti dei due regimi opzionali rispetto allo spirito della riforma fiscale del 2004, la letteratura è concorde; cfr. Salvini L., *La tassazione... cit.*, p. 1510; Leo M., *Le imposte ... cit.*, p.2191; Fantozzi A., Spoto A., *Prime osservazioni ... cit.*, p. 685; Ficari V., *Profili applicativi e questioni ... cit.*, p. 38; Voza A., *La tassazione per trasparenza... cit.*, p.215; Fantozzi A., *Il regime della trasparenza... cit.*, p. 24; Russo P., *I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione dell'imponibile*, in RDT, n.3/2003, p. 313, Leo M., *Le imposte... cit.*, p. 2191; Fantozzi A., Spoto A., *Prime osservazioni...cit.*, par.1.

L'introduzione della trasparenza naturale sembra rappresentare una risposta del legislatore fiscale (in termini di disconoscimento o evaporazione della soggettività passiva) in quei casi in cui il ruolo dei soci, a causa del loro numero

La trasparenza delle società personali è un regime ordinario non derogabile<sup>507</sup> che, impiega il «principio di immedesimazione» di matrice civilistica fra società e soci per superare la soggettività passiva dell'ente e focalizzarsi sullo status fiscale individuale del socio<sup>508</sup>. La trasparenza opzionale invece supera lo schermo societario prescindendo dal principio di immedesimazione e mira a favorire il consolidamento proporzionale degli imponibili (finalità prevalente dell'art.115) e l'eliminazione della doppia imposizione sui dividendi (finalità prevalente dell'art.116) con una logica completamente inversa: quella della fiscalità dei gruppi societari<sup>509</sup>.

Il regime opzionale dell'art. 115 TUIR (*consortium relief*) si presenta infatti come un *consolidato minor*<sup>510</sup> consentendo alle società di capitali prive dei requisiti per l'accesso al consolidamento di superare l'intrasmissibilità delle perdite della società partecipata e (in secondo luogo) di eliminare la doppia imposizione<sup>511</sup>.

---

molto ristretto, si mostri in grado di condizionare incisivamente la gestione della società al pari di quanto avviene nelle società personali; cfr. Ficari V., *L'imposizione "per trasparenza" delle "piccole" società di capitali*, in ANTI-Associazione Nazionale Tributaristi Italiani (a cura di), *L'IRES due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte* – libro bianco, Milano, 2005.

Nella logica della riforma, la trasparenza dell'art. 116 ha la funzione di assimilare le società di capitali alle società di persone in ragione di una situazione di fatto, cioè la ristretta base partecipativa di sole persone fisiche. Cfr. Costa G., *Profili internazional-tributari e di compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'istituti della trasparenza fiscale delle società di capitali*, in DPTI, n.1/2005, p.300.

La trasparenza dell'art. 115 si presenta invece come "figlia" dell'esenzione delle plusvalenze su partecipazioni e "sorella" del consolidato. Costa, p. 299. Trasparenza e consolidato realizzano il medesimo risultato pur essendo inversi l'uno dell'altro: la trasparenza consente un assorbimento degli imponibili con movimento "centrifugo" mentre il consolidato opera con movimento "centripeto". Pace, *op. cit.*, p.485. In ragione di tale omogeneità funzionale, anche l'assetto societario di gruppo che ne deriva risulta omogeneo: nell'un caso è infatti rinvenibile un gruppo "stellare" mentre nell'altro caso un gruppo accentrato. Cfr. Russo, *i soggetti passivi dell'IRES...* cit., p. 330; Fedele A., *La nuova disciplina Ires...*cit., p.485

A fronte di questa ricostruzione va inoltre evidenziato quel ramo di riflessioni dottrinarie che, partendo dal nuovo rilievo che consolidato e trasparenza danno alla fiscalità dei gruppi, puntano ad inquadrare e a delimitare l'area logica e concettuale della capacità contributiva delle società controllanti, controllate e partecipate in trasparenza all'interno dei gruppi di imprese. V. Fantozzi A., *I rapporti di gruppo*, in RDT, n.4/ 2004; Fransoni G., *Osservazioni in tema di responsabilità e rivalsa nella disciplina del consolidato nazionale*, in RDT, n.4/ 2004, p. 516; Fedele A., *La nuova disciplina Ires...*cit., p.485; una efficace e sintetica ricostruzione di questo dibattito è rinvenibile in Costa G., *Profili internazional-tributari e di compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'istituti della trasparenza fiscale...* cit., p. 303.

<sup>507</sup> In tal senso sia la circ. n. 49/2204 p. 2.2.; v. anche Russo P., *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, in Russo P. (a cura di), *La riforma dell'imposta sulle società*, Torino, 2005, p.72.

<sup>508</sup> Sul punto v. Laroma Jezzi P., *Brevi note in tema di trasparenza ...cit.*, p.901.

<sup>509</sup> Per questa ragione, la letteratura sostiene che la trasparenza opzionale ex art. 115 appare uno strumento in netta controtendenza con lo spirito della riforma del 2004. Il principio di trasparenza, infatti, che è normalmente impiegato per focalizzare la fiscalità individuale (quella del socio persona fisica), in questo caso è impiegato all'interno di una logica centrata sulla fiscalità societaria di gruppo, con funzione quindi antitetica a quella del regime naturale. V. Dodero A., Ferranti G., Miele L., *L'imposta sul reddito delle società* cit., p.690 ss.; Salvini L., *op. cit.*, 1506. Così anche Costa G., *Profili internazional-tributari ...*, p. 297.

<sup>510</sup> L'espressione è di Salvini L., *La tassazione per trasparenza*, cit., p. 1504 ss.

<sup>511</sup> Secondo la letteratura la funzione della trasparenza da art. 115 TUIR risiede prevalentemente nell'assorbimento delle perdite della partecipata e solo secondariamente e in minima misura nell'eliminazione della doppia imposizione che effettivamente all'interno della catena societaria, si riduce ad un moltiplicatore scalare della parte di dividendi in parziale esenzione (5%). V. Leo M., *Le imposte...*cit., p. 2191.



Il regime opzionale dell'art. 116 TUIR invece, assecondando una prassi e una giurisprudenza di legittimità ormai consolidate nell'assimilare funzionalmente i due veicoli<sup>512</sup>, uniforma il trattamento fiscale delle srl a ristretta base sociale a quello delle società personali ed elimina la doppia imposizione economica sui dividendi<sup>513</sup>.

I due regimi opzionali presentano molteplici caratteristiche tecniche comuni, fra queste in particolare: la condizione della ristretta base partecipativa, il consenso

---

<sup>512</sup> La progressiva assimilazione funzionale dei due veicoli giuridici (società personali e srl a ristretta base partecipativa) si è avuta prevalentemente per effetto di una costante giurisprudenza di merito e di legittimità consolidatasi in tema di presunzione relativa di distribuzione ai soci degli utili extra bilancio accertati a società a ristretta base proprietaria. La letteratura sul punto è così vasta da poter considerare l'argomento un *topos* letterario: cfr. Boria P., *Il principio di trasparenza...* cit., p. 369; Paparella F., *La presunzione degli utili nelle società di capitali a ristretta base sociale*, in DPT, n.2/1995, p. 453; Piccardo A., *Ancora in tema di presunzione di distribuzione ai soci dei maggiori utili accertati a carico di una società di capitali a ristretta base azionaria*, in DPT 1998, p.26; Muffato R., *La presunzione di distribuzione di utili occulti nel caso di rettifiche a società di capitali a base ristretta o familiare*, in RDT, n.2/1999, p. 324; Piccardo A., *Sul valore meramente indiziario della ristretta base azionaria ai fini della prova della distribuzione ai soci del maggior reddito accertato a carico di una società*, in DPT, n.2/2000, p. 1122; Fanelli R., *Quando gli utili extrabilancio sono tassabili in capo ai soci*, in CT, 2000, p. 2129; Ceriana E., *La presunzione di distribuzione degli utili in presenza di società a ristretta base azionaria*, in DPT, n.2/2004, p. 1451; Stevanato D., *La presunzione di distribuzione ai soci del maggior reddito societario*, in CT, 2004, p. 1011; Buscema A., Lupi R., *Nuova trasparenza e vecchie tendenze giurisprudenziali sull'imputazione ai soci dei redditi accertati da società a ristretta base proprietaria*, in DDT, n.9/2004, p.1117; Batistoni Ferrara F., *Presunzione di distribuzione ai soci del maggior reddito accertato nei confronti di una società familiare a ristretta base azionaria: una pronuncia non convincente*, in RDT, n.2/2005, p.720; Ficari V., *Presunzione di assegnazione di utili extrabilancio ai soci e imputazione di costi fittizi*, in CT, 2008, p.1054; Rasi F., *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria*, Padova, 2012, p.29; Rasi F., *La "trasparenza per presunzione" delle società a ristretta base proprietaria: l'attendibilità della presunzione ed il problema della qualificazione del reddito*, in Rivista trimestrale di diritto tributario, n. 1/2013, p.119; Contrino A., *Ancora sulla presunzione di distribuzione di utili occulti nelle società di capitali "a ristretta base proprietaria"*, in RT, 2013, p.113; Locatelli G., *La presunzione di distribuzione ai soci degli utili extracontabili delle società di capitali a ristretta base partecipativa*, in CT, 2018, p. 2914.

A tal proposito, va segnalata anche quella parte della dottrina che intravede nelle «società a ristretta base azionaria, in relazione agli utili sottratti a prelievo (...) un sorta di *tertium genus* societario, in bilico tra le società di persone e quelle di capitali, che, ancorché privo di regolamentazione sul piano legale, trova non di meno riconoscimento nella prassi»; v. Tinelli G., Parisi F., *Società nel diritto tributario*, cit., par. 5.

<sup>513</sup> Nella trasparenza dell'art.116 l'eliminazione della doppia imposizione sembra prevalente rispetto al consolidamento delle perdite, giacché riduce in modo più consistente la doppia imposizione dei dividendi in capo alle persone fisiche, per le quali la base imponibile esclusa da tassazione è nettamente inferiore a quella delle società.

unanime dei soci<sup>514</sup>, regole specifiche per la distribuzione di utili<sup>515</sup> e per l'impiego e l'imputazione delle perdite<sup>516</sup>.

I due regimi sono irrevocabili da parte del contribuente, prevedono delle regole d'ingresso (requisiti soggettivi della società partecipante e dei soci, modalità di esercizio dell'opzione) e delle cause di cessazione<sup>517</sup>. La cessazione del regime di trasparenza - per il verificarsi di cause di perdita di efficacia *ex tunc* (per l'art.115) e cause di decadenza (per l'art. 116) – riconducono la tassazione della società partecipata al regime fiscale ordinario delle società dell'art. 73 TUIR<sup>518</sup>.

---

<sup>514</sup> La clausola del consenso unanime di tutti i soci per determinare l'adesione della società partecipata al regime di trasparenza risponde allo schema "*all in, all out*" per superare le rigidità dell'art. 2433 cc.; è quindi esclusa l'adesione parziale che condurrebbe ad un società trasparente parzialmente trasparente e parzialmente tassabile (nel limite dei soci che non aderiscono al regime di trasparenza opzionale). Leo M., *Le imposte...* cit. p. 2204.

<sup>515</sup> In particolare, la disciplina delle riserve e degli utili pregressi (art. 115 c.5), la distribuzione degli utili e delle riserve (Art. 8 DM). Di regola, gli utili e le riserve di utili formati durante il periodo di trasparenza e materialmente distribuiti dalla società partecipata non concorrono a formare il reddito dei soci. L'imputazione degli utili formati prima del periodo di trasparenza mantengono il loro regime naturale, mentre quelli formati durante il periodo di trasparenza sono detassati dalla società ed imputati ai soci. L'art. 115 c.2 prevede l'opzione della società di considerare come formati prima della trasparenza utili formati durante o dopo la trasparenza stessa. V. Buscema A., Lupi R., *Società "trasparenti" e distribuzione delle riserve*, in DDT, n.11/2004, p.1477; Ferranti G., *Gli utili distribuiti da società nel regime della trasparenza*, in CT, n.6/2005, p.434; Stevanato D., *Società di capitali trasparenti e successivi dividendi in capo ai soci: sunti per un approfondimento*, in Lupi R., Stevanato D., *La tassazione delle società nella riforma fiscale, Linee strutturali e riflessi applicativi*, Il Sole 24 Ore, 2004, p. 222.

Lo stesso vale per la parte di utile distribuito eccedente il reddito imponibile della società anche se profili critici sono espressi da Stevanato D., *Società di capitali trasparenti e successivi dividendi in capo ai soci: sunti per un approfondimento*, in Lupi R., Stevanato D., *La tassazione delle società nella riforma fiscale, Linee strutturali e riflessi applicativi*, Il Sole 24 Ore, 2004, p.222; Bressan E., Stevanato D., *Dividendi di società di capitali trasparenti: spetta l'esenzione oltre i limiti di reddito precedentemente imputato?*, in DDT, n.3/2004, p.432.

<sup>516</sup> Per entrambi i regimi opzionali può parlarsi di un "regime delle perdite" che riguarda l'imputazione e l'impiego delle perdite della società e la loro compensabilità con le perdite dei soci. In linea generale, le perdite fiscali della società partecipata formatesi durante la trasparenza sono imputate ai soci proporzionalmente alle specifiche quote di partecipazioni alle perdite nella società stessa ed entro il limite della quota di patrimonio netto contabile spettante a ciascun socio. L'ipotesi in cui il capitale sociale sia ripartito in più categorie di azioni (per esempio azioni postergate nella copertura perdite) comporta che l'imputazione delle perdite debba avvenire con quote e modalità diverse da quelle per l'imputazione dei crediti d'imposta. Le perdite fiscali della società partecipata formatesi prima della trasparenza non sono imputabili ai soci ma sono riportabili a nuovo.

Per i soci persone fisiche di società in trasparenza opzionale art. 116 sono previste regole apposite per uniformarne la disciplina con quella prevista per i soci di società personali.

cfr. Leo M., *Le imposte...* cit. p. 2212-2215; Garbarino C., *Trasparenza fiscale...* cit., par. 5; Poggioli M., *La limitata spendibilità delle perdite pregresse nei regimi opzionali di trasparenza*, in CT, n.40/2006, p.3169; Garcea, *Le perdite imputate per trasparenza sono ancora illimitatamente riportabili per i soci imprenditori?* in DDT, 2007, p.1033.

<sup>517</sup> Sulle cause di cessazione dei regimi di trasparenza opzionale v. Ferranti G., *Cause di esclusione dall'opzione per trasparenza*, in CT, 2005, p.7; Liburdi D., *Requisiti soggettivi e percentuali di partecipazione per l'accesso alla trasparenza*, in CT, 2005, p.91; Leo M., *Le imposte ...* cit., p.2207 e 2226.

<sup>518</sup> Di regola, la fusione e la scissione della società partecipata rappresentano vicende interruttrive del regime opzionale a meno che i soci partecipanti e la società partecipata non ne confermino espressamente la continuazione. V. Leo M., *Le imposte...*cit. p. 2207-2210.

Fermi restando i requisiti previsti per ciascun regime opzionale<sup>519</sup>, la variazione della compagine sociale segue le medesime regole delle società di persone. Le modifiche delle quote di partecipazione agli utili dei soci non legate a variazione soggettiva della compagine sociale hanno efficacia dal periodo d'imposta successivo alla modifica.

Il passaggio da un regime distributivo di dividendi ad un regime di imputazione per trasparenza di utili comporta la previsione di norme comuni ai due regimi opzionali e deputate: a quantificare il costo fiscale della partecipazione per effetto di utili / perdite imputati ai soci e delle connesse politiche distributive degli eventuali utili<sup>520</sup> e a regolare il riallineamento dei valori contabili e fiscali della partecipata<sup>521</sup>.

Ritenute d'acconto, crediti d'imposta<sup>522</sup> e gli acconti d'imposta<sup>523</sup> sono scomputati dalle imposte dovute dai soci proporzionalmente alle quote di partecipazione agli utili nella società trasparente.

È riscontrabile una disciplina comune anche sul piano processuale<sup>524</sup>.

La rideterminazione degli imponibili prodotti dalle società trasparenti mutua le medesime regole previste per l'accertamento unitario delle società personali<sup>525</sup>. Salvo

---

<sup>519</sup> Nel caso di subentro di nuovi soci, se questi hanno i requisiti restano obbligati dall'opzione. In caso di nuovi soci per aumento di capitale la società deve dare comunicazione ma l'inadempimento non interrompe l'opzione. Relativamente a tutti gli altri profili la variazione della compagine sociale non comporta l'interruzione del regime di trasparenza se non vengono meno i requisiti previsti per l'accesso a ciascun regime. Cfr. Fortunato N., *Le modifiche della compagine sociale nelle società tassate per trasparenza: spunti per una interpretazione sistematica*, in RT, n. 6/2005, p.1868.

<sup>520</sup> Art. 115 c.12 e DM art. 8 c.1. Leo M., *Le imposte...cit.*, p.2215-2218; v. Gazzo M., *La tassazione per trasparenza: analisi di talune complessità operative*, in FI, n.5/2004, p.399; Izzo B., *Costo fiscale della partecipazione nel regime di trasparenza*, in FI n.12/CT, 2005, p.918.

<sup>521</sup> Art. 115 c.11 e DM art. 11. V. Leo M., *Le imposte...*, cit, p.2218-2222.

<sup>522</sup> Art. 115 c.3 TUIR, Circ. 49/2004 par. 2.11; DM art. 7 c.3; la società può decidere di impiegare i crediti d'imposta indicati in diminuzione dei propri debiti tributari e contributivi o di trasferirli in parte o in tutto ai soci. V. Raimondo, *Trasferimento delle agevolazioni nel regime di trasparenza*, in CT, 2006, p.3411; Lupi R., *La trasmissione ai soci delle agevolazioni fruita da società trasparenti: una distinzione difficile da gestire in via interpretativa*, in Lupi R., Stevanato D., *La tassazione delle società nella riforma fiscale, Linee strutturali e riflessi applicativi*, Il Sole 24 Ore, 2004, p.227.

Anche il credito per imposte estere (fct) segue la logica della trasparenza prevista per le società in trasparenza naturale: in particolare l'art. 165 c.9 prevede che la detrazione delle imposte estere spetta pro quota ai soci. V. circ. 49/2004 par. 2.11. Particolari rilievi critici sulla modalità di determinazione del credito per effetto della *per country limitation* sono espressi da: Costa,.... op. cit. p.308 e Bracco P., *Dubbi ermeneutici sui profili transnazionali ...cit.*, p.166

<sup>523</sup> Art. 115 c.7 e DM art. 9. Sulle modalità di addebito e traslazione delle imposte nell'ambito del contratto di trasparenza, v. Vasapolli, *La rilevazione delle imposte nella trasparenza fiscale*, CT, 2006, 3185.

<sup>524</sup> Sull'omologazione del regime naturale con quello opzionale dal punto di vista processuale, cfr. Russo A., *L'opzione per la tassazione per trasparenza implica il litisconsorzio necessario giudiziale - commento*, in IF, n.20/2017, p.1986; Buscema A., Lupi R., *Nuova trasparenza e vecchie tendenze giurisprudenziali sull'imputazione ai soci dei redditi accertati da società a ristretta base proprietaria*, in DDT, n.9/2004, p.1117 ss.; Ficari V., *L'evoluzione delle vicende processuali dei rapporti tra soci e società trasparenti*, in RT, n. 4/2007, p.1132; sul tema litisconsorzio necessario v. inoltre Leo M., *Le imposte...cit.* p. 2191-2192 e giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>525</sup> DM 23-4-2004 art. 13 e Dpr 600/73 art. 40 c. 2.

i casi di omesso o parziale dichiarazione e versamento d'imposta da parte dei soci<sup>526</sup>, la società partecipata trasparente è responsabile solidalmente con i soci per l'imposta, sanzioni e interessi relativi al reddito loro imputato per trasparenza<sup>527</sup>.

I soci delle società in trasparenza opzionale non ricevono di principio un trattamento diverso da quello delle società in trasparenza ordinaria<sup>528</sup>. Il diritto all'utile del socio in questo caso sorge alla data approvazione del bilancio e la tassazione di tale utile seguirà il regime naturale del socio.

Analogamente a quanto avviene nel regime di trasparenza naturale, i soci residenti delle società in trasparenza opzionale sommano la quota di utili imputati per trasparenza al reddito complessivo che viene tassato in base al loro regime naturale: IRES per le società trasparenti art. 115 e IRPEF per le società trasparenti art. 116. Le quote di utili imputate in trasparenza opzionale art. 115 e 116 TUIR a soci non residenti, invece, si qualificano di fonte italiana e dunque sono tassate in Italia<sup>529</sup>.

### 2.1.1.2 Foreign partnership approach

Il FPA è invece un sottoinsieme logico del regime fiscale che l'ordinamento tributario applica a tutti gli enti e le società di qualunque natura giuridica che difettano del requisito di residenza fiscale in Italia (sia in base all'art. 73 c.3 TUIR che all'art. 5 c.3 lett.d TUIR). Tali enti sono classificati come soggetti passivi d'imposta nei limiti del reddito loro imputabile per effetto dei criteri di collegamento territoriale dell'art. 23 TUIR<sup>530</sup>, quindi per i soli redditi di fonte italiana.

Esso è quindi composto sia dalle società personali domestiche prive del requisito di residenza fiscale art. 5 c.3 d), sia dalle società personali estere (cioè non costituite in

---

Sul punto, cfr. Liburdi D., Accertamento e sanzioni nella tassazione per trasparenza, in CT, n.7/2005, p.511; in particolare Carinci A., L'accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci, in RT, 2006 n. 1, pp. 171 – 208 il quale, a fronte della contiguità sostanziale tra i due modelli di trasparenza (naturale e opzionale), segnala numerosi problemi procedurali derivanti dal rinvio alle medesime norme sull'accertamento previste per le società personali; Boletto, *Due diverse ipotesi di responsabilità patrimoniale dei soci di società di persone per debiti d'imposta*, in RDT, n.2/2003, p.936; Coppa D., L'accertamento dei redditi prodotti in forma associata tra principio di trasparenza e garanzia del diritto di difesa, in RT, 2/2008, p.413; Coppa D., Accertamento dei redditi prodotti in forma associata e litisconsorzio necessario in RT, n.4/2008, p.978.

<sup>526</sup> Secondo il DM 23-4-2004 art. 12 c.1 questi accertabili in base all'art. 41-bis Dpr 600/73.

<sup>527</sup> TUIR art. 115 c.8 e DM 23-4-2004 art.13 c.1. Sulla responsabilità solidale fra società partecipata e soci nel regime di trasparenza opzionale, cfr. Merone C., Stevanato D., *La responsabilità dei soci nel regime di trasparenza di cui agli articoli 115 e 116 del T.U.I.R.*, in DDT, n.1/2005, p. 59; Merone C., *Imputazione per trasparenza e responsabilità, tra società di persone e società di capitali*, in DDT, 2005, p. 9; Stevanato D., *Società "trasparenti" e responsabilità solidale, tra norme espresse e principi di sistema*, in DDT, 2005, p.63; v. Leo M., *Le imposte...* cit., p.2210; Garbarino C., *Trasparenza fiscale...* cit., par. 8.

<sup>528</sup> V. supra, § 2.1.1.1.2.

<sup>529</sup> In questo caso il metodo di prelievo non è la ritenuta ma la dichiarazione della quota di reddito imputata per trasparenza nel quadro RH della dichiarazione dei redditi.

<sup>530</sup> Limitatamente cioè ai soli redditi che per legge si considerano prodotti nel territorio dello Stato.

Italia) ed altri enti trasparenti esteri fiscalmente residenti in Italia, questa volta in base all'art. 73 c.2 (nella cd categoria residuale)<sup>531</sup>. L'ordinamento classifica le partnership estere residenti (che rientrano nell'art. 73 c.2), insieme a tutte le altre società ed enti non residenti - che indipendentemente dalla loro natura giuridica rientrano nell'art. 73 c.1 lett.d) - come *liable to tax entities*, quindi soggetti fiscalmente opachi cui è riconosciuta soggettività d'imposta a prescindere dallo status fiscale attribuito nello Stato di stabilimento<sup>532</sup>.

Per questi soggetti l'ordinamento applica lo schema di imputazione/organizzazione reddituale definendone la capacità contributiva in ragione del requisito di residenza: le società personali di diritto estero fiscalmente residenti in Italia (al pari delle società di capitali domestiche residenti) quantificano la base imponibile con il *worldwide of income taxation principle*, le società personali (sia quelle di diritto domestico che quelle di diritto estero) prive del requisito di residenza fiscale sono soggetti passivi d'imposta attratti a tassazione in base al *source of income taxation principle* secondo i criteri di collegamento codificati dall'art.23, cioè limitatamente alle ipotesi che il legislatore codifica come presupposto d'imposta per i soggetti non residenti.

L'Italia è dunque fra quegli Stati che adotta l'all corporate approach a tutti gli enti non residenti - con la sola eccezione del GEIE e dei trust esteri fiscalmente trasparenti<sup>533</sup> - indipendentemente dalla forma giuridica o dalla classificazione fiscale loro attribuita nello Stato di stabilimento, purché dotati di un qualche tipo di soggettività o capacità giuridica<sup>534</sup>.

Esamineremo di seguito la fiscalità domestica di partnership estere e soci residenti in Italia di partnership estere, nell'ipotesi di inesistenza di un Trattato o, nel caso questo esistesse, di sua inapplicabilità.

---

<sup>531</sup> Tali enti infatti pur essendo trasparenti, non rientrano nel tipo legale previsto dall'art. 5 ma, in quanto residenti in Italia, non rientrano nemmeno nell'art. 73 c.1 lett.d). Sul punto, v. supra § 2.1.1.1 e in part. nota 447.

<sup>532</sup> *Contra*, Scalia R., La tassazione transnazionale delle società di persone nel regime IRI, in DPTI, n. 4/2017 p.1186; Scalia R., Le società di persone nella fiscalità internazionale, in F. Preite, C. Busi (a cura di), Trattato società di persone, Tomo II, Torino, 2015, p. 3279 ss.

<sup>533</sup> Crazzolara A., *Italian branch report*, in IFA – 68th Congress of the International Fiscal Association (Mumbai 2014), *Qualification of taxable entities and treaty protection*, in Cahiers de droit fiscal international Vol. 99 b), The Hague: Sdu Uitgevers, 2014, p. 447.

<sup>534</sup> Dato che per l'ordinamento tributario italiano, l'assenza del requisito di residenza rende irrilevante la natura giuridica dell'ente estero - e, insieme ad esso, il suo grado di soggettività giuridica, autonomia patrimoniale o commistione gestionale dei soci, come anche la soggettività passiva d'imposta in un altro Stato - il problema si sposta sulla definizione di società ed ente. Poiché l'ordinamento non prevede regole specifiche per l'identificazione degli enti esteri, dovrebbe applicarsi una sorta di principio di reciprocità in base al quale: le entità estere che rientrano nella categoria degli enti non residenti sono tutte quelle che sono similari a quelle che sarebbero tassabili se fossero residenti. Cfr. Crazzolara A., *Italian branch report*, cit., p. 447.

### 2.1.1.2.1 Fiscalità della partnership estera

Il sistema fiscale italiano disconosce i regimi esteri di trasparenza fiscale e adotta per tutte le entità non residenti, incluse le società trasparenti non residenti, l'*all corporate approach*<sup>535</sup>.

Tale approccio non ammette alcuno strumento giuridico volto a rilevare il trattamento fiscale degli enti non residenti in ragione di elementi di assimilabilità con le società trasparenti residenti (test di comparabilità civilistico o fiscale)<sup>536</sup>.

Secondo tale approccio, le partnership fiscalmente non residenti sono classificate *liable to tax entities* e attratte a tassazione in Italia in base ai criteri di collegamento dell'art.23 TUIR.

I redditi dell'art. 23 TUIR si intendono prodotti dall'ente non residente, ad esso imputati e tassati con metodi diversi (dichiarazione o ritenuta d'imposta) a seconda della loro tipologia. La qualificazione e quantificazione dei redditi prodotti in Italia dalle entità non residenti segue infatti il principio del cd trattamento isolato<sup>537</sup>. Ad eccezione del reddito d'impresa - che per i soggetti non residenti si configura come categoria reddituale imputabile solo alle loro stabili organizzazioni localizzate in Italia e tassate come autonomi soggetti passivi<sup>538</sup> - le singole categorie di reddito prodotte in base all'art. 23 TUIR, qualificate e quantificate in base alle regole domestiche, concorrono a formare il reddito complessivo dell'ente estero<sup>539</sup>. Società e persone non residenti, cumuleranno i redditi prodotti in Italia e saranno assoggettati rispettivamente ad IRES e ad IRPEF, secondo il metodo della tassazione isolata.

In conseguenza del fatto che i regimi esteri di trasparenza fiscale non trovano riconoscimento nell'ordinamento interno (*all corporate approach*), gli utili

---

<sup>535</sup> La ratio di tale scelta sembra guidata da un approccio misto fra praticità e cautela nell'attuazione del prelievo fiscale nei confronti dei soci non residenti. Sul punto v. Perrone L., *Problemi vecchi e nuovi in materia di imposizione* cit., p.1228; Perrone L., *L'imposizione sul reddito delle società e degli enti non residenti*, in RT, 1989, p. 495 ss.; Boria P., *Il principio di trasparenza...*cit., p. 54; Della Valle E., *La soggettività delle partnerships ...* cit., p.757.

L'opacità fiscale delle partnerships non residenti nel sistema IRE è inoltre ritenuto fonte di disparità di trattamento sia in base all'art. 3 Cost. sia in base al divieto europeo di discriminazione indiretta, cfr. Fransoni G., *I criteri e principi direttivi della legge delega relativi ai soggetti passivi delle nuove imposte sui redditi (con particolare riferimento agli enti non commerciali)*, in RT, 2002, p.2019.

<sup>536</sup> In alcune giurisdizioni, la legge fiscale applica il regime di trasparenza a quelle società estere che presentano elementi simili a quelle domestiche trasparenti. A tal fine il sistema fiscale prevede dei test di comparabilità. V. Daniels T.H.M., *International partnership: comparative law remarks on the taxation of income and the classification of foreign entities*, in Intertax, n.8-9/1991, p. 354 ss.

<sup>537</sup> Perrone L., *L'imposizione sul reddito delle società e degli enti non residenti*, cit., p. 495 ss.; Id, *Problemi vecchi e nuovi in materia di imposizione sul reddito delle società*, cit. p.1228.

<sup>538</sup> Art. 23 c.1 lett.e) e 152 TUIR

<sup>539</sup> Il TUIR peraltro prevede disposizioni apposite per la quantificazione del reddito complessivo prodotto dalle entità estere (cioè società ed enti dell'art. 73 c.1 lett.d), distinguendo quelle che svolgono nel territorio attività commerciali (art. 151 e 152) da quelle che svolgono attività di altra natura (art. 153).

complessivi (inteso come reddito globale) delle società trasparenti estere<sup>540</sup> e gli utili imputati ai loro soci esteri sono fuori dalla portata del diritto impositivo italiano, a meno che non rientrino fra i redditi di fonte italiana ai sensi dell'art. 23 TUIR. Nel caso in cui i redditi di fonte italiana di una partnership estera includano quelli derivanti dalla partecipazione in società degli art. 5, 115 e 116, TUIR (corrispondente al criterio di collegamento art. 23 c.1lett. g) al pari di qualunque altro socio residente o non residente spetterà il riconoscimento di eventuali crediti per imposte pagate all'estero dalla partnership italiana ai sensi dell'art. 165 TUIR.

#### 2.1.1.2.2 *Fiscalità dei soci residenti di partnership estere*

L'adozione dell'*all corporate approach* comporta la qualificazione in reddito di capitale del reddito imputato dalle partnership estere al socio residente. Tale qualificazione è idonea a modificare sia le regole di imputazione temporale che quelle di quantificazione del reddito imponibile sul socio.

L'Italia adotta come meccanismo domestico di eliminazione della doppia imposizione sui redditi di fonte estera la detrazione delle imposte pagate all'estero. Tale meccanismo è codificato nell'art. 165 TUIR che, insieme ai requisiti di titolarità e computo, prevede che la detrazione dell'imposta estera segua le stesse sorti dell'utile della società trasparente: sia quindi determinata prima a livello della società e poi confluisca per trasparenza insieme all'utile ai soci<sup>541</sup>.

Rispetto all'attività delle partnership internazionali tale meccanismo di sgravio interviene in due circostanze differenti. Nella prima, la detrazione interviene a neutralizzare la doppia imposizione che si verifica sui redditi di fonte estera della partnership<sup>542</sup>. Nella seconda interviene a neutralizzare la doppia imposizione che si verifica sul socio residente di una partnership estera, il quale vedrà tassare la sua quota di utile prima all'estero e poi in Italia.

---

<sup>540</sup> I soci delle società e degli enti trasparenti non residenti sono automaticamente assimilati ai soci di *liable to tax entities*, società ed enti dell'art. 73 c.1 lett.d) e quindi soggetti passivi privi del requisito di residenza.

Si richiamano a questo proposito le osservazioni svolte nel § 2.1.1.1.1: la trasparenza fiscale è un regime domestico a numero chiuso per società tipizzate residenti. Tutte le altre società trasparenti prive di tali requisiti (tipicità e residenza) rientrano o fra i soggetti IRES tassati sul reddito mondiale (società personali tipizzate non residenti) o fra i soggetti IRES tassati sul cumulo dei redditi prodotti in Italia in base ai criteri dell'art.23 TUIR (società in regime trasparenza fiscale estera non residenti).

<sup>541</sup> L'imputazione per trasparenza anche della detrazione delle imposte estere rappresenta una novità della riforma 2004. Nel previgente sistema l'art. 15 TUIR prevedeva che la detrazione dovesse essere determinata direttamente a livello dei soci, con la conseguenza che eventuali perdite del socio avrebbero determinato l'incapienza del reddito netto su cui determinare la detrazione. Piazza M., Guida alla fiscalità internazionale, cit., p. 1077 e cap. 13.

<sup>542</sup> Il tema è trattato nel par. precedente.

Il regime di trasparenza domestica rende quindi la detrazione delle imposte estere uno strumento potenzialmente applicabile a tutti i soci, siano essi residenti o non residenti, persone o società, giacché lo sgravio fluisce a questi insieme al reddito loro imputato. L'*all corporate approach* adottato per la classificazione delle partnership estere tuttavia compromette l'efficacia dello sgravio giacché altera il meccanismo dell'imputazione che avviene nelle società trasparenti estere. Questo infatti le riclassifica in *taxable entities* e genera asimmetria rispetto alla classificazione adottata dal loro Stato di stabilimento, provocando evidenti effetti sulle regole di allocazione, qualificazione, e quantificazione dei redditi attribuiti ai soci residenti in Italia<sup>543</sup>, oltre che sulla creditabilità delle imposte estere da questi pagate.

Nel caso di utili percepiti dal un socio italiano di partnership estera, la lettura a specchio dell'art.23 richiesta dall'art. 165 c.2, per effetto dell'*all corporate approach*, non si riferisce agli utili imputati da società trasparenti (art. 23 c.1 lett.g) ma ai redditi di capitale pagati da soggetti esteri (art. 23 c.1 lett.b)<sup>544</sup>.

In linea generale, ove sugli utili delle controllate estere non risulti applicabile la disciplina cfc, il sistema fiscale italiano quindi considera fiscalmente rilevanti solo gli utili effettivamente distribuiti (e non solo imputati) da società trasparenti estere a soci residenti in Italia.

Il momento impositivo dei redditi di capitale segue in fatti la "regola di cassa" e non la "regola di competenza" propria degli utili imputati in trasparenza fiscale domestica<sup>545</sup>. Ciò comporta quindi uno sfasamento temporale (cioè un differimento) dell'imposizione domestica sull'utile imputato al socio italiano dalla società estera fino a quando l'utile non è effettivamente percepito dal socio stesso.

---

<sup>543</sup> Crazzolara A., *Italian branch report*, cit., p. 440.

<sup>544</sup> V. art. 5, 115 e 116 TUIR, in combinazione con l'art. 23 e 165 c.2 TUIR. La lettura a specchio dell'art. 23 TUIR prevede come deroga proprio gli utili di partnership estera: questi infatti non seguono la regola della lettura a specchio della lett. g) (cioè gli utili imputati dalle società dell'art. 5, 115 e 116) ma - a causa dell'*all corporate* - seguono la regola della lettura a specchio della lett. b), redditi di capitale. In senso difforme argomenta Rolle G., Belloni M., Profili fiscali della partecipazione in società di persone estere, in IF, n.32/2014, p.3173, il quale propone che il riallineamento degli effetti asimmetrici prodotti dai due regimi dovrebbe ricomporsi grazie ad una lettura a specchio dell'art. 23c.1 lett.g).

<sup>545</sup> Per regola generale, il sistema italiano identifica nella regola della cassa il momento impositivo dei dividendi distribuiti dalle società e percepiti dai soci e nella regola della competenza il momento impositivo degli utili imputati per trasparenza dalla società personali domestiche residenti.



A seconda delle caratteristiche del provento finanziario, tali utili assumono una diversa qualificazione domestica: dividendi<sup>546</sup>, proventi obbligazionari o da titoli simili<sup>547</sup> oppure proventi da titoli atipici<sup>548</sup>.

Ai medesimi utili è applicata inoltre una regola di quantificazione della base imponibile che varia in base al regime fiscale naturale del percettore del provento<sup>549</sup>.

---

<sup>546</sup> La qualificazione degli utili di fonte estera come *inbound dividends* si deriva dall'art. 44 c.2 lett.a) TUIR «(...) Le partecipazioni al capitale o al patrimonio, nonché i titoli e gli strumenti finanziari di cui al periodo precedente emessi da società ed enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera d), si considerano similari alle azioni a condizione che la relativa remunerazione sia totalmente indeducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente; a tale fine l'ineducibilità deve risultare da una dichiarazione dell'emittente stesso o da altri elementi certi e precisi».

Secondo parte della dottrina il requisito di indeducibilità degli utili è radicalmente impossibile quando la partnership estera è fiscalmente trasparente. V. Uckmar, G. Corasaniti, P. Capitani Di Vimercate, *Diritto Tributario Internazionale*, Milano 2009, p. 150.

Per altri invece, considerato che la *ratio* della norma è evitare la doppia non imposizione degli utili, sarebbe sufficiente verificare la tassazione del provento in capo al socio nello Stato della partnership. Sul punto v. Rolle G., Belloni M., *Profili fiscali della partecipazione in società ...cit.*, par. 2 e Di Dio, *Trust istituito in Italia e partnership estere*, in IF, n.20/2016, par. 3.

Secondo altri ancora, infine, l'analisi sulla deducibilità delle remunerazioni dovrebbe essere su base virtuale, rispetto alle entità fiscalmente opache nel medesimo Stato. Cfr. Ludovici P., Conidi L., *La qualificazione dei dividendi di società emittenti estere e il credito d'imposta per i tributi assolti all'estero*, in (a cura di) Maisto G., *La tassazione dei dividendi intersocietari*, Milano, 2011, p. 285.

Va rilevato inoltre che la Circ. n.4/2006 (e prima ancora la circ.26/2004) richiede per l'assimilazione della partecipazione alle azioni come condizione aggiuntiva alla indeducibilità anche che la remunerazione dei titoli sia costituita esclusivamente da utili cioè da una partecipazione ai risultati economici della società estera. Tale secondo requisito è invece assente nella ris. n. 80/2007. V. Ludovici P., Conidi L., *La qualificazione dei dividendi di società emittenti estere e il credito d'imposta...cit.*, p. 291; Piazza M., *Azioni, obbligazioni e strumenti finanziari partecipativi nella riforma fiscale*, in IF, n. 5/2004; Giaconia M., Ricciardi M., *Le categorie di azioni con particolari diritti e gli strumenti partecipativi esteri*, in CT, n. 1/2004.

Sull'assimilazione di titoli e strumenti finanziari esteri alle azioni, cfr. Escalar G., *Il nuovo regime di tassazione degli utili da partecipazione e dei proventi equiparati nel Decreto legislativo di 'riforma dell'imposizione sul reddito delle società*, in RT, n.6/2003; Leo M., *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 2010, p.727; Corasaniti G., *Diritto tributario delle attività finanziarie*, Milano 2012, p.128.

<sup>547</sup> Art. 44 c.2 lett. c).

<sup>548</sup> Art. 67 c.1 lett.c-ter) e i relativi proventi tassati come titoli atipici art. 5 DL 512/1983. Cfr. Leo, p. 728; Corasaniti G., *Gli strumenti finanziari nella fiscalità d'impresa*, Milano 2013, pag. 38 ss.; Tinelli G., *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, Padova, 2009, pag. 350.

<sup>549</sup> La tassazione degli utili è improntata al generale principio di equiparazione tra utili di fonte nazionale e utili di fonte estera (sebbene con alcune deroghe). Il regime di tassazione dei dividendi di fonte estera percepiti dai soggetti residenti prevede tuttavia modalità di prelievo differenti a seconda dalla natura del soggetto percipiente. Di recente il regime dei dividendi come quello delle partecipazioni è stato interessato da una riforma che ha tendenzialmente eliminato la differenza fra partecipazione qualificata e non qualificata e introdotto una tassazione prevalentemente cedolare. Aggiuntivamente, per il fatto che la distribuzione del dividendo può interessare utili accumulatisi in anni precedenti è stato introdotto un regime transitorio valido fin a tutto il 2022. I dividendi percepiti da società di capitali in base all'art. 89 TUIR godono della esenzione del 95% al ricorrere dei requisiti pex. I dividendi percepiti da imprenditori accedono a regime del reddito di impresa art. 59 TUIR. I dividendi percepiti da persone fisiche non imprenditori relativi a utili accumulati dopo il 2018 sono tassati con imposta sostitutiva al 26%. I dividendi relativi a utili accumulati ante 2018 vanno distinti in base alla partecipazione: se provengono da partecipazioni non qualificate sono soggetti ad imposizione sostitutiva del 26%; se invece provengono da partecipazioni non qualificate accedono ad un regime transitorio valido fino al 2022 che storicizza i trattamenti pregressi. Così i dividendi da partecipazioni qualificate che distribuiscono utili accumulati ante il 31/12/2007 sono imponibili al 40%, quelli che distribuiscono utili accumulati dal 1/1/2008 al 31/12/2016 sono imponibili alle 49,72% mentre quelli accumulati nel 2017 sono imponibili al 58,13%. V. Odetto G., *Dividendi di fonte estera: sintesi della disciplina*, in PFP, 31 / 2007, p. 33; Garbarino C., *Manuale di tassazione internazionale*, cit. p. 1411 ss.; Sfrondini A., Nosedà G., *Dividendi e plusvalenze su partecipazioni...*, cit., p. 525 ss.

Anche le differenze da recesso (o da scioglimento del rapporto sociale con la società estera) pagate al socio non residente sembrano qualificabili come redditi di capitale nella fiscalità italiana.

I conflitti di classificazione soggettiva (e a cascata quelli di allocazione, qualificazione e quantificazione reddituale) derivanti dall'*all corporate approach* italiano hanno come immediato riflesso l'indetraibilità dell'imposta estera pagata dal socio italiano sull'utile imputato per trasparenza dalla partnership estera. In assenza di specifiche disposizioni Convenzionali, infatti, l'*all corporate approach* disconosce il criterio classificatorio estero e con esso il meccanismo allocativo mono-livello proprio del regime estero di trasparenza sostituendolo con l'ordinario regime multi-livello (o distributivo) proprio delle società incorporate.

Per effetto del conflitto fra regole classificatorie (ente opaco/trasparente) si genera a cascata un conflitto allocativo del reddito: per lo Stato fonte l'utile è prodotto dal socio italiano e su questo tassato mentre per l'Italia l'utile è prodotto dalla società e il reddito prodotto all'estero dal socio italiano consiste nel dividendo, quando questo sarà distribuito. Di conseguenza, nella prospettiva del sistema fiscale italiano, l'imposta estera pagata dal socio sull'utile imputato per trasparenza dalla società non è creditabile giacché (in assenza di Convenzione o nell'impossibilità di applicarla) la lettura a specchio dell'art. 23 TUIR non consente di qualificare l'utile come reddito prodotto all'estero dal socio residente; a causa dell'*all corporate approach* infatti è la società estera a produrre l'utile su cui l'ordinamento tributario italiano non vanta alcuna potestà impositiva<sup>550</sup>.

Secondo la letteratura, sostenuta da una prassi meno recente, l'ammissibilità del credito per imposte estere in questo caso potrebbe scaturire dall'art. 165 TUIR c. 2,

---

<sup>550</sup> Il sistema fiscale italiano non rileva alcuna imposta estera pagata dal socio sui dividendi di fonte estera, bensì un'imposta estera sull'utile prodotto dalla società estera ma prelevata sul socio al momento dell'imputazione per trasparenza. Nonostante l'identità fra il soggetto passivo effettivamente inciso dal tributo estero e richiedente la detrazione della corrispondente imposta estera (il socio italiano infatti paga l'imposta sugli utili imputati per trasparenza dalla società estera.) per l'ordinamento italiano l'imposta non è creditabile; questa infatti, ancorché pagata dal socio, grava su un reddito non qualificato come "prodotto all'estero" dal socio stesso (La disciplina dell'art.165 TUIR infatti non contempla l'ipotesi del credito d'imposta indiretto in caso di società trasparenti estere.). In altre parole, l'ordinamento domestico del socio nega la creditabilità del tributo estero in ragione del fatto che il socio appare, a causa dell'*all corporate approach*, il soggetto inciso da un'imposizione su un reddito prodotto da altro soggetto (la società). Per altro verso, sempre in base a questa ricostruzione, il reddito che per l'Italia risulta prodotto dal socio (che in base all'art. 165 c.2 è il dividendo distribuito) è un reddito che, presumibilmente all'estero non è tassato in quanto tale, ma è tassato (presumibilmente con aliquota progressiva) con l'imputazione per trasparenza. La non creditabilità del tributo estero assolto dai soci residenti di partnership estere naturalmente provoca un marcata penalizzazione di questo tipo di investimento finanziario rispetto ad un analogo investimento in società estere opache.

intesa come lettura a specchio dell'art. 23 c.1 lett.g) TUIR)<sup>551</sup>. La Circ. n.9/2015 ha tuttavia negato radicalmente questa ipotesi cercando nel contempo di porre rimedio alla penalizzazione dei soci italiani di società estere trasparenti mediante la deducibilità dal dividendo dell'imposta estera assolta dal socio, quando il dividendo è materialmente percepito dal socio<sup>552</sup>. La prassi pertanto non corregge l'asimmetria ma ne offre un rimedio parziale e asistematico.

## 2.1.2 Valutazioni

In Italia la trasparenza fiscale si atteggia a metodo di imputazione diretto e proporzionale del reddito della società ai soci. La trasparenza ordinaria è regime tipico ed inderogabile delle società personali fiscalmente residenti. La trasparenza opzionale è invece un regime fiscale facoltativo per le società di capitali con determinati requisiti.

- 1) La configurazione strutturale che la trasparenza fiscale assume nel regime naturale è tuttavia diversa da quella che si realizza nella trasparenza opzionale.
  - a. Nella trasparenza fiscale ordinaria la società non è mai un soggetto passivo e imputa l'utile ai soci automaticamente all'approvazione del bilancio. In tale

---

<sup>551</sup> Secondo una certa ricostruzione, l'approccio consentirebbe infatti di considerare prodotto all'estero l'utile delle società estere imputato per trasparenza a soci residenti in Italia al pari di quanto accadrebbe per un'impresa residente che percepisce interessi attività di fonte estera: anche in questo caso non rileva la differenza fra la qualificazione reddituale domestica ai fini del riconoscimento del credito d'imposta (in questo caso reddito da partecipazione in società trasparenti) e quella finalizzata alla corretta determinazione del reddito ai fini del prelievo (dividendi di fonte estera). V. Rolle G., *Profili fiscali della partecipazione in società di persone estere*, in IF n. 32/2014, par.3; Mayr S., *La disciplina del credito per i redditi esteri*, in BT n. 10/2005. Il riconoscimento del credito d'imposta inoltre sarebbe compatibile sia con il differimento impositivo dovuto all'asimmetria temporale imputazione/distribuzione sia con l'ipotesi di parziale tassazione dell'utile distribuito. A riguardo parla di "credito sospeso"; v. Mayr S., *Redditi di partecipazione in una società di persone estera*, in CT, 1990, p.1303; Rolle G., *Profili fiscali della partecipazione in società di persone estere*, in IF n. 32/2014, par.3.

Una prassi amministrativa meno recente inoltre aveva ammesso la creditabilità delle imposte assolte all'estero da partnership non residenti; v. DRE Lombardia, n. 512117/1997; Ris. n.12/643/1986; Ris n. 80/2007. Sul punto, v. infra § 3.

<sup>552</sup> Sul punto v. Circ. 9/2015 p. 39-41. Il §5.1 della circolare dedicato agli "*Utili distribuiti da entità estere trasparenti*" affronta sia il tema del differimento impositivo sia quello della differenza di grandezze imponibili in capo ai soci di società estere fiscalmente trasparenti o opache.

In caso di società estere trasparenti, l'utile tassabile in capo al socio italiano è fiscalmente qualificato *dividend* ma solo per effetto dell'*all corporate approach*; esso in realtà è una grandezza lorda che all'estero non ha scontato alcuna imposta societaria, ma una sola imposta (presumibilmente progressiva) in capo al socio cui l'utile è imputato per trasparenza. In caso di società fiscalmente opache estere invece gli *inbound dividends* rappresentano una grandezza netta che ha già subito le imposte societarie e un'altra eventuale imposta sui dividendi distribuiti al socio italiano.

Per ovviare alle distorsioni derivanti dall'impiego di tale diversa qualificazione, la Circ. 9/2015 ritiene coerente che la finzione di opacità fiscale della società trasparente estera prevista dall'art. 73 c.1 lett. d) coinvolga anche la regola di quantificazione del corrispondente dividendo distribuito da questa al socio italiano: quando viene distribuito al socio, quindi, il dividendo deve essere quantificato al netto dell'imposta che il socio estero ha scontato all'estero sull'utile imputato per trasparenza dalla società estera.

Secondo una logica di coerenza, quindi, la prassi nega la creditabilità dell'imposta pagata dal socio sugli utili imputati per trasparenza dalla società estera ma ammette che alla regola fiscale che dispone la finzione di "opacità" per le entità estere trasparenti si abbinino una regola di quantificazione degli utili distribuiti ai soci italiani che adotti modalità analoghe a quelle dei dividendi distribuiti da una società estera "realmente" opaca.

momento sorge per il socio il diritto a percepire l'utile, mentre la materiale percezione è connessa all'effettivo pagamento e al rilascio di un apposito certificato. Nelle s.n.c./s.a.s. ed enti equiparati è la società ad esercitare l'impresa, mentre nelle società semplici non vi è impresa, dato la loro natura non commerciale. Di conseguenza nelle s.n.c./s.a.s. ed enti equiparati l'utile in capo al socio si qualifica come reddito d'impresa, mentre nelle società semplici ed enti equiparati segue la fonte del reddito. Si può dunque concludere che l'Italia è uno Stato che applica il principio di preservazione della natura dell'utile delle partnership domestiche. L'assenza dell'impresa nelle società semplici sembra qualificare l'ente come maggiormente trasparente dal punto di vista fiscale giacché la forza unificante del reddito d'impresa non lo obbliga a riqualificare e dichiarare tutti i redditi prodotti come redditi d'impresa. Tutte le partnership domestiche conservano delle obbligazioni tributarie strumentali: presentano la dichiarazione dei redditi per i redditi prodotti mediante l'attività loro imputata sul piano giuridico, sono tenuti ad una contabilità sia dalle norme civilistiche sia dalle norme fiscali, applicano le ritenute previste dalla legge, presentano la dichiarazione dei sostituti d'imposta e sono soggette ad accertamento dei redditi. Si tratta quindi di un regime fiscale che comporta un'obbligatoria ed automatica imputazione reddituale ai soci e che non prevede opzione per altro metodo di prelievo.

- b. Nella trasparenza fiscale opzionale invece, la società di capitali - che ordinariamente distribuisce utili sotto forma di dividendi mediante un'apposita delibera - è una persona giuridica e soggetto passivo d'imposta. Essa resta tale finché non opti (ricorrendone i requisiti) per un regime di tassazione dell'utile in capo ai soci dal quale derivano sostanzialmente i medesimi effetti della trasparenza ordinaria. L'opzione per un tale regime fiscale deriva da una manifestazione congiunta e unanime della volontà dei soci che comporta una traslazione sui soci della soggettività passiva della società. La società che esercita l'impresa tuttavia resta il centro di produzione del reddito imponibile. La trasparenza opzionale si atteggia pertanto a diverso sistema di prelievo di un reddito ordinariamente imputato alla società e da questa prodotto.

Alle società personali ricomprese nell'art. 5 TUIR infatti, non è applicabile lo schema imputazione-organizzazione come regime alternativo a quello della trasparenza fiscale. Le società personali non sono mai soggetti passivi. Per le società di capitali invece è ordinariamente applicabile proprio lo

schema imputazione-organizzazione: queste sono soggetti passivi per i quali l'opzione per la trasparenza comporta una traslazione di soggettività passiva – cioè uno spostamento dell'obbligazione fiscale dalla società ai soci - ma non una alterazione degli schemi di produzione e qualificazione del reddito<sup>553</sup>.

- 2) La cessione di quote di società trasparenti non rappresenta la cessione dei sottostanti asset ma quella di un bene autonomo suscettibile di generare capital gain. Altrettanto avviene per i casi di conferimento dei beni alla società, dissoluzione della società, recesso, esclusione, morte del socio e assegnazione dei beni ai soci. Gli effetti fiscali derivanti da tali fattispecie per società di capitali e società di persone commerciali presentano quindi profili tutto sommato uniformi.
- 3) I criteri di collegamento per i soci di partnership domestiche prevedono che il reddito loro imputato per trasparenza sia considerato come prodotto nel territorio dello Stato ma non richiede l'esistenza di una stabile organizzazione. Ciò malgrado questa si ritiene esclusa solo nel caso di società semplici o di soci esteri accomandanti.
- 4) L'esame del nesso fra disciplina civilistica e trasparenza fiscale conduce a concludere che il partnership approach italiano non è un regime unitario prevedendo in realtà diverse "trasparenze" di tipo fiscale.
  - a. Se è pur vero che l'art. 73 TUIR include fra i soggetti passivi enti di diversa natura, è vero anche che l'art. 5 TUIR non codifica una regola comune per tutte le società e gli enti trasparenti ma è selettivo e circoscrive l'applicazione della trasparenza fiscale alle sole società personali costituite e residenti in Italia. La carenza del requisito di tipicità soggettiva dell'art. 5 TUIR (per esempio "partnership esterovestita" costituita all'estero ma con oggetto principale in Italia) provoca l'inapplicabilità del regime di trasparenza (si potrebbe dire per carenza di requisito soggettivo) e la classificazione della società come soggetto passivo IRES (art. 73 c.2) tassato sul reddito mondiale. L'assenza (o la perdita) del requisito di residenza comporta invece la classificazione fiscale della società personale domestica in un soggetto

---

<sup>553</sup> Come si vedrà nel capitolo successivo, secondo l'orientamento dell'amministrazione finanziaria la differenza intercorrente fra metodo di imputazione (nel caso delle società personali) e metodo di prelievo (nel caso di società di capitali in trasparenza opzionale) diventa rilevante soprattutto nell'applicazione dei Trattati. Il regime di trasparenza ordinaria infatti configura un'ipotesi di inapplicabilità del Trattato, il che solleva il problema ulteriore dell'applicabilità di questo ai soci. In considerazione di quanto sostenuto dalla ris. n.171/2005, invece il regime di trasparenza opzionale va considerato come meccanismo alternativo di distribuzione dei redditi societari che non altera il meccanismo di imputazione/produzione fiscalmente rilevante ai fini del Trattato e quindi la soggettività passiva IRES della società di capitali produttrice. V. infra, § 1.1.

passivo IRES (art. 73 c.1 lett. d) cui è imputato esclusivamente il reddito di fonte italiana in base ai criteri di territorialità dell'art. 23 TUIR. Il requisito della residenza, in questo caso, non si limita a fare da spartiacque fra per l'applicazione del *worldwide of income taxation principle* o del *source of income taxation principle*, ma è preordinato a stabilire le regole di classificazione fiscale delle entità e, attraverso di queste, i metodi di imputazione, qualificazione e determinazione dei redditi da queste prodotti.

- b. Prima della riforma fiscale la trasparenza era un regime fiscale impiegato esclusivamente per le società personali. I regimi di trasparenza opzionale introdotti con la riforma fiscale del 2004 – benché dotati di caratteri tecnici simili e impieghino una versione “artificiale” della trasparenza che è di matrice solo fiscale e non anche civile – perseguono due obiettivi diversi. Nel primo, il superamento dello schermo societario è funzionale a perseguire una fiscalità più compatibile con le logiche proprie dei gruppi societari; in questa circostanza il nesso fra natura fiscale dell'ente e natura legale è ancora più debole, giacché l'obiettivo è estendere alcuni vantaggi del consolidato a società che ne sarebbero escluse. Nel secondo caso, invece il superamento dello schermo societario è funzionale a garantire la prevalenza della sostanza sulla forma nei rapporti fra soci-persone fisiche e società di capitali e quindi a realizzare un'assimilazione funzionale di queste con le società personali sulla base di un presupposto di fatto (ristretta base partecipativa di sole persone fisiche).
- c. Nell'ambito della trasparenza ordinaria, il principio di preservazione del reddito è comune ma la forza unificante del reddito d'impresa comporta una diversa qualificazione fiscale dell'utile delle società trasparenti: le s.a.s. e s.n.c. sono società la cui natura commerciale è valida a qualificare l'utile come reddito d'impresa; le società semplici invece sono società non commerciali (in caso di svolgimento di attività commerciale, si verificherebbe la fattispecie di società semplice fiscalmente irregolare che andrebbe attratta al regime fiscale delle s.n.c.) per le quali lo schermo societario si configura fiscalmente inesistente: esse infatti non producono reddito d'impresa ma redditi che seguono la fonte originaria.

In conclusione, il nesso fra natura civilistica dell'ente e natura fiscale sembra dunque avere portata variabile: è diretto per le società personali tipizzate e residenti, è debole per le società in trasparenza opzionale (in particolare per le società in “piccola trasparenza”), del tutto assente per le società personali non tipizzate e/o non residenti.

Di conseguenza, non è rilevabile un nesso diretto fra disciplina civile e fiscale delle partnership ma solo eventuale: il che conferma l'ampia discrezionalità del legislatore fiscale nell'individuare e classificare i soggetti passivi d'imposta.

Si può dunque affermare che il partnership approach italiano è un complesso di regole fiscali che fa perno sul principio di trasparenza (che è un metodo di imputazione) per dare luogo ad un regime fiscale tendenzialmente uniforme contrassegnato da diverse sfumature (trasparenza delle società personali commerciali, delle società personali non commerciali, trasparenza opzionale delle società di capitali, opacità fiscale delle società personali estere e delle società personali non residenti) in ragione delle diverse funzioni che esso svolge all'interno del sistema fiscale.

## 2.2 LE PARTNERSHIPS NEL SISTEMA FISCALE DOMESTICO SVIZZERO

Il sistema fiscale svizzero riflette la struttura federale della confederazione. È articolato su tre livelli: federale, cantonale e comunale.

La Federazione riscuote le imposte esplicitamente previste dalla Costituzione, i ventisei Cantoni godono di sovranità fiscale autonoma, mentre i Comuni dispongono di una potestà fiscale derivata e delimitata dal diritto cantonale<sup>554</sup>.

L'imposizione diretta centrale è codificata (art. 128 Cost.) nel sistema della Legge sull'Imposta Federale Diretta (LIFD del 14/12/1990, applicata sul reddito delle persone fisiche e sull'utile delle persone giuridiche) mentre alla Legge federale sull'Armonizzazione fiscale delle Imposte Dirette e dei cantoni (LAID del 14/12/1990) è demandata la definizione delle modalità in cui Cantoni e Comuni stabiliscono in modo armonizzato aliquote, tariffe e importi esenti dall'imposta<sup>555</sup>. La legge federale sull'imposta preventiva (LIP del 13 ottobre 1965) prevede un prelievo alla fonte sui redditi dei capitali mobili (in particolare interessi e dividendi), sulle vincite alle lotterie di provenienza svizzera e su determinate prestazioni d'assicurazione<sup>556</sup>.

Nell'ordinamento fiscale svizzero, la sovranità fiscale (potere legale ed effettivo di un ente di riscuotere imposte) è ancorata ai principi costituzionali di:

- uguaglianza giuridica (art. 8 Cost.);
- libertà economica (art. 27 e 94-107 Cost.);
- garanzia della proprietà (art. 26 Cost.);
- libertà di credo e di coscienza (art. 15 Cost.);
- divieto della doppia imposizione intercantonale (art. 127 cpv. 3 Cost.);
- divieto di agevolazioni fiscali ingiustificate (art. 129 cpv. 3 Cost.).

La ripartizione della potestà impositiva fra Federazione e Cantoni e i criteri di imputazione degli introiti fiscali è oggetto di un patto legale diretto fra cittadini svizzeri, i quali mediante l'istituto del referendum, sono chiamati ad esprimersi sulle modifiche di assetto normativo che riguardano il settore della fiscalità. Tale patto è costantemente aggiornato.

---

<sup>554</sup> Reich M., *Steuerrecht, 2nd edition*, Zürich/Basel/Genf, 2012, p.195 ss.; Bianchi S., *Cenni di diritto tributario svizzero*, in BTI, n. 9 /1987, p.724.

<sup>555</sup> L'imposta federale diretta è generalmente riscossa dai Cantoni che ne versano l'87% trattenendo il 13% nella loro disponibilità. Per i Comuni ed i Cantoni più di due terzi delle entrate fiscali sono costituite dalle imposte dirette. La Federazione è competente per l'IVA e solo in via limitata per le imposte dirette che costituiscono in media non più di 1/3 delle sue entrate.

<sup>556</sup> Bianchi S., *Cenni di diritto tributario svizzero cit.*, p.726.



Il sistema fiscale svizzero adotta il principio generale della residenza fiscale, nota più tradizionalmente come *appartenenza personale*. La tassazione su base personale dei redditi ovunque prodotti (*worldwide income taxation principle*) quindi è subordinata al requisito di appartenenza personale<sup>557</sup>, così come declinato dall'art. 3(3) LIFD per le persone fisiche<sup>558</sup> e dall'art. 50 LIFD per le persone giuridiche<sup>559</sup>.

L'art. 6(1) LIFD per le persone fisiche e l'art. 52(1) LIFD per le persone giuridiche<sup>560</sup> definiscono l'estensione illimitata della appartenenza personale con la sola eccezione delle imprese, delle stabili organizzazione e dei fondi esteri. Il che stabilisce ad ampio spettro un principio generale di esclusione<sup>561</sup> dall'imposizione fiscale dei redditi di impresa e dei redditi da fondi di investimento conseguiti all'estero<sup>562</sup>.

Simmetricamente, come declinazione del principio di territorialità, l'*appartenenza economica* individua il requisito per attrarre a tassazione le persone non residenti. Gli art. 4 e 5 LIFD definiscono in particolare i criteri di collegamento per la tassazione dei soli redditi di fonte svizzera prodotti da persone fisiche prive del

---

<sup>557</sup> Ibidem, p.725.

<sup>558</sup> LIFD art. 3(1): «*Le persone fisiche sono assoggettate all'imposta in virtù della loro appartenenza personale quando hanno domicilio o dimora fiscale in Svizzera*».

<sup>559</sup> LIFD Art. 50: «*Le persone giuridiche sono assoggettate all'imposta in virtù della loro appartenenza personale quando hanno sede o amministrazione effettiva in Svizzera*».

<sup>560</sup> LIFD art. 6(1) e 52(1) con medesima formulazione prevedono che: «*L'assoggettamento in virtù dell'appartenenza personale è illimitato; esso non si estende tuttavia alle imprese, agli stabilimenti d'impresa e ai fondi siti all'estero*».

<sup>561</sup> Tale principio in realtà si configura materialmente in una esenzione con progressione: v. LIFD art. 7: «*1 Le persone fisiche parzialmente assoggettate all'imposta sul reddito in Svizzera devono l'imposta sugli elementi imponibili in Svizzera al tasso corrispondente alla totalità dei loro redditi. 2 I contribuenti domiciliati all'estero devono le imposte per imprese, stabilimenti d'impresa e fondi in Svizzera almeno al tasso corrispondente al reddito conseguito in Svizzera*».

<sup>562</sup> Bianchi S., Cenni di diritto tributario svizzero cit., p.725.

requisito di appartenenza personale<sup>563</sup>. L'art.6(2) LIFD per le persone fisiche<sup>564</sup> e l'art. 52(2) LIFD per le persone giuridiche<sup>565</sup> limitano l'estensione della appartenenza economica ai soli redditi di fonte svizzera.

Il sistema fiscale cantonale accorda un trattamento particolarmente agevolato all'attività di partecipazione in altre imprese societarie che prende tradizionalmente il nome di privilegio holding<sup>566</sup>. Analoghi trattamenti agevolati sono previsti dalla legislazione cantonale per società di domicilio, società ausiliarie e società miste<sup>567</sup>.

---

<sup>563</sup> LIFD Art. 4 Imprese, stabilimenti d'impresa e fondi: «1. Le persone fisiche senza domicilio o dimora fiscale in Svizzera sono assoggettate all'imposta in virtù della loro appartenenza economica se:

a.sono titolari, associate o usufruttuarie di imprese in Svizzera;

b.tengono stabilimenti d'impresa in Svizzera;

c.sono proprietarie di fondi in Svizzera o hanno su di essi diritti di godimento reali o diritti di godimento personali a questi economicamente assimilabili;

d.fanno commercio di immobili siti in Svizzera o fungono da intermediari in queste operazioni immobiliari.

2 Per stabilimento d'impresa s'intende una sede fissa di affari o di lavoro dove si svolge, in tutto o in parte, l'attività di un'impresa o di una libera professione. Sono considerate tali, in particolare, le succursali, le officine e i laboratori, gli uffici di vendita, le rappresentanze permanenti, le miniere e ogni altro luogo di estrazione di risorse naturali come anche i cantieri di costruzione o di montaggio la cui durata è di almeno 12 mesi»

LIFD Art. 5 Altri elementi imponibili: «1. Le persone fisiche senza domicilio o dimora fiscale in Svizzera sono assoggettate all'imposta in virtù della loro appartenenza economica se:

a.esercitano un'attività lucrativa in Svizzera;

b.in quanto membri dell'amministrazione o della direzione di persone giuridiche con sede o stabilimento d'impresa in Svizzera, ricevono tantièmes, gettoni di presenza, indennità fisse, partecipazioni di collaboratore o analoghe remunerazioni;

c.sono titolari o usufruttuarie di crediti garantiti da pegno immobiliare o manuale su fondi siti in Svizzera;

d.ricevono pensioni, assegni di quiescenza o altre prestazioni da un datore di lavoro o da un istituto di previdenza con sede in Svizzera in virtù di un precedente rapporto di lavoro di diritto pubblico;

e.ricevono prestazioni da istituzioni di diritto privato svizzere di previdenza professionale o da forme riconosciute di previdenza individuale vincolata;

f.ricevono un salario o altre remunerazioni da un datore di lavoro con sede o stabilimento d'impresa in Svizzera a motivo della loro attività nel traffico internazionale a bordo di navi o battelli, di un aeromobile o di un veicolo da trasporto stradale; fa eccezione l'imposizione dei marittimi per il lavoro a bordo di una nave d'alto mare.

2. Se le prestazioni non vengono corrisposte alle persone summenzionate, ma a terzi, questi sono imponibili».

<sup>564</sup> LIFD art.6(2): «L'assoggettamento in virtù dell'appartenenza economica è limitato alla parte del reddito per cui sussiste un obbligo fiscale in Svizzera secondo gli articoli 4 e 5. Dev'essere almeno imposto il reddito conseguito in Svizzera».

<sup>565</sup> LIFD art.52(2): «L'assoggettamento in virtù dell'appartenenza economica è limitato all'utile per cui sussiste un obbligo fiscale in Svizzera secondo l'articolo 51».

<sup>566</sup> Si tratta di un regime fiscale cantonale e comunale applicato all'attività e non a particolari strutture societarie che può interessare le società di capitale e le cooperative. Il privilegio holding consiste nella sostituzione dell'imposizione diretta ordinaria sull'utile netto societario con una imposizione ad aliquota molto bassa sul capitale imponibile della società e non va confuso il privilegio di affiliazione proprio del regime fiscale delle holding, una forma di pex indiretta, giustificata dall'esigenza di abolire la tripla imposizione all'interno della catena delle partecipazioni. V. Barbagelata G., Jaeggi P. A., *Alcune riflessioni sull'applicabilità della normativa sulle controlled foreign companies alle società holding svizzere*, in IF n.21/2003, p.3237 ss.

<sup>567</sup> V. Antonacchio F., *La confederazione elvetica ad un bivio tra "black list" e "white list"*, in FI, 2 / 2009, p. 130 ss.; Garufi S., Garbarino C., *Contrastare le pratiche fiscali dannose in modo più effettivo: considerare la trasparenza e la sostanza*, in FI, 7 / 2015, p. 10; Comuzzi P., *Le società svizzere: chiarimenti ministeriali sulle CFC*, IF, 13/02, p.1982.

## 2.2.1 Il partnership approach svizzero

### 2.2.1.1 Domestic partnership approach

L'art. 49(1) LIFD<sup>568</sup> elenca le società soggette alla corporate tax e stabilisce un principio generale in base al quale la soggettività d'imposta segue la personalità giuridica dell'ente: tutte le entità dotate di personalità giuridica sono tassabili come contribuenti separati e, come regola generale, il riconoscimento della personalità giuridica di una entità avviene in base al diritto civile svizzero<sup>569</sup>.

Tale regola generale ammette solo tre eccezioni<sup>570</sup>.

Nelle prime due è la legge a classificare l'ente: i fondi immobiliari sono considerati soggetti passivi<sup>571</sup> e i fondi comuni d'investimento collettivo classificati invece come enti trasparenti<sup>572</sup>.

La terza è rappresentata dalla dottrina *Durchgriff*, un meccanismo antiabuso che, al ricorrere di determinate condizioni stabilite dalla Corte suprema federale<sup>573</sup>, consente di negare l'esistenza di un autonomo soggetto passivo di imposta e di imputare per trasparenza attraverso il cd "*corporate veil lifting*" il reddito ad un altro soggetto (per

---

<sup>568</sup> LIFD Art. 49: «1. Sono imponibili come persone giuridiche:

a. le società di capitali (società anonime, società in accomandita per azioni e società a garanzia limitata) come pure le società cooperative;

b. le associazioni, le fondazioni e le altre persone giuridiche».

<sup>569</sup> Salom J., Salomé H., *Switzerland branch report*, in IFA – 68th Congress of the International Fiscal Association (Mumbai 2014), *Qualification of taxable entities and treaty protection*, in Cahiers de droit fiscal international Vol. 99 b), The Hague: Sdu Uitgevers, 2014, p.798; Locker P., *Kommentar zum DBG - Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer*, Band 2, Therwil/ Basel 2004, art. 49.

<sup>570</sup> Salom J., *Income in Swiss and International Tax Law*, in BIT, n.7/2011, p.396.

<sup>571</sup> LIFD art. 49(2): «Gli investimenti collettivi di capitale con possesso fondiario diretto ai sensi dell'articolo 58 LICol sono assimilati alle altre persone giuridiche (...)». I fondi immobiliari sono trattati come società incorporate anche se privi di personalità giuridica. La ratio di questa eccezione deriva dalla difficoltà a dividere i profitti della gestione immobiliare fra i vari cantoni. Cfr. Salom J., Salomé H., *Switzerland branch report*, cit., p.799;

<sup>572</sup> LIFD art. 10(2): «Il reddito degli investimenti collettivi di capitale ai sensi della legge del 23 giugno 20062 sugli investimenti collettivi (LICol) è attribuito agli investitori in funzione delle loro quote; ne sono eccettuati gli investimenti collettivi di capitale con possesso fondiario diretto».

LIFD art. 49(2): « (...) Le società di investimento a capitale fisso ai sensi dell'articolo 110 LICol sono tassate come le società di capitali». Il sistema fiscale svizzero prevede che il fondo gestito da un ente con qualsiasi forma giuridica, anche una società con personalità giuridica come le SICAV, sia tassato per trasparenza. Ciò per consentire la neutralità fiscale della gestione dell'attività indipendentemente dalla forma (same business, same rules). Le SICAV quindi sono persone giuridiche tassate per trasparenza limitatamente agli utili del fondo di investimento ma ad esempio sono soggetti passivi d'imposta per gli utili derivanti della gestione di fondi immobiliari. Sulla trasparenza fiscale del fondo e personalità giuridica dell'ente gestore v. Glauser P.M., *Switzerland branch report*, in Gutmann D., *Corporate Income Tax Subjects: EATLP Annual Congress Lisbon 2013* (Vol. 12), IBFD, 2016, p. 495-497; Boyer M., Hilderbrandt M.W., *Switzerland branch report*, in IFA – 61th Congress of the International Fiscal Association (Kyoto, 2007), *Conflicts on the attribution of income to a person*, in Cahiers de droit fiscal international vol. 92 b), Rotterdam: International fiscal association, 2007, p. 639 ss.; Salom J., Salomé H., *Switzerland branch report*, cit., p.799.

<sup>573</sup> Tali condizioni sono: a) i soci della società hanno il completo controllo economico dei redditi imputati alla società, b) l'impiego della società per soli fini evasivi. V. sent. 55 I 373 e 59 I 272; Salom J., Salomé H., *Switzerland branch report*, cit., p. 799 e letteratura ivi citata. V. anche Boyer M., Hilderbrandt M.W., *Switzerland branch report*, cit., p. 640, il quale riporta la sentenza della Corte suprema 107 Ib 322.

esempio gli utili ai soci)<sup>574</sup>. La trasparenza fiscale accordata ad un ente dotato di personalità giuridica, in quanto nega l'effetto diretto di tale personalità, comporta una espressa violazione del principio di legalità<sup>575</sup>. Tale dottrina pertanto è ammissibile solo in quanto integra un congegno antielusivo applicato a singoli casi di specie<sup>576</sup>; ha quindi natura asistemica.

Le partnerships non sono autonomi soggetti passivi, giacché non rientrano né fra le persone dell'art. 3 e 5 LIFD, né fra le società dell'art. 49(1) LIFD, né fra i fondi di investimento dell'art. 49(2) LIFD.

L'art. 10 LIFD<sup>577</sup> elenca le società personali come strutture trasparenti tassate a livello dei loro soci<sup>578</sup>. S.n.c, s.a.s. e s.s. sono infatti tenute a determinare profitti e perdite dell'attività sulla base di apposita contabilità e l'utile netto è poi imputato pro quota a ciascun socio sulla base degli ordinari principi commerciali<sup>579</sup>. L'utile generato dalla partnership svizzera conserva la propria natura di reddito di impresa anche in capo ai soci.

La classificazione di una entità come ente tassabile è dunque tassativa, in quanto discende automaticamente dalla personalità giuridica dell'ente, non è sindacabile dall'ente stesso<sup>580</sup> e decorre dal momento della costituzione secondo la legge svizzera; questo segna anche il momento a decorrere dal quale l'entità stessa assume personalità

---

<sup>574</sup> *Durchgriff* è una espressione tedesca analoga al *veil lifting* o *veil-piercing* anglosassone. La dottrina *Durchgriff* (detta anche *veil lifting doctrine* o anche *alter ego doctrine*) consente ad un giudice di ignorare l'esistenza di una autonoma persona giuridica per consentire l'imputazione di determinate fattispecie ai soci dell'ente o ai suoi partecipanti. In altre parole, si tratta di un approccio che rende trasparente lo schermo societario disconoscendo la personalità giuridica dell'ente. Cfr. Di Gabrielle K-K, Rigozzi A., *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, mn.3.174.

Sui criteri che motivano il ricorso al *Durchgriff* v. Decisione corte suprema 8/4/1999.

<sup>575</sup> Desax M., *Switzerland branch report*, in IFA – Congress of the International Fiscal Association (Rio de Janeiro, 1989), *The disregard of a legal entity for tax purposes*, in *Cahiers de droit fiscal international* Vol. 74a, p. 513.

<sup>576</sup> Salom J., Salomé H., *Switzerland branch report*, cit., p.799.

<sup>577</sup> LIFD Art. 10 Comunioni ereditarie, società e investimenti collettivi di capitale: «1. Il reddito di comunioni ereditarie è aggiunto a quello dei singoli eredi, il reddito di società semplici, di società in nome collettivo e società in accomandita è aggiunto agli elementi imponibili dei singoli soci.

2 Il reddito degli investimenti collettivi di capitale ai sensi della legge del 23 giugno 20062 sugli investimenti collettivi (LICol) è attribuito agli investitori in funzione delle loro quote; ne sono eccettuati gli investimenti collettivi di capitale con possesso fondiario diretto».

<sup>578</sup> Cfr. Glauser P.M., *Switzerland branch report*, cit., p. 490; Boyer M., Hilderbrandt M.W., *Switzerland branch report*, cit., p. 623.

<sup>579</sup> OR art. 558(1), 598(1), 959. Secondo alcuni commentatori tale ragione non le rende completamente trasparenti ai fini fiscali. v. Salvi 1995, 518 e Salome 2002, p. 32.

<sup>580</sup> Cfr. Oberson X., *Droit fiscal suisse*, éd. 4, Basel, 2012, par. 9; Glauser P.M., *Transparence fiscale: vers un nouveau mode d'allocation internationale du profit dans les groupes de sociétés*, in *Revue fiscale* n.7/2006, p. 488; Glauser P.M., *Switzerland branch report*, cit. p. 493.

giuridica<sup>581</sup>. Tale momento coincide con la data di iscrizione nel registro commerciale (art. 54(1) LIFD e art. 643(1) codice delle obbligazioni)<sup>582</sup>.

La classificazione fiscale dell'ente in base alla legge civile inoltre riguarda l'ente nella sua interezza e non consente di classificare un ente come parzialmente tassabile o parzialmente trasparente.

La dottrina *Durchgriff* può essere impiegata, entro certi limiti e solo in sede giurisdizionale, per negare la opacità fiscale di un ente dotato di personalità giuridica ma non è applicabile agli enti trasparenti, in quanto questi sono sprovvisti di personalità giuridica.

Specularmente, dunque, anche la trasparenza fiscale delle partnership è un regime naturale inderogabile in quanto discende dalla carenza di personalità giuridica dell'ente in base al diritto civile. Al contrario dell'opacità fiscale, dove la personalità giuridica può essere ignorata se in una data fattispecie ne è accertata l'abusività con l'effetto di trasformarsi in un regime di trasparenza, nella trasparenza la personalità giuridica non può essere ignorata giacché per assunto l'ente non è persona giuridica<sup>583</sup>. Questa dunque si caratterizza come regime fiscale inderogabile in assoluto.

Da tale ricostruzione emerge che nel sistema fiscale svizzero il carattere della personalità giuridica assume un ruolo centrale per determinare le modalità di tassazione dei redditi prodotti dagli enti collettivi: l'ente dotato di personalità sconta la *corporate tax* mentre quello privo di personalità giuridica è tassato per trasparenza<sup>584</sup>.

In concomitanza con la riforma della tassazione dei soci, si è sviluppato un vivace dibattito dottrinario in Svizzera che ha visto confermare le logiche della teoria della separazione societaria anche dalla Corte federale<sup>585</sup>.

I pagamenti speciali ai soci (canoni di affitto, commissioni, interessi passivi su mutui, royalties) sono deducibili dal reddito della società e integrano autonome fonti di reddito per i singoli soci percettori.

Come rimedio unilaterale contro la doppia imposizione, la svizzera adotta in genere l'esenzione (con progressione) e residualmente la deduzione dell'imposta

---

<sup>581</sup> v. Salom J., Salomé H., *Switzerland branch report*, cit., p. 800.

<sup>582</sup> LIFD Art. 54: «1 L'assoggettamento comincia il giorno della costituzione della persona giuridica, del trasferimento della sede o dell'amministrazione effettiva in Svizzera o dell'acquisizione di un elemento imponibile in Svizzera.

2 L'assoggettamento cessa il giorno della chiusura della liquidazione della persona giuridica, del trasferimento della sede o dell'amministrazione effettiva all'estero oppure con l'estinzione dell'elemento imponibile in Svizzera (...).

<sup>583</sup> Salom J., Salomé H., *Switzerland branch report*, cit., p.800.

<sup>584</sup> Glauser P.M., *Switzerland branch report*, cit., p.491.

<sup>585</sup> Glauser P.M., *Switzerland branch report*, cit., p.492; Decisione della Corte Suprema svizzera del 28 giugno 2011.

estera. I redditi delle stabili organizzazioni (definite dal Trattato o dalla legge interna) e i redditi immobiliari di fonte estera sono esenti. Gli utili prodotti da *branch* estere della partnership domestica, come i dividendi e gli interessi derivanti una stabile organizzazione all'estero, sono esenti dall'imposta svizzera. I dividendi e gli interessi di fonte estera percepiti da una partnership in assenza di trattato sono inclusi nel reddito imponibile dopo la deduzione delle imposte pagate<sup>586</sup>. Tutti gli altri redditi di fonte estera sono imponibili ma in assenza di un Trattato sono computati al lordo delle relative imposte estere.

Le partnership svizzere beneficiano del credito per le imposte estere solo in quanto previsto da un Trattato come rimedio contro la doppia imposizione internazionale per dividendi, interessi e royalties<sup>587</sup>. La ritenuta estera detratta dall'imposta svizzera per disposizione convenzionale è inclusa nel reddito imponibile.

### 2.2.1.2 Foreign partnership approach

Il sistema fiscale svizzero non prevede alcuna definizione di entità estera né un elenco di criteri normativi di classificazione delle entità estere come fiscalmente opache o trasparenti<sup>588</sup>.

A tal fine vengono in rilievo le disposizioni del diritto internazionale privato<sup>589</sup> le quali riguardo le società primariamente accolgono la *teoria dell'incorporazione* e solo sussidiariamente quella della *dottrina dell'amministrazione centrale*<sup>590</sup>. La nozione di società in questo caso è ampia<sup>591</sup> ma esclude espressamente le società semplici non registrate e prive di organizzazione (*silent partnership*) che sono governate dalle disposizioni sui contratti<sup>592</sup>. La legge applicabile secondo il diritto

---

<sup>586</sup> LIFD art. 32 (1): «1 Il contribuente che possiede beni mobili privati può dedurre i costi d'amministrazione da parte di terzi e le imposte alla fonte estere che non possono essere né rimborsate né computate».

<sup>587</sup> Salomé H., *International Taxation of Partnerships...* cit., p. 82; V. Ordinanza 1 del DFF sul computo di imposte alla fonte estere del 4 dicembre 2019 (Stato 1° febbraio 2020).

<sup>588</sup> Salomé H., *International Taxation of Partnerships...* cit., p. 37; Glauser P.M., *Switzerland branch report*, cit., p. 493.

<sup>589</sup> Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP) del 18 dicembre 1987 (Stato 1° aprile 2020).

<sup>590</sup> LIPD art. 154: «1. Le società sono regolate dal diritto dello Stato giusta il quale sono organizzate, se ne adempiono le prescrizioni in materia di pubblicità o registrazione o, in mancanza di tali prescrizioni, si sono organizzate giusta il diritto di questo Stato.

2. La società che non adempie tali condizioni sottostà al diritto dello Stato in cui è amministrata effettivamente».

<sup>591</sup> Salomé H., *International Taxation of Partnerships...* cit., p. 37.

<sup>592</sup> LIPD art. 150: «1. Sono società nel senso della presente legge le unioni di persone e le unità patrimoniali, organizzate». 2. Le società semplici che non si sono dotate di un'organizzazione sono regolate dal diritto applicabile ai contratti (art. 116 segg.)».

internazionale privato regola tutti i profili organizzativi e funzionali della partnership<sup>593</sup>.

Questa circostanza è all'origine di numerosi dubbi interpretativi sulla definizione di partnership estera e divide la letteratura in opposte fazioni: i sostenitori della teoria dell'incorporazione, quanti invece sostengono che si tratti di una società con una limitata presenza in Svizzera e quanti invece danno rilevanza alla residenza dei soci<sup>594</sup>.

Fino al 2011 questa circostanza creò numerosi dubbi interpretativi e divise la letteratura fra quanti ritenevano che la norma interna (art. 11 e 49(3) LIFD) configurasse un *all corporate approach* per tutte le società estere e quanti invece sostenevano che la trasparenza/opacità dell'ente fosse dipendente dalla natura legale dell'ente stesso in base alla legge vigente nel suo Stato di costituzione e che le norme interne intervenissero a definire solo le modalità di applicazione concreta del principio di territorialità<sup>595</sup>. La soluzione di tale questione, a ben vedere, non era affatto ininfluenza giacché avrebbe individuato definitivamente non solo il criterio di classificazione delle partnership ma anche il diverso regime di territorialità (*rectius*, *appartenenza economica*) applicabile: se quello per persone fisiche (artt. 3-6 LIFD) oppure quello per persone giuridiche (artt. 50-53 LIFD).

Gli art. 11 e 49(3) LIFD rappresentano una disciplina specifica per tutte le società estere che operano in Svizzera<sup>596</sup>.

---

<sup>593</sup> LIPD art. 155 «1. Fatti salvi gli articoli 156 a 161, il diritto applicabile alla società determina in particolare: a. la natura giuridica; b. la costituzione e lo scioglimento; c. la capacità giuridica e la capacità di agire; d. il nome o la ditta; e. l'organizzazione; f. i rapporti interni, segnatamente quelli tra la società ed i membri; g. la responsabilità in caso di violazione delle norme del diritto societario; h. la responsabilità per i debiti societari; i. la rappresentanza delle persone che agiscono per la società in virtù della sua organizzazione».

<sup>594</sup> V. sul punto Glauser P.M., *Switzerland branch report*, cit. p. 504; Locker P., *Kommentar zum DBG*, cit., art. 11; Reich M., *Steuerrecht*, Zürich/Basel/Genf, 2012, p. 235; Salvi I., *Switzerland branch report*, cit., p. 518; Salomé H., *International Taxation of Partnerships...* cit., p. 32; Salom J., *Income in Swiss and International Tax Law*, cit., p.396.

<sup>595</sup> Cfr Salomé H., *International Taxation of Partnerships...* cit., p. 35 e Salvi I., *Switzerland branch report*, cit., p. 516 sostiene in definitiva che il riconoscere la trasparenza estera al pari di quella interna renderebbe le norme interne utili per definire: il criterio di comparabilità delle partnership straniere con quelle elvetiche (art. 49 LIFD) e il regime impositivo concretamente applicabile alle partnership estere (art. 11 LIFD), visto che la Svizzera applica diversi regimi fiscali domestici a imprese, fondi e altre attività.

Contra: Boyer M., Hilderbrandt M.W., *Switzerland branch report*, cit., p. 629 il quale sostiene che la soluzione della questione è rimessa solo all'applicazione delle speciali clausole sulle partnership inserite nei singoli Trattati.

<sup>596</sup> LIFD Art. 11: «Le società commerciali estere e le altre comunità di persone estere senza personalità giuridica assoggettate all'imposta in virtù dell'appartenenza economica sono imponibili conformemente alle disposizioni applicabili alle persone giuridiche».

LIFD Art. 49(3): «Le persone giuridiche straniere, nonché le società commerciali e le altre comunità di persone straniere senza personalità giuridica imponibili giusta l'articolo 11, sono assimilate alle persone giuridiche svizzere con le quali esse, per la loro natura giuridica o la loro forma effettiva, hanno maggior affinità».

Tale combinazione normativa prevede per tutte le società estere con redditi di fonte svizzera, come patrimoni immobiliari o stabili organizzazioni, un approccio classificatorio a doppio test: il primo test verifica che l'ente estero abbia personalità giuridica, il secondo individua il tipo legale svizzero cui l'ente presenta caratteristiche più simili<sup>597</sup>.

In base al primo test, un ente estero è classificato autonomamente tassabile solo se persona giuridica in base al diritto civile dello Stato in cui è costituito o dello Stato in cui è effettivamente gestito. Si tratta in definitiva di una classificazione che segue le regole del diritto internazionale privato svizzero.

Tale approccio risulta di applicazione relativamente semplice per le società estere dotate di personalità giuridica<sup>598</sup> ma solleva maggiori complessità per le partnerships estere giacché costituisce un'eccezione al principio di trasparenza, che come detto sarebbe inderogabile<sup>599</sup>.

La ratio di tale disciplina è semplificare la tassazione delle entità estere di qualunque natura ed evitare al contempo l'obbligo di registrazione in Svizzera di tutti i soci che svolgono un'unica attività economica in Svizzera mediante una partnership<sup>600</sup>.

Infatti, in assenza del requisito di personalità giuridica definito nello Stato di stabilimento l'ente sarebbe classificato come trasparente ai fini della legge fiscale svizzera (art. 11 LIFD) e l'utile d'impresa dovrebbe essere imputato ai soci.

Ciò tuttavia avviene solo limitatamente ai soci residenti in Svizzera e non ai soci esteri.

Per effetto degli art. 11 e 49(3) LIFD infatti le partnerships estere sono classificate come persone giuridiche estere per gli utili conseguiti dal socio estero<sup>601</sup> e in particolare per la sola parte di attività svolta in Svizzera dal socio estero<sup>602</sup>. Le stesse partnerships estere invece conservano la classificazione di entità fiscalmente trasparenti per tutti gli utili (sia quelli di fonte svizzera che di altra fonte) imputati dalla società trasparente al socio residente in Svizzera<sup>603</sup>. Si viene a creare cioè una situazione nella quale, per la fiscalità svizzera, una medesima partnership estera si

---

<sup>597</sup> Glauser P.M. *Switzerland branch report*, cit., p. 499.

<sup>598</sup> *Ibidem*, p. 503.

<sup>599</sup> *Ibidem*, p. 499.

<sup>600</sup> *Ibidem*, p. 499.

<sup>601</sup> Salom J., *Income in Swiss and International Tax Law*, cit., p. 396 e in particolare nota n.21 e 22.

<sup>602</sup> Tale attività è attratta a tassazione in Svizzera in base al principio di territorialità (appartenenza economica) degli art. 4 e 5 LIFD.

<sup>603</sup> Glauser P.M. *Switzerland branch report*, cit., p. 503.



classifica simultaneamente come ente fiscalmente opaco ed ente fiscalmente trasparente in ragione della residenza dei soci e della fonte dei redditi della partnership<sup>604</sup>.

Per il diritto tributario svizzero, quindi, gli utili imputati ai soci non residenti (in quanto soggetti passivi solo limitatamente ai redditi di fonte svizzera) sono imputati e tassati a livello della società<sup>605</sup>, mentre gli utili imputati ai soci residenti sono sommati agli altri redditi del socio e tassati come reddito mondiale in capo a questo<sup>606</sup>.

La tassazione dei redditi di fonte svizzera realizzati mediante partnership di diritto estero configura una delle poche eccezioni in cui il diritto tributario impiega meccanismi di imputazione reddituale divergenti da quelli del diritto civile<sup>607</sup>.

Il problema della classificazione e della tassazione delle partnership estere si riduce quindi ad un problema di residenza dei suoi soci: se una partnership è soggetta ad una tassazione su base mondiale o territoriale dipende dalla disciplina fiscale svizzera applicabile ai soci<sup>608</sup>.

Se la partnership è governata dalla legge Svizzera, in quanto priva di personalità giuridica, sarà sempre tassata in base al principio di trasparenza. Se la partnership è domestica dovrà dichiarare il reddito mondiale prodotto (art. 129 LIFD)<sup>609</sup> e il prelievo avverrà sempre sui soci (art. 10 LIFD). Se questi sono residenti il prelievo avrà a base il reddito mondiale del socio (appartenenza personale), se invece i soci sono non residenti il prelievo avverrà sul cumulo dei soli redditi di fonte svizzera (appartenenza economica).

Se invece la partnership è governata dalla legge estera e questa non dota la società di personalità giuridica, diventerà rilevante la residenza svizzera dei soci: se il socio è residente in Svizzera questo continuerà ad essere tassato sul reddito mondiale inclusivo della quota di utile imputato per trasparenza dalla partnership estera; il

---

<sup>604</sup> In realtà la letteratura non sembra giunta a una definizione chiara del criterio di territorialità applicabile alle partnership estere, v. Glauser P.M. *Switzerland branch report*, cit., p. 505.

<sup>605</sup> V, Salomé H., *International Taxation of Partnerships...* cit., p.33, Salvi, IFA 1995, p. 518. V. anche Glauser P.M. *Switzerland branch report*, cit., p. 507 il quale riporta l'opinione di alcuni autori secondo i quali tale situazione integrerebbe la fattispecie di sostituzione d'imposta sebbene di fatto sia la società a dover presentare una dichiarazione fiscale ai fini dell'imposta sulle persone giuridiche per il reddito di fonte svizzera imputato al socio estero.

<sup>606</sup> V, Salomé H., *International Taxation of Partnerships...* cit., p.33.

<sup>607</sup> V. Salom J., *Income in Swiss and International Tax Law*, cit., p. 396, il quale ne segnala altri nelle deroghe previste dalla legge fiscale per i fondi immobiliari tassati come le persone giuridiche anche se civilisticamente trasparenti e per i fondi comuni di investimento tassati per trasparenza anche se civilisticamente persone giuridiche.

<sup>608</sup> V Salomé H., *International Taxation of Partnerships...* cit., p.33.

<sup>609</sup> LIFD Art. 129 «*1 Devono presentare un'attestazione all'autorità di tassazione, per ogni periodo fiscale: (...) c. le società semplici e le società di persone, su tutti i rapporti importanti per la tassazione dei loro soci, segnatamente sulla loro quota al reddito e al patrimonio della società*».

prelievo sul socio estero (escludendo naturalmente i redditi di fonte non svizzera) avverrà in capo alla società che sarà classificata fiscalmente opaca e assoggettata all'imposte sulle persone giuridiche per i redditi di fonte svizzera.

Il socio svizzero di partnership estera non altera il regime di imputazione per trasparenza; ai fini della fiscalità svizzera, questo sommerà gli utili imputati per trasparenza della partnership a tutti gli altri redditi, dichiarerà in Svizzera il reddito mondiale e sarà tassato in base al suo regime fiscale naturale (persona fisica o giuridica).

Il socio estero della partnership estera con redditi di fonte svizzera, per la sua parte di utili, altera invece il regime di imputazione reddituale previsto dalla legge civile svizzera: tale socio classificherà la partnership estera come fiscalmente opaca conformandone il regime di tassazione a quello di una qualunque persona giuridica estera limitatamente ai redditi di fonte svizzera.

In base al secondo test dell'art. 49(3), stabilito che l'entità è classificabile come autonomo soggetto passivo o come ente trasparente, la tassazione dell'ente avviene per assimilazione al regime fiscale applicabile alla persona giuridica svizzera più prossimo e affine per caratteristiche legali o fattuali (art. 49(3) LIFD)<sup>610</sup>.

Dal 2011, la definizione dei criteri di classificazione delle partnership estere è affidata ad un documento di prassi nel quale le autorità svizzere definiscono il trattamento fiscale di una LLC statunitense<sup>611</sup>. In tale circostanza, il criterio più importante è individuato nel possesso della personalità giuridica in base alla legge dello Stato di stabilimento a discapito del criterio di limitazione di responsabilità dei soci<sup>612</sup>. Tale prassi esclude categoricamente la rilevanza, ai fini della fiscalità svizzera, del trattamento fiscale subito dalla partnership nella giurisdizione estera in cui questa è stabilita o organizzata<sup>613</sup>.

In modo analogo, tali criteri sono impiegati per classificare tutti i tipi di enti esteri come entità tassabili o meno ai fini della legge svizzera. La legge svizzera non

---

<sup>610</sup> Gli elementi legali o fattuali in questo caso sono le clausole e le decisioni che evidenziano come l'ente è effettivamente organizzato. V. Salom J., Salomé H., *Switzerland branch report*, cit., p. 802; Glauser P.M. *Switzerland branch report*, cit., p. 507.

<sup>611</sup> V. Conferenza fiscale svizzera, Informations pratiques relatives au traitement fiscal des Limited Liability Companies américaines (USA) en matière d'impôts directs, approuvées par le Comité de la Conférence suisse des impôts le 6.9.2011 (da ora Circolare LLC). In tale circolare le autorità svizzere hanno comparato una srl Svizzera con una LLC statunitense per verificare se la società americana potesse essere classificata come entità tassabile ai fini della determinazione del reddito imputabile ai soci svizzeri.

<sup>612</sup> Di questo avviso Salom J., Salomé H., *Switzerland branch report*, cit., p.801.

<sup>613</sup> V. Circolare LLC p. 3.

prevede l'opzione per un trattamento diverso da quello stabilito in base a tali criteri. In caso di dubbio è prevista la possibilità di chiedere un tax ruling alle autorità fiscali<sup>614</sup>.

### 2.2.1.3 Fiscalità dei soci delle partnerships

Sebbene la classificazione fiscale della partnership risenta solo del requisito della personalità giuridica e quindi non rilevi se sia domestica o estera, le modalità di tassazione dell'utile societario imputato per trasparenza ai soci variano significativamente a seconda che la società sia estera o domestica.

La legge fiscale prevede infatti che l'utile prodotto dalle partnership domestiche sia imputato per trasparenza ai soci (art. 10 LIFD)<sup>615</sup>, tassato in base al loro regime naturale (persona fisica o giuridica).

Esso inoltre conserva la natura del reddito prodotto dalla partnership in base alla sua contabilità<sup>616</sup>.

Indipendentemente dalla legge che governa la società (elvetica o estera), se manca la personalità giuridica, ai fini della fiscalità Svizzera la società è trasparente e l'imputazione dell'utile della partnership svizzera ad eventuali soci non residenti avverrà in modo identico a quella dei soci svizzeri.

In caso di partnership priva di personalità giuridica governata dal diritto estero invece l'imputazione personale degli utili ai soci svizzeri da partnership estere non è regolata da alcuna specifica norma svizzera. In altre parole, il sistema fiscale elvetico è sprovvisto di una regola di assimilazione del metodo di imputazione impiegato dallo Stato estero di cui riconosce il regime di trasparenza. Come regola di imputazione per trasparenza della quota di utile del socio svizzero di una partnership estera viene pertanto impiegata la regola domestica valida per le società personali svizzere<sup>617</sup>.

In caso di un socio estero in una partnership estera con un reddito di fonte Svizzera, la partnership è trattata come soggetto passivo rispetto alla porzione di utile

---

<sup>614</sup> Salom J., Salomé H., *Switzerland branch report*, cit., p. 801.

<sup>615</sup> LIFD art. 10: «(...) il reddito di società semplici, di società in nome collettivo e società in accomandita è aggiunto agli elementi imponibili dei singoli soci». Salvi I., branch report, IFA 1995, 518; Salom J., Salomé H., *Switzerland branch report*, cit., p. 33; Salomé H., *International Taxation of Partnerships...* cit., p. 34-35.

<sup>616</sup> Salomé H., *International Taxation of Partnerships...* cit., p. 34-35; Boyer M., Hilderbrandt M.W., *Switzerland branch report*, cit., p. 629; Glauser P.M. *Switzerland branch report*, cit. p. 491; Salvi I., *Schweizerische Besteuerung von internationalen Personengesellschaften*, in *Archives de droit fiscal*, 1995/96, p. 183 ss.

<sup>617</sup> Gli utili di una partnership estera dovrebbero essere attribuiti a ciascun socio quando e nella misura in cui questo ha diritto a tale utile nella prospettiva della legge civile. L'utile societario dovrebbe essere attribuito alla persona o ente che ha legalmente titolo a tale utile. Il diritto è determinato dalle clausole sociali e dallo status legale dell'ente. Come conseguenza, il socio svizzero di una partnership estera è tassato in Svizzera sull'utile della società solo se la partnership è trasparente nello stato in cui è costituita o organizzata, il che dipende dal possesso della personalità giuridica in base alle regole civilistiche di tale Stato. Secondo Salomé, op. cit. p. 38., V. anche Salvi, IFA 1995, p. 518

tassato in Svizzera e attribuibile al socio estero. Pertanto, gli utili di fonte svizzera imputati per trasparenza ai soci non residenti (in quanto questi godono di una soggettività passiva limitata ai redditi di fonte svizzera) sono tassati a livello della società<sup>618</sup>. Al contrario gli utili di fonte svizzera, insieme a tutti gli altri utili societari imputati per trasparenza ai soci residenti in Svizzera, sono sommati agli altri redditi e tassati come reddito mondiale in capo ai soci elvetici.

Il regime di responsabilità fiscale svizzero prevede che i soci rispondano solidalmente e illimitatamente dei debiti fiscali della società e per i debiti dei soci esteri rispondano solidalmente la società e i soci residenti fino a concorrenza della loro quota sociale<sup>619</sup>.

### 2.2.2 Valutazioni

Il sistema fiscale svizzero esalta il primato del diritto civile che condiziona profondamente i meccanismi di tassazione. In questo senso, è rilevabile una netta convergenza della disciplina fiscale rispetto a quella civilistica<sup>620</sup>; simmetricamente è naturale che sia la letteratura che la legge fiscale procedono ad esaminare per differenza, come eccezioni, i casi di divergenza fra il trattamento fiscale di una fattispecie e la logica prevista della legislazione civilistica.

Per il sistema fiscale federale svizzero, in linea generale, la soggettività passiva di imposta degli enti collettivi è subordinata al possesso della personalità giuridica dell'ente senza distinzione fra enti residenti e non residenti.

Il partnership approach svizzero è intimamente collegato al requisito della personalità giuridica la quale rappresenta un parametro uniforme che non consente di distinguere fra DPA e FPA perché opera indistintamente per tutti gli enti: per le società costituite o amministrate in Svizzera rileva la personalità giuridica accordata dal diritto civile svizzero, per le società costituite o amministrate in un altro Stato rileva la personalità giuridica accordata dal diritto civile di tale Stato.

---

<sup>618</sup> In questo senso, Salom J., Salomé H., *Switzerland branch report*, cit., p. 800 e in partic. nota 19, concorda insieme alla gran parte della dottrina sul fatto che le entità commerciali (tipicamente le partnership) e le altre comunità di persone carenti della personalità giuridica dovrebbero essere considerate come enti fiscalmente esteri con riguardo ai profitti imputabili ai soci non residenti in Svizzera.

<sup>619</sup> LIFD Art. 55(4) «4 Gli associati di società commerciali e altre comunità di persone estere senza personalità giuridica rispondono solidalmente per le imposte dovute da dette società e comunità».

LIFD Art. 13 c.3b «3. Con il contribuente rispondono solidalmente: (...) b. i soci domiciliati in Svizzera, di società semplici, in nome collettivo o in accomandita sino a concorrenza della loro quota sociale, per le imposte dovute da soci domiciliati all'estero».

<sup>620</sup> Salom J., *Income in Swiss and International Tax Law*, cit., p. 394 e Salomé H., *International Taxation of Partnerships...* cit., p. 32.

Le società dotate di personalità giuridica domestiche ed estere sono quindi classificate come autonomi soggetti passivi d'imposta.

Gli enti privi di personalità giuridica domestici ed esteri applicano inderogabilmente il regime di trasparenza fiscale<sup>621</sup>.

Tale regola classificatoria definisce un regime naturale fondato sulla personalità giuridica degli enti collettivi come definita nello Stato di stabilimento dell'ente (Svizzera o altro Stato)<sup>622</sup>.

In assenza del requisito di personalità, sia per gli enti domestici che per quelli esteri il regime fiscale di trasparenza opera *ipso iure* e non può essere mai disconosciuto.

Quando invece ricorre il requisito della personalità, l'entità è riconosciuta *ipso iure* come autonomo soggetto passivo ma il regime fiscale naturale può essere disconosciuto in caso un giudice ne constati l'abusività ai fini fiscali.

L'utile prodotto da società domestiche prive di personalità giuridica (secondo il diritto svizzero) è imputato per trasparenza ai soci residenti e non residenti. Detto utile sarà tassato sul socio residente, e a livello della società per il socio non residente. La residenza a questo livello opera come estensione del presupposto impositivo: reddito mondiale nel primo caso (come effetto del principio di appartenenza personale) e reddito di fonte svizzera nel secondo (come effetto del principio di appartenenza economica).

Questo schema si replica solo parzialmente anche per le partnership estere prive di personalità nel proprio Stato di stabilimento con soci svizzeri e soci non svizzeri. Se queste non producono redditi di fonte svizzera, l'utile imputato per trasparenza ai soci residenti in Svizzera sarà ivi tassato secondo il regime fiscale naturale del socio residente, mentre l'utile imputato per trasparenza ai soci non residenti in Svizzera è fuori dalla giurisdizione fiscale svizzera.

Se invece la partnership estera produce redditi di fonte non svizzera, questo schema si replica parzialmente e con riguardo solo al socio svizzero. La trasparenza fiscale della partnership estera infatti continuerà ad operare in Svizzera solo con riguardo agli utili imputati al socio svizzero. L'esigenza di catturare fiscalmente i redditi di fonte svizzera imputabili al socio estero comporta la tassazione di questi in

---

<sup>621</sup> Salom J., Salomé H., *Switzerland branch report*, cit., p. 798

<sup>622</sup> In questo aspetto è rilevabile l'importazione di un istituto giuridico di diritto estero tutte le volte che una società estera è riconosciuta soggetto tassabile in Svizzera.

capo alla società estera. Nel caso in cui la società trasparente estera produca un reddito di fonte svizzera, questa è classificata al pari di una società opaca: limitatamente a tale reddito si hanno effetti parzialmente diversi da quelli della trasparenza.

In conclusione, il partnership approach svizzero si configura come un *all transparent approach* con un correttivo di tipo oggettivo<sup>623</sup> e uno di tipo soggettivo che riguarda i soli redditi di fonte svizzera imputati per trasparenza da società estere ai soci esteri. Tale esigenza è indubbiamente collegata ad un principio di territorialità dotato di forza particolarmente attrattiva in grado di “forzare” il principio di naturale convergenza fra legge tributaria e legge civile che caratterizza il sistema fiscale svizzero.

Per tale approccio non si pone l’esigenza di distinguere fra DPA e FPA e di classificare fiscalmente la partnership come estera o domestica: il trattamento fiscale svizzero di tutte le partnership dipende da un tratto comune, la personalità giuridica. Rispetto a questa il requisito di residenza gioca solo il ruolo di definire l’estensione della sostanza tassabile (principio *worldwide* o *source*) ai fini della legge svizzera.

Come esito di questa analisi, segue la situazione fiscale che si prospetta nel caso di una partnership internazionale che operi nei due Stati.

Si faccia l’ipotesi di una partnership italiana con un socio svizzero persona fisica e un socio italiano persona fisica e che il Trattato Svizzera-Italia non sia applicabile. Il socio italiano includerà la quota di utile imputato per trasparenza dalla società italiana nel reddito mondiale tassato in Italia. L’Italia tassa l’utile imputato al socio svizzero in base all’art. 23 c.1 lett. g) TUIR. Anche la Svizzera tasserà il reddito mondiale del socio svizzero che include la quota di utile imputato per trasparenza dalla società italiana. In questo caso, la Svizzera classifica la società italiana come società trasparente che imputa per trasparenza l’utile al socio svizzero in base all’art. 10 LIFD ed elimina la doppia imposizione concedendo l’esenzione progressiva. Se la società italiana opera in Svizzera generando redditi di fonte svizzera, la quota di tale reddito confluirà nella quota di utile di impresa imputato per trasparenza al socio svizzero, sarà incluso nel suo reddito mondiale e tassato sul socio svizzero; la quota imputabile al socio italiano invece sarà tassata in Svizzera in capo alla società italiana che dovrà dichiarare il reddito e tassarlo all’interno del regime fiscale delle persone giuridiche. L’imposta pagata in Svizzera dalla società italiana è detraibile in capo al socio italiano.

---

<sup>623</sup> Si tratta di un correttivo che riguarda l’attività in base al principio di prevalenza della sostanza sulla forma (*same business, same rules*): i fondi immobiliari che gestiscono beni immobili localizzati in Svizzera sono considerati attività *all corporate* indipendentemente dalla forma giuridica dello Stato di stabilimento, i fondi comuni di investimento sono considerati sempre trasparenti.

Si faccia ora l'ipotesi di una partnership svizzera con un socio svizzero persona fisica e un socio italiano persona fisica e che il Trattato Svizzera-Italia non sia applicabile.

Il socio svizzero includerà la quota di utile imputato per trasparenza dalla società svizzera nel reddito mondiale tassato in Svizzera. Il socio italiano sarà tassato in Svizzera per la quota di utile imputata per trasparenza dalla partnership svizzera; in Italia la partnership svizzera è classificata come soggetto passivo: quindi l'utile concorrerà alla formazione del reddito mondiale del socio italiano solo quando materialmente percepito e come reddito di capitale senza credito per l'imposta svizzera, ma solo con imposta svizzera deducibile dal valore lordo del dividendo incassato (circ. 9/2015, par. 5.1).

Nel caso in cui la società svizzera sia operativa in Italia, l'Italia tasserà i redditi di fonte italiana in capo alla società con il regime IRES. La Svizzera elimina la doppia imposizione concedendo l'esenzione progressiva degli utili societari imputati ai soci.

In Svizzera, l'esigenza di considerare la partnership estera parzialmente opaca con riguardo ai soli redditi di fonte svizzera imputati per trasparenza ai soci esteri deriva dalla stessa esigenza italiana di cautelarsi rispetto al prelievo sui redditi di fonte nazionale. Per la Svizzera il riconoscimento della trasparenza estera è in parte una facilitazione, perché non genera asimmetrie sui soci svizzeri, ma è anche una potenziale perdita di gettito perché non consente di prelevare correttamente l'imposta sui flussi in uscita che passano attraverso le partnership estere.

Si tratta in definitiva di due approcci completamente inversi con relativi pregi e difetti. L'all transparent approach svizzero semplifica la tassazione dei soci domestici di partnership estere uniformandola a quella dei soci di partnership domestiche, ma da una parte è costretto a decodificare la natura legale degli enti esteri per uniformarne la tassazione a quelli interni; inoltre, per catturare i redditi di fonte svizzera prodotti da partnership estere che altrimenti sfuggirebbero è costretto a forzare i principi generali del sistema d'imputazione reddituale ai fini fiscali che poggia di regola su quello civilistico. L'all corporate approach italiano semplifica amministrativamente la classificazione di tutti gli enti esteri e ciò agevola la cattura dei redditi di fonte italiana prodotti da tutti i soggetti esteri; questo ha un risvolto naturalmente sulla tassazione dei soci residenti per i quali non vi è simmetrica tassazione dell'utile imputato per trasparenza dalla partnership estera.

## 2.3 LE PARTNERSHIPS NEL SISTEMA FISCALE DOMESTICO STATUNITENSE

Gli Stati Uniti d'America sono una federazione di Stati in cui sia il governo centrale che i singoli Stati mantengono una propria sovranità fiscale<sup>624</sup>.

Come giurisdizione di *common law*, sia il Tesoro federale che le Corti hanno il potere di interpretare, stabilire ed estendere le regole fiscali federali con effetti obbligatori. Il Tesoro federale ha in particolare il potere di adottare *Regulations interpretative*<sup>625</sup> ma che, se preventivamente autorizzate dalla legge, possono disciplinare in via delegata la tassazione di specifiche materie<sup>626</sup>. Le decisioni delle Corti formano un precedente di carattere normativo, rilevante sia per il Tesoro che per i contribuenti<sup>627</sup>.

Il diritto costituzionale americano prevede pari gerarchia fra una legge federale ed un Trattato internazionale. Benché in assenza di un chiaro intento abrogativo del legislatore<sup>628</sup> la giurisprudenza sia orientata a garantire un'interpretazione della legge rispettosa dei Trattati internazionali, fra le due fonti normative vige l'ordinario criterio della *lex posterior derogat priori*<sup>629</sup>.

In USA, la classificazione delle entità come domestiche o estere dipende dal luogo di costituzione: corporation e partnership sono domestiche se costituite secondo le leggi di uno degli Stati della Federazione, sono invece considerate estere se costituite all'estero<sup>630</sup>. Un'entità è considerata domestica anche nel caso in cui sia costituita in

---

<sup>624</sup> La federazione preleva l'imposta federale diretta sui redditi di persone fisiche e società. Gli Stati prelevano un'imposta statale diretta su una base imponibile generalmente analoga a quella definita dall'imposizione federale. Gli enti locali possono applicare anche delle imposte municipali.

<sup>625</sup> IRC sec. 7805.

<sup>626</sup> IRC sec. 357.

<sup>627</sup> Fra decisioni di merito dello stesso grado non vi è effetto obbligatorio, ma ogni precedente può guidare il successivo pronunciamento nella soluzione del caso. Esiste un rapporto di gerarchia fra precedenti giurisdizionali solo fra Corti di diverso grado all'interno di una medesima giurisdizione. Solo le decisioni delle High Courts sono obbligatorie per determinare la legge applicabile ai casi successivi nella medesima giurisdizione. Le decisioni della Corte Suprema in materia fiscale prevalgono su qualunque altra decisione. Cfr. Ordover H., *United States*, in Gutmann D., *Corporate Income Tax Subjects: EATLP Annual Congress Lisbon 2013* (Vol. 12), IBFD, 2016, p.569.

<sup>628</sup> V. *Menominee Tribe v. United States*, 391 U.S. 404 (1968), Tedd N. Crow, 85 TC 376 (1985)

<sup>629</sup> Dooley B., *International Taxation in America*, AuthorHouse, 2011; McDaniel P.R., Ault H.J., Repetti J.R., *Introduction to United States International Taxation*, Kluwer Law International, 2005.

<sup>630</sup> IRC sec. § 7701. Definitions: «(a) When used in this title, where not otherwise distinctly expressed or manifestly incompatible with the intent thereof—

(1) Person: The term "person" shall be construed to mean and include an individual, a trust, estate, partnership, association, company or corporation.

(2) Partnership and partner: The term "partnership" includes a syndicate, group, pool, joint venture, or other unincorporated organization, through or by means of which any business, financial operation, or venture is carried on, and which is not, within the meaning of this title, a trust or estate or a corporation; and the term "partner" includes a member in such a syndicate, group, pool, joint venture, or organization.

(3) Corporation: The term "corporation" includes associations, joint-stock companies, and insurance companies.



base alle leggi statunitensi insieme a quelle di un altro Stato estero<sup>631</sup>. Nel diritto commerciale statunitense, tuttavia, il concetto di “*foreign entity*” è generalmente impiegato in ciascuno Stato dell’Unione per definire le società costituite in uno degli altri 50 Stati<sup>632</sup>. Tale aspetto non è di poco conto se si pensa alla necessità di questo particolare sistema giuridico-fiscale di adottare un meccanismo di classificazione soggettiva delle entità domestiche ed estere (*domestic/foreign entity*) utile a identificare uniformemente la fisionomia delle entità costituite in ciascuno Stato (*State entities*), di quelle costituite negli altri Stati dell’Unione (*US/State entities*) e di quelle costituite in altre giurisdizioni (*non-US/State entities*).

La materia fiscale oggi è regolata dall’*Internal Revenue Code* (IRC).

L’imposizione fiscale sul reddito è articolata su tre livelli: federale, statale e locale.

L’imposizione federale, tra le più complesse al mondo per tecnica legislativa e ampiezza delle *regulations*, è incardinata nel sistema dell’*Internal Revenue Code* (IRC) che costituisce il titolo 26 dell’US code. L’IRC comprende le regole generali applicabili al regime fiscale delle corporations, delle persone fisiche e delle altre entità<sup>633</sup>.

Il *Subchapter C* sec. 301 ss. dell’IRC accoglie le regole generali per la tassazione delle società, mentre il *Subchapter K*, sec. 701 ss. accoglie le regole fiscali dedicate alle partnership e alle Limited Liability Companies (LLC).

---

(4)*Domestic*: The term “domestic” when applied to a corporation or partnership means created or organized in the United States or under the law of the United States or of any State unless, in the case of a partnership, the Secretary provides otherwise by regulations.

(5)*Foreign*: The term “foreign” when applied to a corporation or partnership means a corporation or partnership which is not domestic».

<sup>631</sup> Treas. Reg. § 301.7701-5 Domestic and foreign business entities: «(a) *Domestic and foreign business entities*. A business entity (including an entity that is disregarded as separate from its owner under § 301.7701-2(c)) is domestic if it is created or organized as any type of entity (including, but not limited to, a corporation, unincorporated association, general partnership, limited partnership, and limited liability company) in the United States, or under the law of the United States or of any State. Accordingly, a business entity that is created or organized both in the United States and in a foreign jurisdiction is a domestic entity. A business entity (including an entity that is disregarded as separate from its owner under § 301.7701-2(c)) is foreign if it is not domestic. The determination of whether an entity is domestic or foreign is made independently from the determination of its corporate or non-corporate classification. See §§ 301.7701-2 and 301.7701-3 for the rules governing the classification of entities».

<sup>632</sup> Secondo i principi di diritto costituzionale federale contenuti nella *cd commerce clause* (US Constitution, Art. I sec.8 clause 3), ciascuno Stato dell’Unione ha margini molto ristretti per impedire ad imprese costituite in altri Stati lo svolgimento di attività economica sul proprio territorio. Generalmente tali attività sono consentite previo rilascio di un’autorizzazione per lo svolgimento di attività interstatali (*interstate commerce*). Iannaccone G., Perin L., *Stati Uniti d’America: diritto e fiscalità d’impresa*, Ipsoa 2019.

<sup>633</sup> Ordower H., United States, in in Gutmann D., *Corporate Income Tax Subjects: EATLP Annual Congress Lisbon 2013* (Vol. 12), IBFD, 2016, p.564.

Il sistema fiscale domestico fa perno sul principio della residenza fiscale che include anche la cittadinanza e su una puntuale disciplina di criteri territoriali di collegamento. La tassazione quindi è applicata:

- in base all'*home taxation principle* (principio di residenza), ai cittadini, ai residenti (*ius soli* e possessori di *green card*), ai *resident aliens* (*Substantial Presence Test*)<sup>634</sup> e alle società costituite in USA (IRC section 7701(a) (3) (4))<sup>635</sup> per i redditi ovunque prodotti;
- in base all'*host taxation principle* (principio di territorialità) ai non residenti per i soli redditi prodotti nel territorio dello Stato e quindi di fonte USA.

La tassazione su base personale dei redditi ovunque prodotti (*worldwide income taxation principle*) è subordinata al possesso dello *status* di soggetto fiscalmente residente, in base a tutte le declinazioni (*citizen, resident* e *resident alien*) formulate all'interno dell'IRC.

La tassazione dei soli redditi prodotti nel territorio dello Stato è invece subordinata alla carenza del requisito di residenza in USA.

Il sistema fiscale affida l'individuazione dei redditi internazionali fiscalmente rilevanti ai criteri di collegamento codificati dalle *sections* 861 e ss. IRC, validi per individuare la fonte del reddito tassabile in base alle differenti categorie indicate<sup>636</sup>.

Una particolare categoria reddituale aggregata alla regola della fonte domestica è quella del

- reddito passivo FDAP (*fixed or determinable annual or periodical income*), cioè prodotto in USA ma non effettivamente connesso con un'attività commerciale Usa (*Effectively Connected Income - ECI*);
- reddito attivo ETB (*Engaged in a Trade or Business*), cioè attività economiche o commerciali considerevoli, continue e regolari in USA, per le quali è irrilevante la nozione di stabile organizzazione ma rileva la forza di attrazione al

---

<sup>634</sup> IRC section 7701(b) (2).

<sup>635</sup> IRC section 7701(a) (3) (4): «*The term domestic when applied to a corporation or partnership means created or organized in the United States or under the law of the United States or any State*».

<sup>636</sup> In particolare, tali articoli declinano la regola della fonte distinguendo: salari, reddito di impresa (*personal service, sale of inventory property purchased, sale of inventory property produced*), interessi, dividendi, affitti, royalties (risorse naturali, licenze, copyrights...), vendita di beni immobili, vendita di beni mobili, pensioni che derivano dal pagamento di contributi, guadagni dagli investimenti dei contributi pensionistici.

reddito di impresa, la cui base imponibile è rappresentata dal reddito effettivamente connesso (ECI) all'attività svolta in USA.

Quanto al profilo soggettivo il sistema statunitense distingue diverse tipologie societarie:

- le C-CORPORATION, con personalità giuridica ed un patrimonio sociale perfettamente autonomo e distinto da quello dei soci (fiscalmente opache);
- le S-CORPORATION (giuridicamente identiche alle precedenti) ma con facoltà di opzione (in presenza di taluni requisiti) per la trasparenza fiscale (reddito tassato una sola volta in capo agli azionisti);
- la LIMITED LIABILITY COMPANY (LLC), di recente istituzione, che garantisce ai soci il beneficio della responsabilità limitata e la possibilità di optare per la trasparenza fiscale;
- la GENERAL PARTNERSHIP (GP) che prevede la responsabilità illimitata e solidale dei soci che rispondono con il proprio patrimonio per le obbligazioni assunte dalla società. Il reddito prodotto dalla partnership è fiscalmente imputato ai singoli soci per mezzo del c.d. regime di tassazione trasparente;
- la LIMITED PARTNERSHIP (LP), nella quale solo i limited partner beneficiano della limitata responsabilità patrimoniale all'importo della quota conferita;
- la SOLE PROPRIETORSHIP (SP) ove il proprietario unico, senza altri investitori esterni, ha responsabilità illimitata rispetto ai debiti d'impresa, che si estende alle azioni dei dipendenti o altri intermediari che agiscono a nome del proprietario e può mettere a rischio i beni personali dell'imprenditore.

Negli Stati Uniti la tassazione delle società non segue l'ordinario principio della residenza, bensì il luogo di "costituzione". Sono assoggettate ad imposizione federale *corporate* le società, le associazioni, le compagnie assicurative e le banche "domestiche", così definite in base al luogo geografico di costituzione dichiarato nell'atto costitutivo.

### **2.3.1 Il partnership approach statunitense**

Il *partnership approach* USA è contrassegnato da una elevata complessità dovuta prevalentemente all'interazione di tre fattori.

Il primo fattore di complessità è dovuto al significativo condizionamento derivante dal meccanismo di classificazione degli enti soggetti a corporate tax che circoscrive e condiziona di riflesso l'ambito soggettivo del *partnership approach*.

Il secondo fattore di complessità deriva dalla particolare rilevanza che il concetto di "fonte reddituale" (*source of income*) assume nel sistema fiscale americano e che governa la qualificazione di tutti i redditi realizzati ed imputati a cittadini residenti (US citizens), cittadini non residenti (US non resident citizens) e ai non residenti (US non resident aliens)<sup>637</sup>.

Il terzo fattore è costituito dall'insieme delle regole di determinazione dei redditi prodotti attraverso le partnership, fra i più complessi di tutto il codice fiscale statunitense<sup>638</sup>.

Gli USA hanno un'imposizione sul reddito delle società dal 1909<sup>639</sup>.

Di principio, una *legal entity* incorporata in base alla legge di qualunque dei 51 Stati della Federazione è fiscalmente opaca in USA e soggetta all'imposta sulle società<sup>640</sup>.

Le *tax partnership* invece sono fiscalmente trasparenti e tradizionalmente la tassazione dei loro redditi avviene pro quota sui soci (persone fisiche e società incorporate).

Le quattro caratteristiche storicamente valide a distinguere le entità tassate per trasparenza da quelle assoggettate al regime fiscale delle società sono<sup>641</sup>: la

---

<sup>637</sup> Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners engaged in international transactions: issues in cross-border transactions in Germany and the U.S.*, in BTLJ, 2002, p. 177.

<sup>638</sup> La disciplina statunitense delle partnership è contenuta in circa 60 articoli dell'IRC e in norme regolamentari fra le più complesse dell'intero sistema fiscale. Rossi M., *L'applicazione...* cit., p. 277 e Iannaccone G., Perin L., *Stati Uniti d'America...* cit., p.204.

<sup>639</sup> Ordower H., *United States*, cit., p.563 ss.

Per una panoramica sugli eventi che, fra la fine del primo conflitto mondiale e la metà degli anni '60 hanno condotto gli Stati Uniti a sostituire la tassazione delle business association con quello delle corporation, v. Cfr. Mckee W.S., Nelson W.F., Whitmire R.L., *Federal Taxation of Partnerships and Partners*, 4th edition, 2007, par. 3-73.

<sup>640</sup> Ordower H., *United States*, cit., p.564, 568 ss.

<sup>641</sup> La vicenda che interessò le Treas. Reg. § 301.7701-2 ante 1997 riflette il continuo sforzo dell'IRS di contrastare la classificazione delle partnership di professionisti come corporation. Le Treas. Reg. tradizionalmente indicavano sei caratteri per qualificare un ente come corporation: soci, fine di lucro, gestione centralizzata, trasferibilità delle quote, responsabilità limitata e continuità di vita. In particolare, il requisito della trasferibilità delle quote fu oggetto di due importati decisioni Philip G Larson vs Commissioner 66TC 159(1976) e Zuckman vs United States 524 F2d 729(1975). Cfr. Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners engaged in international transactions: issues in cross-border transactions in Germany and the U.S.*, in BTLJ, n.2/2002; Borden, B.T., *The Federal Definition of Tax Partnership*, in HLR, n.4/2006, p.934. Tali requisiti furono codificati nelle Treas. Reg. § 301.7701-2 per effetto delle indicazioni contenute nella decisione Morrissey vs Commissioners, 296 US 344 (1935) e poi modificati in base alla decisione Kinter v United States 216F2d 418 (9th cir. 1954); cfr. Daniels T.H.M., *Issues in international* ... cit., p.10-15. Nella prassi però,

responsabilità limitata dei soci, la gestione centralizzata, la autonoma personalità della società intesa come elemento che consente a questa di sopravvivere ai suoi soci e la libera trasferibilità delle quote di partecipazione.

Fino al 1997, come eccezione a tali regole, la corporation tax si applicava solo alle *publicly traded partnership* (PTP)<sup>642</sup> e alle Limited Liability Companies (LLC) impegnate in attività d'impresa, cioè *Engaged in Trade or Business* in USA (US ETB) e non di *investment*. L'unica eccezione alla corporation tax invece era costituita dalle *S-Corporation* che potevano optare per la trasparenza fiscale<sup>643</sup>.

Nel 1997 il Governo federale introdusse le “*Check The Box Regulations*” (CTB Reg.)<sup>644</sup>, un complesso “labirinto” di disposizioni che governa in modo esclusivo la classificazione delle *business entities* ai fini fiscali<sup>645</sup>.

---

per senso comune, i primi due requisiti si ritenevano esistenti sempre negli enti collettivi, quindi in realtà la prevalenza andava ricercata per tre fra i quattro requisiti restanti. Cfr. ORDOWER H., *United States*, cit., p.567 e in part. nota 40; Infanti A.C., Moens B., *United States branch report*, cit., p.864.

Per una ricostruzione storica delle *tax partnership* negli Stati Uniti, cfr. Borden, B. T., *The Federal Definition of Tax Partnership*, cit., p.941-956 e Borden, B. T., Favelukes S., Molz T.E., *A History and Analysis of the Co-Ownership Partnership Question*, in TN, n.106/2005, p.1175 ss.

<sup>642</sup> In base alla IRC sec. 7704 (a)-(b), i caratteri del *public trading* e dello svolgimento di attività commerciali (e non di solo investimento) diventano rilevanti per la classificazione delle PTP come corporation. Se tuttavia il loro reddito lordo proviene prevalentemente (90%) da attività di investimento (dividendi, interessi, canoni e plusvalori immobiliari) l'IRC sec. 7704(c) ne muta la classificazione in partnership tassate per trasparenza per il solo anno in cui tale circostanza si realizza. Cfr. ORDOWER H., *United States*, cit., p.567 e 571; Daniels T.H.M., *Issues in international ... cit.*, p.10-15.

<sup>643</sup> IRC subchapter S sec. 1361 ss.

<sup>644</sup> L'introduzione di tale regime causò un lungo periodo di contenziosi in cui le Corti sostenevano l'impossibilità di riclassificare le limited partnership come associazioni soggette alla corporation tax.

Prima del 1997, infatti, il sistema di classificazione prevedeva sei caratteristiche generali delle corporation, di cui due non rilevanti, e richiedeva che l'entità da classificare ne dovesse possedere almeno tre delle quattro restanti. Tale sistema configurava quindi una sorta di sistema opzionale *de facto* che è stato definitivamente formalizzato con la CTB Reg., la quale in ultima analisi è considerata una regola di semplificazione. V. Ordower H., *United States*, cit., p.567; Infanti A.C., Moens B., *United States branch report*, in IFA – 68th Congress of the International Fiscal Association (Mumbai 2014), *Qualification of taxable entities and treaty protection*, in *Cahiers de droit fiscal international* Vol. 99 b), The Hague: Sdu Uitgevers, 2014, p.864; Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships ...cit.*, p.306.

Il nome di questo regime fiscale opzionale CTB Reg. deriva dalla facoltà data alle entità *eligible* previste dalle regulation di esercitare l'opzione mediante la compilazione di una casella nell'apposito *form 8832* adottato dalle autorità fiscali americane. V. Rossi M., *L'applicazione cit.*, p.279 ss.; Rizzo Marullo F., *La normativa del Check the box nel diritto americano e le sue applicazioni*, in FI n.8-9/2019 p.18 ss.

<sup>645</sup> La Treas. Reg. § 301.7701-2 in particolare definisce nella sezione (a) *Business entities* i criteri di classificazione delle entità in base alle loro caratteristiche generali: «(a) *Business entities. For purposes of this section and § 301.7701-3, a business entity is any entity recognized for federal tax purposes (including an entity with a single owner that may be disregarded as an entity separate from its owner under § 301.7701-3) that is not properly classified as a trust under § 301.7701-4 or otherwise subject to special treatment under the Internal Revenue Code. A business entity with two or more members is classified for federal tax purposes as either a corporation or a partnership. A business entity with only one owner is classified as a corporation or is disregarded; if the entity is disregarded, its activities are treated in the same manner as a sole proprietorship, branch, or division of the owner. But see paragraphs (c)(2)(iii) through (vi) of this section for special rules that apply to an eligible entity that is otherwise disregarded as an entity separate from its owner*». Cfr. Infanti A.C., Moens B., *United States branch report*, cit., p. 859; Rossi M., *L'applicazione...cit.*, p. 279; Borden, B. T., *The Federal Definition of Tax Partnership*, cit., p.937 ss.

Un primo corpo di disposizioni stabilisce l'elenco delle entità domestiche con caratteristiche di corporation e l'elenco delle entità domestiche sempre classificate come fiscalmente opache e quindi soggette a corporate tax. In tale elenco compaiono ad esempio banche, assicurazioni, imprese di stato, organismi pubblici e altri enti definiti come corporation dalla legge<sup>646</sup>. Le disposizioni elencano anche le figure societarie estere tassate sempre come corporation (*per se corporation list*)<sup>647</sup>.

Un secondo corpo di disposizioni stabilisce i criteri per identificare le *eligible entities*, cioè le entità domestiche ed estere dotate del diritto di optare per il regime fiscale statunitense preferito<sup>648</sup>: in particolare le entità domestiche fiscalmente trasparenti con diritto di optare per il regime di opacità fiscale e le entità estere soggette a corporate tax ma con diritto di opzione per il regime di trasparenza fiscale<sup>649</sup>. L'opzione per il regime scelto ha generalmente durata quinquennale<sup>650</sup>.

Un terzo corpo di disposizioni stabilisce infine le regole classificatorie di default (*default rules*) per le entità domestiche ed estere che non hanno esercitato l'opzione per un regime specifico<sup>651</sup>. In base a tali regole, le entità domestiche sono abbinate al regime fiscale naturale prevedibile dai soci in assenza di opzione (inesistenza in caso di socio unico e trasparenza in caso di due o più soci), mentre le entità estere sono

---

<sup>646</sup> La Reg. § 301.7701-2 *Business entities, definitions*, in particolare definisce nella sezione (b) *Corporations* le caratteristiche generali che deve possedere una entità per essere classificata come corporation ai fini della legge fiscale statunitense: «For federal tax purposes, the term corporation means -

(1) A business entity organized under a Federal or State statute, or under a statute of a federally recognized Indian tribe, if the statute describes or refers to the entity as incorporated or as a corporation, body corporate, or body politic;

(2) An association (as determined under § 301.7701-3);

(3) A business entity organized under a State statute, if the statute describes or refers to the entity as a joint-stock company or joint-stock association;

(4) An insurance company;

(5) A State-chartered business entity conducting banking activities, if any of its deposits are insured under the Federal Deposit Insurance Act, as amended, 12 U.S.C. 1811 et seq., or a similar federal statute;

(6) A business entity wholly owned by a State or any political subdivision thereof, or a business entity wholly owned by a foreign government or any other entity described in § 1.892-2T;

(7) A business entity that is taxable as a corporation under a provision of the Internal Revenue Code other than section 7701(a)(3); and

(8) Certain foreign entities -(i) In general. Except as provided in paragraphs (b)(8)(ii) and (d) of this section, the following business entities formed in the following jurisdictions».

Cfr. Ordower H., *United States*, cit., p.570; Infanti A.C., Moens B., *United States branch report*, cit., p.862.

<sup>647</sup> La Reg. § 301.7701-2(b)(8)(i) contiene l'elenco delle *per se corporation* cioè le società estere che sono riconosciute automaticamente (e salvo eccezioni) come corporation. Per l'Italia, la società per azioni.

<sup>648</sup> Reg. 301.7701-3 *Classification of certain business entities*. Ordower H., *United States*, cit., p.567-570.

<sup>649</sup> Reg. § 301.7701-3(d) *Special rules for foreign eligible entities*. Ordower H., *United States*, cit., p.570.

<sup>650</sup> La regola del quinquennio può essere disapplicata dall'IRS al ricorrere di determinati requisiti, come la variazione della compagine sociale.

<sup>651</sup> Reg. § 301.7701-3(b) *Classification of eligible entities that do not file an election*. Ordower H., *United States*, cit., p.570.

abbinare al regime fiscale più prossimo al regime di responsabilità dei soci previsto nel loro Stato di costituzione<sup>652</sup>.

L'applicazione delle *default rules* è indispensabile se "rilevante" per legislazione fiscale USA, il che accade quando è coinvolto un reddito di fonte USA rispetto al quale occorre applicare un'imposizione dipendente dalla classificazione fiscale dell'ente estero<sup>653</sup>.

Considerato l'elevato numero di veicoli giuridici previsti dalla legislazione interna e considerato anche il grado di internazionalizzazione degli operatori economici statunitensi che apre i mercati americani alla presenza di numerose entità estere, le *CTB Reg.* costituiscono un utile strumento di semplificazione che conferisce un elevato livello di certezza dei regimi fiscali applicabili in particolare alle operazioni cross-boarder.

In particolare, l'uso della *partnership eligibility* come *tax shelter* ha alimentato uno sforzo costante delle autorità fiscali statunitensi nel contrastare tali pratiche mediante numerose regole antiabuso<sup>654</sup>.

Il regime fiscale di una entità dipende solo parzialmente (e non sempre) dalla sua natura giuridica e mai dalla sua natura domestica o estera; per lo più è frutto di una valutazione di merito articolata in due fasi: la prima mira a verificare che l'entità (domestica o estera) sia una *separate entity* ai fini del diritto fiscale federale, la seconda verifica se la *separate entity* (domestica o estera) corrisponde alla nozione fiscale di *corporation*<sup>655</sup>.

Si tratta cioè di un procedimento di *entity recognition* nel quale, se si verificano entrambe le condizioni l'entità domestica o estera è, di principio, attratta al regime della *corporation tax*, se la seconda non si verifica l'entità è attratta naturalmente al regime di trasparenza ma comunque può optare per un regime fiscale diverso.

In base alle *CTB Reg.*, il primo passo per la classificazione fiscale di una entità è stabilire se questa è considerata una *separate entity* dalla legge fiscale federale<sup>656</sup>.

Il riconoscimento dell'entità come separata dai suoi soci non avviene in base alla legge locale di costituzione, ma in base alla legge fiscale federale: questa identifica una

---

<sup>652</sup> Vedi par. successivo.

<sup>653</sup> Treas. Reg § 301.7701-3 (d)(1)(i).

<sup>654</sup> Daniels T.H.M., *Issues in international ...* cit., p.33 ss il quale tende ad inquadrare l'impiego della *partnership* in funzione di *tax shelter* con meccanismi di tipo diverso: deferral, leverage e conversion.

<sup>655</sup> Infanti A.C., Moens B., United States branch report, cit., p. 862.

<sup>656</sup> Infanti A.C., Moens B., United States branch report, cit., p. 861.

*separate entity* qualora i suoi partecipanti svolgano un'attività commerciale e ne dividano gli utili<sup>657</sup>.

In considerazione del fatto che le CTB Reg. offrono indicazioni molto limitate in tema di requisiti che deve possedere una *separate entity*, la dottrina dibatte sulla valenza della giurisprudenza precedente, in particolare, delle indicazioni contenute nelle decisioni *MOLINE PROPERTIES INC. VS COMMISSIONERS* e *COMMISSIONER V. CULBERTSON*<sup>658</sup>.

In *MOLINE PROPERTIES*, la Corte Suprema sostenne la necessità di accertare l'esistenza di un *business purpose* o di una *business activity* affinché si potesse configurare una *separate entity* tassabile come corporation in USA. Tale orientamento fu impiegato dalla giurisprudenza successiva anche per accertare l'esistenza di partnership ai fini dell'imposizione federale<sup>659</sup>.

In *COMMISSIONER V. CULBERTSON*, la Corte Suprema sostenne che un accordo è suscettibile di qualificarsi partnership ai fini fiscali se, in base a tutti i fatti e circostanze, l'intento delle parti in buona fede è quello di svolgere in comune un'attività d'impresa, dividere utili e perdite come comproprietari degli assets, esercitare un controllo condiviso dell'impresa e se ciascuna ha apportato conferimenti all'impresa<sup>660</sup>.

Il secondo passo necessario a verificare che una *separate entity* sia tassabile in USA è stabilire se questa è considerata una *corporation* ai fini della legge fiscale federale<sup>661</sup>. La classificazione di corporation secondo il diritto commerciale USA è molto rilevante anche se non decisiva ai fini della qualificazione di corporation in base alla legge fiscale<sup>662</sup>. Le stesse *CTB Reg* circoscrivono le entità attratte a corporation tax con due diverse modalità: la prima definisce la nozione fiscale generale di corporation in modo che vi rientrino tutte le entità in possesso di tali requisiti, la seconda elenca i

---

<sup>657</sup> § 301.7701-1 Classification of organizations for federal tax purposes: «(a) *Organizations for federal tax purposes-*  
(1) *In general. The Internal Revenue Code prescribes the classification of various organizations for federal tax purposes. Whether an organization is an entity separate from its owners for federal tax purposes is a matter of federal tax law and does not depend on whether the organization is recognized as an entity under local law.*

(2) *Certain joint undertakings give rise to entities for federal tax purposes. A joint venture or other contractual arrangement may create a separate entity for federal tax purposes if the participants carry on a trade, business, financial operation, or venture and divide the profits therefrom».*

<sup>658</sup> Burke C.K., *Federal Income Taxation of Partners and Partnerships in a Nutshell*, Thomson/West, 2005, p. 169.

<sup>659</sup> *Moline Properties, Inc. v. Comm'r*, 319 US 436, 438-439 (1943). Cfr. *Infanti A.C., Moens B., United States branch report*, cit. p.862.

<sup>660</sup> *Corte Suprema Commissioner v. Culbertson*, 337 U.S. 733 (1949), cfr. *Glover D.S.I., Wasserman C.M., Partnerships, Joint Ventures & Strategic Alliances*, Law Journal Press, 2003, par. 4.03[1], p. da 4-7 a 4-9; *Borden D.B.T., Taxation and Business Planning for Partnerships and LLCs*, Kluwer 2017, chapter 1.

<sup>661</sup> *Infanti A.C., Moens B., United States branch report*, cit. p.861.

<sup>662</sup> *Infanti A.C., Moens B., United States branch report*, cit. p.863.



tipi di business entities incluse nominativamente nella nozione fiscale di corporation. Fra queste sono incluse le specifiche entità estere classificabili come corporation.

Nella attuale legislazione fiscale USA, il concetto di partnership ha un significato completamente differente da quello previsto dalla legislazione civile. La nozione fiscale di partnership si ottiene infatti “per differenza” da quella di *corporation*, *estate* e *trust* e identifica qualunque organizzazione o ente con almeno due soci che, in quanto costituita in forma differente da una corporation e non classificata fiscalmente come corporation, è assoggettata alle disposizioni del *Subchapter K*, sec. 701 ss. dell’IRC<sup>663</sup>. Tale regolamentazione, come si vedrà a breve, comporta una serie di conseguenze vistosamente non omogenee nella disciplina fiscale della figura e nella tassazione dei redditi realizzati attraverso di essa.

L’assenza di una definizione normativa in positivo del concetto di tax partnership ha sollecitato la prassi amministrativa e la giurisprudenza a raffinare dei test di entity (o meglio in questo caso di partnership) recognition volti ad identificare e valutare, all’interno del contratto sociale, la presenza di elementi sostanziali validi a configurare la figura della partnership (“*substantive law definition of partnership*”)<sup>664</sup>.

Rileva a questo riguardo notare che, in alcune decisioni, le Corti hanno offerto una nozione di partnership che si discosta parzialmente dalle indicazioni codicistiche richiedendo l’elemento della buona fede dei soci nello svolgimento concreto (e non come mera finzione) in comune di un’attività economica con il fine del profitto<sup>665</sup>.

---

<sup>663</sup> IRC sec. § 7701. Definitions: «(a)When used in this title, where not otherwise distinctly expressed or manifestly incompatible with the intent thereof— (...) (2)Partnership and partner: The term “partnership” includes a syndicate, group, pool, joint venture, or other unincorporated organization, through or by means of which any business, financial operation, or venture is carried on, and which is not, within the meaning of this title, a trust or estate or a corporation; and the term “partner” includes a member in such a syndicate, group, pool, joint venture, or organization».

Questa definizione risale al *Revenue Act* of 1932, ch. 209, § 111(a)(3); cfr. Borden, B. T., *The Federal Definition of Tax Partnership*, cit., p.946.

IRC sec. § 761. Terms defined: «(a)Partnership For purposes of this subtitle, the term “partnership” includes a syndicate, group, pool, joint venture, or other unincorporated organization through or by means of which any business, financial operation, or venture is carried on, and which is not, within the meaning of this title, a corporation or a trust or estate».

Treas. Reg 301.7701-2(c) Other business entities. For federal tax purposes: «(1) The term partnership means a business entity that is not a corporation under paragraph (b) of this section and that has at least two members».

Cfr. Rossi M., *L’applicazione...* cit., p. 275; Borden, B. T., *The Federal Definition of Tax Partnership*, cit., p.936 ss.

<sup>664</sup> Borden, B. T., *The Federal Definition of Tax Partnership*, cit., p.969 ss. Secondo l’Autore il *substantive law definition of partnership* con origine nel common law inglese si sostanzia in una batteria di dieci test: 1) The Substantive-Law Test; 2) The State-Law Test; 3) The Joint-ProfitTest; 4) The Expense-Sharing Test; 5) The Degree-of-Activity Test; 6) The Type-of-Activity Test; 7) The Source-of-Activity Test; 8) The Business-PurposeTest; 9) The Estoppel Test; 10) The Fact-QuestionTest. Per un approccio parzialmente diverso cfr. Yale E., *Defining Partnership for Federal Tax Purposes*, Taxanalists, n. 12/2011.

<sup>665</sup> Commissioner v. Tower, 327 US 280 (1946); Commissioner v. Culbertson, 337 US 733 (1949). In generale sull’evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali in tema di definizione del concetto di partnership nella legislazione USA, cfr. Borden, B. T., *The Federal Definition of Tax Partnership*, p.937-941.

Si può concludere che nella legislazione fiscale USA la nozione di partnership, in quanto per lo più scollegata dal diritto commerciale, richiede la puntuale verifica degli elementi contrattuali e si caratterizzi per la vastità delle figure giuridiche potenzialmente incluse con la sola macroscopica esclusione di corporation, trust o estate<sup>666</sup>.

Il sistema fiscale statunitense prevede in definitiva diversi modelli di tassazione delle *business entities*.

Le entità domestiche classificate in base alla CTB Reg come corporation e le entità estere incluse nella *per se list* sono automaticamente e obbligatoriamente soggette all'imposta sulle società<sup>667</sup>. Ad esse è applicato *Subchapter C* dell'IRC.

In aggiunta al modello societario tradizionale, il sistema fiscale statunitense prevede quattro diversi modelli di tassazione per trasparenza delle entità<sup>668</sup>: l'invisibilità (o inesistenza) fiscale per alcune entità riconducibili ad un unico socio<sup>669</sup>, le entità completamente trasparenti ai fini fiscali<sup>670</sup>, le S-corporation<sup>671</sup> e le entità parzialmente trasparenti in base al modello dei dividendi deducibili<sup>672</sup>.

In tutti gli altri casi in cui il regime fiscale di un ente non sia tassativamente regolato dalla legge (perché la società domestica non è assimilata ad una corporation o la entità estera non è inclusa nella *per se corporation list*), la classificazione fiscale soggettiva è *eligible*, cioè rimessa ad un regime opzionale, valido anche per le entità estere<sup>673</sup>.

In assenza di opzione, il sistema prevede delle *default rules* a tutti i casi in cui la classificazione è rilevante ai fini dell'imposizione domestica.

---

<sup>666</sup> Garbarino C., Convenzione Italia-Usa contro le doppie imposizioni commentario, EGEA, 2001.

<sup>667</sup> Fra queste sono incluse le SPA italiane.

<sup>668</sup> Da questi modelli va escluso la cd de facto tax transparency delle srl dovuta alla deducibilità dei costi ragionevolmente addebitati dai loro soci per servizi, salari o altri tipi di benefici. ORDOWER H., *United States*, cit., p.576.

<sup>669</sup> In tal caso, se il socio è persona fisica l'entità è classificata come solo proprietorship, se invece il socio unico è a sua volta una entity, l'entità è considerata una branch. È il caso delle LLC a socio unico previste nella Reg § 301.7701-3(a), (b)(ii) oppure del grantor trust IRC sec. 671 e 678. ORDOWER H., *United States*, cit., p.575; Infanti A.C., Moens B., *United States branch report*, p.863. Un ente a socio unico è classificato come disregarded entity ed è ignorato ai fini fiscali come ente separato (tax nothing). Rossi M., *L'applicazione...*cit., p. 279; Borden, B. T., *The Federal Definition of Tax Partnership*, p.936 ss.

<sup>670</sup> È il caso delle partnership previsti dal IRC sec. 701 ss, delle LLC con due o più soci previsti dal Reg § 301.7701-3(a), (b)(i) e dei REMIC previsti dal IRC sec. 860A.

<sup>671</sup> IRC sec. 1361 ss; cfr. Ordower H., *United States*, cit., p.575-577.

<sup>672</sup> È il caso dei trust semplici previsti dal IRC sec. 651, dei RIC previsti dal IRC sec. 851 e 852(b)(2)(D) e dei REIT previsti dal IRC sec. 856 e 857(b)(2)(B). cfr. Ordower H., *United States*, cit., p.578.

<sup>673</sup> Cfr. Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships ...*cit., p.306.

Il regime fiscale delle partnership attualmente vigente negli Stati Uniti riassume i due diversi e tradizionali approcci alla nozione di partnership, quello della *separate entity* (o anche *accounting entity*) e quello della *pass through entity* (o anche *aggregate entity*). Entrambe convivono all'interno della legislazione USA<sup>674</sup>.

Come *separate entity*, infatti la partnership adotta una propria contabilità<sup>675</sup>, determina il reddito in modo unitario in base alle regole previste per le persone fisiche<sup>676</sup> e lo dichiara in una autonoma ed apposita dichiarazione fiscale periodica<sup>677</sup>.

Questa inoltre può optare per il periodo di imposta<sup>678</sup>, è titolare dei diritti sui beni con un valore fiscalmente riconosciuto<sup>679</sup>.

La quota di partecipazione è dotata di un valore fiscalmente riconosciuto<sup>680</sup>: la sua cessione genera un capital gain e non modifica il valore fiscalmente riconosciuto del patrimonio della partnership<sup>681</sup>, al pari di quanto avviene con la cessione di azioni di una società di capitali.

Le operazioni fra soci e società, inclusi i pagamenti di interessi<sup>682</sup> e canoni, sono contabilizzati come operazioni della società basate sull'entity approach e assimilano il socio ad un soggetto terzo se il socio opera per proprio conto e non con lo status di socio.

Per evitare manipolazioni basate sull'entity approach l'IRC prevede diverse clausole antielusive che per lo più negano la deducibilità delle minusvalenze derivanti da operazioni fra partnership e soci<sup>683</sup>.

Nonostante in alcune circostanze la partnership sia trattata come ente separato, la regola fondamentale americana per la tassazione delle partnership è basata sul trattamento della partnership come ente fiscalmente trasparente. Questa regola fondamentale implica il principio di "conservazione del reddito" della partnership in

---

<sup>674</sup> Rossi M., *L'applicazione...* cit., p. 276; Cfr. Mckee W. S., Nelson W. F., Whitmire R. L., *Federal Taxation of Partnerships and Partners*, 4 th edition, Thomson Reuters, New York, 2007, p. 1-10; Daniels T.H.M., *Issues in international ...* cit., p.26. Per una valutazione sistemica degli effetti fiscali prodotti dei due approcci, v. Borden, B. T., *The Federal Definition of Tax Partnership*, p.957-969.

<sup>675</sup> IRC. sec. 448.

<sup>676</sup> IRC. sec. 703(a).

<sup>677</sup> Per regola l'opzione per la determinazione autonoma del reddito spetta alla partnership. Tale regola ammette poche eccezioni in base all'IRC sec. 703(b): fra queste c'è l'opzione per il credito per le imposte estere ai fini dell'IRC sec. 901 che è fatta dal socio.

<sup>678</sup> IRC. sec. 706.

<sup>679</sup> IRC. sec. 723.

<sup>680</sup> IRC. sec. 721.

<sup>681</sup> IRC. sec. 741 e 743.

<sup>682</sup> IRC sec. 707(c).

<sup>683</sup> IRC sec. 707(a)-(b).

base al quale ciascun elemento di reddito realizzato attraverso la partnership mantiene la sua qualificazione reddituale in capo ai soci<sup>684</sup>.

In altre circostanze, quindi la norma fiscale tratta la partnership come una entità fiscalmente trasparente (*pass through entity*) e una mera aggregazione dei soci. Essa infatti non è soggetta ad imposta sul reddito mentre i singoli soci sono tassati separatamente e pro quota sul reddito della partnership<sup>685</sup>. I soci includono nel proprio reddito complessivo la quota di alcuni redditi della società riportati separatamente e poi la quota del reddito residuo della società<sup>686</sup>. L'impiego dell'approccio aggregato comporta che il reddito della partnership sia di principio un reddito del socio determinante ai fini della sua capacità contributiva. In base a tale approccio ogni socio è considerato un soggetto autonomo che svolge una propria attività d'impresa<sup>687</sup>.

Dal momento che la partnership non è un contribuente separato, le conseguenze fiscali per una partnership dipendono prevalentemente dal fatto che i soci siano residenti o non residenti in USA o se il reddito sia qualificato domestico o estero ai fini della legislazione fiscale USA<sup>688</sup>.

La tassazione statunitense dei soci di una partnership quindi avverrà sulla base delle regole della fonte del reddito (*mechanical source rules*) stabilite dalla legislazione fiscale USA<sup>689</sup>.

Da questo punto di vista quindi, la distinzione fra *domestic partnership approach* o *foreign partnership approach* perde di intensità, se non nella limitata prospettiva di individuare i criteri di tassazione del socio residente e del socio non residente, con riferimento a redditi qualificabili come domestici ed esteri ai fini della legislazione fiscale USA.

---

<sup>684</sup> IRC sec. 702(b). Cfr. Daniels T.H.M., *Issues in international ...* cit., p.25. Secondo Rossi M., L'applicazione...cit., p. 277 in tale aspetto sarebbe rilevabile una omogeneità con il regime delle società personali italiane dell'art. 5 TUIR. Per altro verso invece, la disciplina statunitense delle partnership contenuta in circa 60 articoli del IRC e in norme regolamentari fra i più complesse dell'intero IRC.

<sup>685</sup> IRC Sec. 701.

<sup>686</sup> IRC sec. 702.

<sup>687</sup> La differenza fondamentale fra entità contabile e approccio aggregato: nel primo l'utile tassabile del socio è determinato sulla base della contabilità della partnership, nell'approccio aggregato ogni socio può optare ai fini fiscali per un sistema contabile che differisce da quello della partnership. Daniels T.H.M., *Issues in international ...* cit., p.29.

<sup>688</sup> Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners engaged in international transactions: issues in cross-border transactions in Germany and the U.S.*, in BTLJ, n.2/2002, p. 175.

<sup>689</sup> Seevers M.H., *Taxation of partnerships*, cit., p.177.

### 2.3.1.1 Domestic partnership approach

Una partnership è domestica se è costituita in USA. In tal caso è considerata persona ai fini del diritto statunitense<sup>690</sup>.

Una partnership domestica o estera è qualificata residente ai fini della legislazione USA se in qualunque momento dell'anno è ETB in USA, essendo irrilevante se i suoi soci sono residenti o meno o se questa svolge attività anche all'estero<sup>691</sup>.

Le società e le partnership domestiche ed estere in regime fiscale non obbligatorio per legge (corporation tax) hanno facoltà di optare per il regime di tassazione da applicare in USA<sup>692</sup>.

In base alle *CTB Reg*, tutte le partnership e LLC<sup>693</sup> possono optare per l'opacità fiscale: in tal caso si applicherà il regime delle corporation previsto dal *Subchapter C* dell'IRC. In linea generale, i dividendi societari distribuiti sono indeducibili per la società e tassati nuovamente sui soci<sup>694</sup>. Se la partnership opta per la trasparenza fiscale accederà al regime previsto dal *Subchapter K* dell'IRC e delle connesse *Regulations*.

In mancanza di opzione, le *default rules* per le entità domestiche (non corporation) prevedono che<sup>695</sup> enti con due o più soci siano classificati come partnership, mentre enti a socio unico sono classificati come fiscalmente inesistenti (*disregarded entities*).

Le *general e limited partnership domestiche*, in quanto escluse dalla *corporation tax* sono fiscalmente trasparenti<sup>696</sup>. Così anche le *sole proprietorship* senza personalità giuridica separata<sup>697</sup>. Le LLC con due o più soci, anche se sono corporation con soci a

---

<sup>690</sup> Seevers M.H., *Taxation of partnerships*, cit., p.175.

<sup>691</sup> Seevers M.H., *Taxation of partnerships*, cit., p.175; Wall J., *Italy-United States tax treaty: the american perspective*, in Garbarino C. (a cura di), *Le Convenzioni internazionali in materia di imposte su reddito e patrimonio*, Milano, 2002, p.846.

<sup>692</sup> ORDOWER H., *United States*, cit., p.564 ss.

<sup>693</sup> Le limited liability companies (LLC) sono società di capitali in regime di trasparenza fiscale. V. infra.

<sup>694</sup> Generalmente la tassazione dei dividendi sui soci persone fisiche è quasi sempre ad aliquota ridotta per contenere la doppia imposizione economica; IRC sec. 301, 312 e 316. La tassazione dei dividendi sui soci corporation invece avviene col metodo della parziale o totale deduzione dei dividendi percepiti in ragione della quota nella società partecipata; IRC sec. 243.

<sup>695</sup> Treas. Reg 301.7701-3(b).

<sup>696</sup> Ordower H., *United States*, cit., p.571;

<sup>697</sup> La *sole proprietorship* è una ditta individuale i cui utili e perdite, generalmente determinati con le regole del reddito d'impresa delle corporation, sono imputate al titolare dell'impresa e tassate con le aliquote proprie delle persone fisiche. L'imprenditore individuale peraltro è soggetto a *self employment tax*, un'imposizione di tipo contributivo; cfr. Rizzo Marullo F., *USA: self-employment tax*, in FCI, n.7/2019, p.33

responsabilità limitata<sup>698</sup>, applicano un regime fiscale naturale analogo a quello delle partnership<sup>699</sup>.

Il regime di trasparenza prevede che la società dichiari il reddito prodotto e imputi pro-quota reddito e perdite ai soci; la tassazione di questi avverrà in base alle ordinarie regole previste per le persone fisiche o per le corporation<sup>700</sup>.

La LLC unipersonale è considerata fiscalmente inesistente<sup>701</sup>, pertanto non presenta dichiarazione e imputa i suoi redditi direttamente al socio che sarà tassato in base al suo regime naturale<sup>702</sup>.

Le regole di tassazione dei soci residenti in USA risentono significativamente della classificazione fiscale dell'ente sotto due tipi di profili: il primo (comune a tutti i sistemi di trasparenza fiscale) è il regime fiscale del provento imputato/distribuito al socio, il secondo è l'interferenza di eventuali regole della territorialità se il reddito è qualificato come estero<sup>703</sup>.

Per la tassazione del socio residente, la classificazione di un ente come opaco o trasparente ha effetti rilevanti.

Dalla classificazione dell'ente dipende naturalmente il regime fiscale applicabile ai soci e alle eventuali operazioni internazionali della partnership domestica ed estera.

Se infatti l'ente è considerato una corporation il socio sarà tassato sui dividendi distribuiti e potrà vantare un eventuale credito d'imposta solo per ritenute in uscita dallo Stato estero su tali dividendi.

Se la partnership è una entità fiscalmente trasparente, i soci residenti sono tassati sul reddito mondiale inclusivo dell'intero prodotto attraverso la partnership domestica o estera, mentre i soci esteri sono tassati solo sui redditi di fonte territoriale USA<sup>704</sup>.

---

<sup>698</sup> Il procedimento di costituzione di LLC segue quello ordinario delle corporation articolandosi nelle due fasi della stipula e della registrazione e richiedendo le medesime formalità. V. Wood R.W., *Limited Liability Companies: Formation, Operation, and Conversion*, Aspen Publishers, 2010; Gallisay S.G., *Le Limited Liability Companies: un nuovo strumento per le joint ventures tra Italia e USA*, in LS, n. 4/1998, p.392 ss.

<sup>699</sup> Diversamente dalle partnership, LLC, ditte individuali e trust non svolgono attività commerciale (*trade or business*) ma gestiscono e mantengono investimenti. V. Treas. Reg. § 301.7701-3; Ordower H., United States, cit., p.571.

<sup>700</sup> Gallisay S.G., *Le "Limited Liability Companies" nella pratica societaria* cit., p.85 ss.

Per un esame del regime applicabile ai soci italiani di LLC statunitensi v. Carlo C., *Regimi di esenzione sui dividendi e sulle plusvalenze, credito d'imposta per le imposte assolute all'estero e partnerships non residenti: attuale regime e proposta di modifica*, in DPTI, n.2/2005, p.445 ss.

<sup>701</sup> Ordower H., United States, cit., p.571; Del Federico L., *Costituzione di una società nel Delaware*, FI n. 6/2006, p.506; Del Federico L., *Aspetti fiscali della limited liability partnership*, in FI n.6/2007, p.500.

<sup>702</sup> Recentemente alcune Regulation dell'IRS hanno previsto l'obbligo per le LLC unipersonali con socio non residente di presentare solo informazioni di natura finanziaria.

<sup>703</sup> Seevers M.H., *Taxation of partnerships*, cit., p.173.

<sup>704</sup> Si conferma quindi anche in questo caso l'osservazione secondo cui la classificazione soggettiva dell'ente condiziona sia il metodo di imputazione, sia la qualificazione del reddito tassabile sia il momento impositivo.

La fonte e la natura del reddito estero sono determinati a livello della partnership e imputati per trasparenza al socio residente, mantengono la loro qualificazione originaria (principio di conservazione)<sup>705</sup> e confluiscono nel suo reddito complessivo<sup>706</sup>.

Una seconda complicazione si aggiunge quando l'ente da classificare come opaco o trasparente sia estero. In tal caso infatti, l'esito della classificazione soggettiva si combina con la particolare rilevanza che il concetto di fonte assume nel sistema fiscale americano e con le regole della territorialità che a questo si abbinano.

Visto che gli Stati uniti non adottano il concetto di stabile organizzazione, il diritto domestico adotta un approccio in due fasi. La prima consiste nel classificare l'ente: da ciò deriva la qualificazione oggettiva del reddito. La seconda consiste nell'applicare le regole della fonte (territorialità) previste per ciascun tipo reddito, distinguendo così un reddito estero da un reddito domestico. Ciò consente di riflesso di intercettare i redditi esteri tassati anche in USA e soggetti a doppia imposizione<sup>707</sup>.

Se l'ente estero è considerato corporation, l'utile affluisce al socio residente sotto forma di dividendo<sup>708</sup>. Il socio residente sarà quindi tassato in USA sui dividendi esteri incassati. Ai dividendi tuttavia andranno applicate le regole della territorialità proprie di tale categoria. Se meno di una certa quota (30%) del reddito lordo dell'ente, che ha distribuito i dividendi, ha fonte estera e non è collegato con un'attività d'impresa in USA, tutti i dividendi saranno considerati esteri. In assenza di tali requisiti parte dei dividendi saranno attratti dalla territorialità e tassati anche in USA. Così avviene per tutti gli altri redditi prodotti dalla società estera in USA: saranno qualificati in base alle regole proprie della fonte cui appartengono con relative regole sulla territorialità.

Se invece l'ente estero si qualifica come trasparente, allora andranno applicate le regole della fonte proprie di ciascun asset da cui deriva ogni reddito (capital gain immobiliari, interessi, canoni, ecc.). In tal caso, per effetto del principio di conservazione, occorrerà qualificare i redditi della partnership prima in base alla fonte originaria, applicando poi le regole della territorialità previste da tale fonte.

La qualificazione del reddito della partnership estera effettuata in base alle regole statunitensi è applicata anche ai redditi del socio.

---

<sup>705</sup> IRC sec. 702.

<sup>706</sup> IRC sec. 706. La tassazione dei pagamenti garantiti (interessi, canoni, ecc.) invece non è uniforme giacché risente della natura ambivalente della partnership. Seevers M.H., *Taxation of partnerships*, cit., p.176.

<sup>707</sup> Daniels T.H.M., *Issues in international ...* cit., p.53. Ciò spiega anche perché il credito d'imposta USA non richiede che il reddito sia prodotto all'estero.

<sup>708</sup> IRC sec. 61.

Come regola generale, infatti, il trattamento fiscale degli utili realizzati da un ente trasparente (domestico ed estero) segue la qualificazione del reddito sottostante<sup>709</sup>.

La qualificazione di un reddito prodotto mediante una partnership estera come reddito domestico o estero per il socio avviene applicando le regole della fonte a ciascun reddito.

I redditi di fonte USA di una partnership estera sono quelli attivi (cioè effettivamente connessi ad attività d'impresa ETB) e FDAP.

Se il socio non è residente in USA, è del tutto irrilevante che la partnership sia domestica o estera: il suo reddito è tassato in USA solo se<sup>710</sup> effettivamente connesso con l'attività d'impresa svolta dalla partnership in USA<sup>711</sup> oppure se è un reddito di fonte statunitense *fixed, determinable, annual or periodic* (FDAP)<sup>712</sup>. Il socio estero dovrà pertanto presentare dichiarazione e adempiere gli obblighi previsti dall'IRC per i soggetti esteri che svolgono attività d'impresa in USA. In tal caso la partnership opera come sostituto d'imposta operando una ritenuta al socio estero<sup>713</sup>. Se il socio estero è organizzato nella forma di società di capitali, è assoggettato a branch profit tax<sup>714</sup>.

Gli USA tradizionalmente adottano, come rimedio unilaterale contro la doppia imposizione, il foreign tax credit (FTC). La classificazione soggettiva dell'ente, incidendo sulla qualificazione dei redditi, condiziona in modo evidente anche l'imputazione del FTC.

I soci residenti in USA sono tassati sul reddito mondiale che include gli utili pro quota imputati per trasparenza da partnership domestiche ed estere e i pagamenti garantiti (interessi, canoni ecc.) ricevuti dalla società.

I soci residenti in USA di partnership residenti e non residenti con redditi domestici o esteri<sup>715</sup> vantano infatti un autonomo diritto a chiedere un credito di imposta diretto e pro-quota per le imposte estere pagate o dovute dal socio stesso o dalla partnership<sup>716</sup>, ma non per le imposte pagate in USA dalla partnership.

---

<sup>709</sup> Daniels T.H.M., *Issues in international ... cit.*, p.51.

<sup>710</sup> Seevers M.H., Taxation of partnerships and partners engaged in international transactions: issues in cross-border transactions in Germany and the U.S., in BTLJ, n.2/2002, p. 173. Per le ipotesi residuali di tassazione in USA, v. Daniels T.H.M., *Issues in international ... cit.*, p.74.

<sup>711</sup> IRC sec. 875. Tale disposizione è replicata nell'IRC sec. 702 e 703 per le partnership. I *leading cases* a riguardo sono Unger v. Commissioner 58 T.C.M. 1157 (1990) e Donroy, Ltd.v. United States 301 F.2d 200 (9th Cir. 1962).

<sup>712</sup> IRC sec. 871(a)(1)(A); Wall J., Italy-United States tax treaty: the american perspective...cit. , p.846 ss.

<sup>713</sup> IRC sec. 1446. Cfr. Iannaccone G., Perin L., *Stati Uniti d'America...* cit., p. 204.

<sup>714</sup> Rizzo Marullo F., *Branch Profit Tax negli Stati Uniti*, in FI n.1/2013 p.25.

<sup>715</sup> Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners ...cit.*, p. 176; Daniels T.H.M., *Issues in international ... cit.*, p.51.

<sup>716</sup> IRC sec. 702(a), 901(a)-(b), 904.



L'imputazione del credito diretto è indipendente dalla qualificazione del reddito operato dallo Stato della fonte e non richiede che il reddito tassato all'estero sia qualificato in modo simmetrico come reddito prodotto all'estero in base al diritto interno<sup>717</sup>. La detrazione spetta unicamente nel limite dell'imposta americana sul reddito estero e con una *per item limitation* che prevede la detraibilità per basket corrispondenti alle varie tipologie di reddito<sup>718</sup>.

Analogo diritto è attribuito alle società holding residenti negli Stati Uniti con una partecipazione minima del 10% in una corporation non residente e in possesso degli ulteriori requisiti previsti dal § 902 dell'IRC (credito indiretto).

L'imposta estera è considerata «pagata o dovuta» da chi ha la responsabilità legale per l'imposta in base alla normativa fiscale estera<sup>719</sup>.

### 2.3.1.2 Foreign partnership approach

Anche il processo di classificazione delle entità estere è governato dalle CTB Reg. I criteri per classificare fiscalmente un'entità estera come opaca o trasparente quindi non divergono da quelli impiegati per le entità domestiche<sup>720</sup>.

La *per se list* infatti prevede un elenco di società estere sempre considerate come fiscalmente opache ed assoggettate obbligatoriamente a corporation tax<sup>721</sup>. Se una di queste entità è stata costituita in base alle leggi di due diverse giurisdizioni, è classificata fiscalmente opaca quando è considerata corporation in ciascuna di queste<sup>722</sup>.

Al pari delle entità domestiche, tutte le entità estere non incluse nella *per se list* possono optare per il regime statunitense di trasparenza o opacità fiscale.

Le entità estere che non esercitano l'opzione sono assoggettate alle regole classificatorie di default, che in questo caso divergono da quelle applicabili alle società domestiche<sup>723</sup>.

---

<sup>717</sup> IRC sec. 901.

<sup>718</sup> IRC sec. 904.

<sup>719</sup> Tale impostazione deriva dalla stratificazione di diversi orientamenti giurisprudenziali *Biddle v. Commissioner*, 302 U.S. 573 (1938), *Abbot Laboratories International Co. v. United States*, 1AFTR 2d 1484 (160 F. Supp 321), *Arundel Corp. v. U.S.*, (1952), 102 F. Supp. 1019. Tali orientamenti sono poi confluiti nella *Treas. Reg. § 1.901-2(f)*. cfr. Rossi M., *L'applicazione...* cit., p. 312; Daniels T.H.M., *Issues in international ...* cit., p.53-58.

<sup>720</sup> *Infanti A.C., Moens B., United States branch report*, cit. p.868.

<sup>721</sup> *Ordower H., United States*, cit., p.581.

<sup>722</sup> *Infanti A.C., Moens B., United States branch report*, cit.p.869.

<sup>723</sup> *Treas. Reg. § 301.7701-2; Infanti A.C., Moens B., United States branch report*, cit.p.870; Sul punto v. Glover D.S.I., Wasserman C.M., *Partnerships, Joint Ventures & Strategic Alliances*, Law Journal Press, 2003, par. 4.03[1], p.4-7.

Le società estere a socio unico che non esercitano l'opzione sono considerate corporation se il socio ha responsabilità limitata, altrimenti sono considerate inesistenti<sup>724</sup>; il regime di inesistenza comporta la loro classificazione come ditta individuale in caso di persona fisica o la loro classificazione come *branch* o *division* in caso di entità.

Le entità estere con almeno due soci e che non esercitano l'opzione sono attratte al regime fiscale delle partnership e tassate per trasparenza solo se almeno un socio è illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali<sup>725</sup>; se invece l'accordo sociale prevede la responsabilità limitata di tutti i soci, le entità estere sono classificate come *association* e attratte al regime fiscale delle corporation<sup>726</sup>.

La classificazione con regole di default avviene in genere in base alle regole dello Stato di stabilimento dell'entità<sup>727</sup>.

Ne consegue che tutte le volte che la classificazione non è obbligatoria per legge o non sia stata esercitata opzione, la classificazione di un ente estero diventa "rilevante" ai fini della legislazione fiscale interna in tutti i casi in cui sia coinvolta una partnership estera: quando cioè questa consegua un reddito di fonte statunitense (USA Stato fonte) e quando una partnership estera imputa redditi per trasparenza ad un socio USA (USA Stato del socio).

Dato che la partnership domestica o estera è classificata come una entità fiscalmente trasparente, per la legge fiscale USA è del tutto irrilevante se un socio estero partecipa in una partnership domestica o estera<sup>728</sup>: è tassato solo sui redditi di fonte USA. La tassazione dei soci esteri seguirà le regole di tassazione delle persone fisiche straniere non residenti e delle società estere in base alla fonte del reddito<sup>729</sup>. Il sistema fiscale americano infatti tassa tutti i soggetti non residenti al pari dei soggetti residenti per i redditi che sono effettivamente connessi (*Effectively Connected Incomes* - ECI) con un'attività di *trade or business* (*Engaged in Trade or Business* - ETB) svolta sul territorio statunitense<sup>730</sup>. L'ECI include la quota di utili imputati dalle partnership domestiche ed estere ETB ai soci non residenti<sup>731</sup> ed è prelevata mediante un obbligo di ritenuta a carico della partnership<sup>732</sup>.

---

<sup>724</sup> Treas. Reg. § 301.7701-3(b).

<sup>725</sup> Treas. Reg. § 301.7701-3.

<sup>726</sup> Reg. § 301.7701-3(d) (d) Special rules for foreign eligible entities.

<sup>727</sup> Infanti A.C., Moens B., United States branch report, cit.p.870.

<sup>728</sup> Seevers M.H., Taxation of partnerships and partners, p. 188; Daniels T.H.M., *Issues in international ...* cit., p.73.

<sup>729</sup> IRC sec. 871.

<sup>730</sup> IRC sec. 882; Wall J., Italy-United States tax treaty: the american perspective, cit. p.846.

<sup>731</sup> IRC sec. 702(b).

<sup>732</sup> IRC sec. 1146.

In linea generale quindi risulterà tassabile in USA solo la parte di utili corrispondente ad un reddito effettivamente connesso (*Effectively Connected Incomes* - ECI) con un'attività d'impresa (*Engaged in Trade or Business* - ETB)<sup>733</sup> svolta sul territorio statunitense dalla partnership o la parte di utili corrispondente a determinati redditi da investimento (FDAP) di fonte USA<sup>734</sup>.

### 2.3.2 Valutazioni

Il partnership approach USA è un derivato logico del sistema di classificazione degli enti soggetti a corporate tax.

In tale sistema, la legge si preoccupa in primo luogo di definire la nozione fiscale di corporation sia per entità domestiche che estere. Tali entità sono attratte a corporate tax.

Per differenza, deriva l'area delle entità *eligible* cioè di quelle entità che possono optare per la loro classificazione soggettiva ai fini della legislazione fiscale americana e in definitiva per il regime di trasparenza o opacità fiscale.

Tale area tuttavia non è identificabile come l'area di tassazione delle partnership. La nozione fiscale di partnership infatti non coincide con quella civile e si ottiene per differenza da quella di corporation, trust e estate e sulla base di rilevanti e datati orientamenti giurisprudenziali i quali definiscono la portata degli elementi strutturali interni della figura.

Il partnership approach USA si configura dunque come un *eligible o optional approach*.

All'interno di tale approccio è rinvenibile una particolare relazione di tipo biunivoco fra classificazione del diritto commerciale e classificazione fiscale degli enti e in specie delle partnership. Con la sola esclusione delle società obbligate al regime della corporate tax, tutte le altre figure societarie domestiche ed estere, siano esse partnership (general o limited) o companies (LLC o LLP) sono suscettibili di accedere al regime di trasparenza ed essere decodificate dal sistema fiscale interno (e anche convenzionale, come vedremo) come partnership oppure di accedere al regime di opacità fiscale ed essere decodificate dal sistema fiscale interno (e anche

---

<sup>733</sup> IRC sec. 882.

<sup>734</sup> Daniels T.H.M., *Issues in international ...* cit., p.74; Wall J., *Italy-United States tax treaty: the american perspective*, cit. p.846.

convenzionale, come vedremo) come corporation. Con i limiti ricordati quindi, nel sistema USA una company può diventare una partnership e viceversa.

Tale carattere lo rende particolarmente flessibile e adatto alla pianificazione fiscale in caso di operazioni cross-boarder. In particolare, l'opzionabilità del regime fiscale applicabile alle partnership estere genera un'ampia gamma di opportunità per arbitraggi basati sulla classificazione fiscale degli enti<sup>735</sup>.

Dove l'entità domestica, per propria conformazione giuridica, non sia inclusa nella nozione di *corporation* prevista dalla CTB Reg, ha diritto di optare per il regime di opacità o trasparenza previsti dalla legislazione fiscale statunitense.

Così avviene anche per tutte le società italiane diverse dalle spa: queste ultime infatti sono le uniche ad essere incluse nella inderogabile *per se list* della *CTB Reg*.

Le partnership domestiche a più soci e tutte le società italiane diverse dalle spa possono quindi optare per l'opacità o la trasparenza fiscale compilando il form 8832 e abbinandolo alla dichiarazione dei redditi in USA, secondo le modalità previste dalle regulation.

Le partnership domestiche a socio unico e tutte le società italiane a socio unico possono optare per l'opacità fiscale o il regime di inesistenza.

Le partnership americane e le società italiane diverse dalle spa che non esercitano l'opzione e per le quali la classificazione è rilevante ai fini della fiscalità americana seguono le *default rules*. Se la società ha più di due soci, la classificazione dipende dal loro regime di responsabilità per le obbligazioni sociali. Se almeno un socio ha responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali (come nel caso di snc, sas e ss), la società è classificata come partnership; se invece tutti soci hanno responsabilità limitata (srl, sapa), la società è classificata come corporation. Le società italiane a socio unico sono classificate corporation nel solo caso della srl a socio unico poiché questo ha responsabilità limitata. In tutti gli altri casi, le società italiane a socio unico che non esercitano opzione sono classificate come fiscalmente inesistenti (branch).

Per effetto della combinazione fra partnership approach italiano e statunitense, la letteratura ha individuato undici potenziali conflitti di classificazione soggettiva<sup>736</sup>:

---

<sup>735</sup> Cfr. Infanti A.C., Moens B., *United States branch report*, cit.p.870; Ordower H., *United States*, cit., p.584; Rossi M., *L'applicazione dei trattati fiscali alle "partnership" e agli enti ibridi*, in AA.VV. (coord. da V. UCKMAR), *Diritto Tributario Internazionale*, 2005 p. 271; Rossi M., *Italy's New Check-the-Box Rules*, in TNI., 2005, p 330.

<sup>736</sup> Cfr. Rossi M., *L'applicazione...cit.*, p. 284 il quale segnala che, data la inclinazione all'impiego di società di capitali, dovuto al beneficio della responsabilità limitata, le combinazioni più frequenti sono, in realtà, le prime sette.

- 1) una società di capitali italiana (diversa dalla SPA) con due o più soci di cui almeno uno residente in un Paese extra-UE è soggetto IRES in Italia e classificata come partnership (transparent entity) in USA;
- 2) una società di capitali italiana (diversa dalla SPA) con due o più soci residenti in Italia e/o in Paesi UE tassata per trasparenza in Italia (art.116 TUIR) è classificata come corporation in USA;
- 3) una SPA partecipata direttamente da uno o più soci residenti in Italia e/o in Paesi UE tassata per trasparenza in Italia (art.115 TUIR) è classificata come corporation in USA;
- 4) una società di capitali italiana (diversa dalla SPA) con un unico socio residente in un Paese extra-UE è soggetto IRES in Italia e classificata come succursale o branch del socio (società inesistente) in USA;
- 5) una società di capitali (diversa dalla SPA) con due o più soci residenti in Italia e/o in Paesi UE è classificata come soggetto IRES in Italia e come partnership (transparent entity) in USA;
- 6) una LLC o LLP americana con due o più membri è classificata come partnership in USA e come soggetto IRES in Italia;
- 7) una LLC o LLP americana con un socio unico è classificata come succursale o branch del socio (società inesistente) in USA e come soggetto IRES in Italia;
- 8) una società di persone italiane è tassata per trasparenza in Italia ed è classificata come corporation in USA;
- 9) una partnership americana è tassata per trasparenza in USA e come soggetto IRES in Italia;
- 10) una partnership americana a socio unico è classificata come branch del socio (società inesistente) in USA e come soggetto IRES in Italia;
- 11) una società di persone italiana a un unico socio è tassata per trasparenza in Italia è trattata come succursale o branch del socio (società inesistente) in USA.

Va notato che l'inclusione della sola spa italiana nella per se list americana comporta l'impossibilità per i soci americani di considerarla trasparente quando questa opta per la trasparenza italiana ai sensi dell'art. 115 TUIR. Va tuttavia considerato che la sola ipotesi in cui questo si può verificare è che il socio americano possieda le quote della spa italiana in trasparenza fiscale per mezzo di una stabile organizzazione del socio in Italia.

Nell'ipotesi in cui il Trattato Italia-USA non possa trovare applicazione, a parità di condizioni, i soci residenti in USA di partnership internazionali godono di un notevole vantaggio rispetto ai soci italiani di partnership internazionali.

I soci residenti in USA infatti, se possono azionare l'opzione (vanno escluse quindi le ipotesi di corporation USA e di spa italiana), modificano il regime fiscale dei redditi di partnership domestiche ed estere, degli utili imputati per trasparenza ai soci ma anche dei redditi da queste prodotte all'estero (compresi i redditi con medesima fonte nello stato del socio quando la partnership è estera). In base a tale opzione, si modifica anche il diritto al credito per le imposte estere.

I soci americani infatti, potendo optare per il regime di opacità o trasparenza della partnership domestica o estera, possono scegliere il regime di imponibilità non solo degli utili imputati dalla partnership (dividendi o utili per trasparenza) ma anche dei redditi di fonte estera, in questo caso dei redditi di fonte italiana. Questi ultimi inoltre, se il socio opta per l'opacità della società italiana, includono anche i redditi di fonte statunitense. Naturalmente questo incide sull'imputabilità al socio o alla società del credito per imposte pagate all'estero.

Al contrario, i soci italiani di partnership italiana con redditi di fonte USA, non potendo optare per un diverso regime fiscale da quello della trasparenza, beneficiano solo pro quota del credito per imposte pagate all'estero dalla società italiana, nella misura in cui il reddito stesso si considera prodotto all'estero (art. 165 c.2 TUIR).

Se la partnership americana opta per il regime fiscale delle corporation, i soci italiani potranno beneficiare del credito per le ritenute americane sui dividendi distribuiti.

Se la partnership americana opta invece per la trasparenza fiscale, i soci italiani subiranno i consueti effetti del mismatch classificatorio che si verifica con le partnership estere: l'utile estero prodotto dalla società e tassato sul socio, all'atto (e nei soli limiti) del rimpatrio in Italia, non gode della detraibilità ma solo della deducibilità dell'imposta estera.

Va aggiunto inoltre che per la tassazione in Italia del socio italiano resta irrilevante che la partnership americana abbia prodotto redditi di fonte italiana.

Per i soci residenti in Italia di partnership statunitensi, la classificazione fiscale della società in USA è sicuramente rilevante per determinare il regime fiscale americano applicabile agli utili prodotti dalla società e agli utili distribuiti ai soci. Se la società è classificata come opaca, gli USA tassano mediante il sistema interno sia

l'utile societario sia la distribuzione dei dividendi ai soci. Se la società è trasparente invece la tassazione americana colpirà esclusivamente i redditi effettivamente connessi ad un'attività ETB o i redditi FDAP realizzati dai soci italiani attraverso la società. Se il Trattato non è applicabile, i soci italiani potranno scomputare dall'imposta USA esclusivamente le ritenute subite sugli eventuali dividendi della società opaca, ma non l'income tax applicata sull'utile imputato pro-quota al socio della società trasparente.

## 2.4 LE PARTNERSHIPS NEL SISTEMA FISCALE DOMESTICO TEDESCO

La Germania è un Repubblica federale in cui la tensione fra l'autonomia finanziaria dei sedici Stati federati e il principio di solidarietà del federalismo cooperativo trovano sintesi all'interno della Costituzione finanziaria (*Finanzverfassung*), un circoscritto corpo di norme costituzionali che governa i principi di finanza pubblica e la potestà impositiva esclusiva e concorrente di Stato Federale e Länder<sup>737</sup>.

La sovranità fiscale dello Stato tedesco si configura unitaria verso l'esterno ma la legge ripartisce fra Bund e Länder la responsabilità dello Stato per la violazione degli obblighi internazionali e comunitari e, prevede la responsabilità solidale fra gli stessi Länder per la quota loro attribuibile<sup>738</sup>.

Per le imposte principali la potestà impositiva è fortemente accentrata verso lo Stato federale mentre per le altre appare articolata e stratificata fra più livelli di Governo.

Il reddito imponibile, determinato sulla base del Codice Commerciale (*Handelsgesetzbuch*, HGB) e dei principi contenuti nel codice tributario tedesco (*Abgabenordnung – AO*)<sup>739</sup>, è assoggettato ad imposta sul reddito (*Einkommensteuergesetz*, EStG) nel caso di persone fisiche e società di persone e all'imposta sul reddito delle persone giuridiche (*Körperschaftsteuergesetz*, KStG)<sup>740</sup> in caso di società di capitali<sup>741</sup>.

Sia i residenti che i non residenti sono soggetti ad una sovrattassa di solidarietà (*Solidaritätszuschlaggesetz*, SolZG) del 5,5% che colpisce l'imposta sul reddito

---

<sup>737</sup> Si tratta di un corpo organico di norme racchiuse dagli articoli 104 - 115 del titolo X GG e dedicati alla potestà impositiva, alla ripartizione del gettito tributario, all'amministrazione fiscale, alla perequazione verticale e orizzontale fino a ricomprendere disposizioni in materia di bilancio e debito pubblico. Cfr. Birk D., *Diritto tributario tedesco*, Milano, 2006, in specie p. 3-10 e 31-60; De Mita E., *Il diritto tributario tedesco*, in IF, n.1/2007, p. 34 ss., in part. par. 3; Corasaniti G., L'autonomia impositiva nell'ordinamento tributario tedesco, in DPT, n.2/2009, p.303ss. e in part. par. 1 e 2.

<sup>738</sup> Cfr. Corasaniti G., L'autonomia impositiva ...cit., par. 5.

<sup>739</sup> Birk D., *Diritto tributario tedesco*, cit. p. 72-100; De Mita E., *Il diritto tributario tedesco*, cit. par. 4;

<sup>740</sup> Sulla struttura delle imposte sul reddito personale e societario cfr. in part. Birk D., *Diritto tributario tedesco*, cit. in specie p. 162-350. Per una sintesi dell'evoluzione dell'imposta sui redditi in Germania, cfr. in part. p.162.

<sup>741</sup> L'imposizione dei redditi societari ha subito un'importante riforma per effetto della legge sugli sgravi fiscali e sulla riforma sulla tassazione impresa (*Steuersenkungsgesetz*) del 23 ottobre 2000. La riforma abroga il precedente sistema d'imputazione integrale (credito d'imposta) per i redditi societari distribuiti ai soci e il sistema di aliquote differenziate d'imposta societaria.

Il nuovo sistema introduce un'unica imposta sui redditi delle persone giuridiche (15%) ed elimina la doppia imposizione sugli utili distribuiti mediante l'esenzione del dividendo in capo ai soci. L'esenzione dei dividendi è quasi completa (5%) per gli azionisti persone giuridiche con partecipazioni qualificate (10%), ed è invece parziale (40%) per gli azionisti persone fisiche. Il regime pex dei dividendi è in larga misura applicabile anche alle plusvalenze domestiche ed estere realizzate dalle società e dai privati che operino al di fuori dal regime d'impresa. Cfr. Fox T., *Italy Germany tax Treaty: the German perspective*, in Garbarino C., *Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario*, Milano, 2004, p. 269-273.



personale e societario (al netto di eventuali crediti d'imposta) e l'importo delle ritenute dovute<sup>742</sup>.

L'imposta sul reddito d'impresa (*Gewerbesteuer*gesetz – GewStG) è un tributo diretto di carattere locale e le sue aliquote dipendono pertanto dal comune di localizzazione dell'impresa<sup>743</sup>. Essa è dovuta in relazione a qualsiasi attività imprenditoriale svolta in Germania sia da soggetti residenti che non<sup>744</sup>, colpisce prevalentemente i redditi da attività d'impresa di fonte tedesca ed esenta in larga misura i redditi di fonte estera<sup>745</sup>.

L'applicazione di tali leggi è guidata dai decreti di adempimento (*Durchführungsverordnung*, DV), dalle indicazioni interpretative (*Richtlinien*) e dalle ordinanze (*Erlasse*) delle autorità fiscali.

Alcuni Länder prelevano anche una sovrainposta ecclesiastica (*Kirchensteuer*) con aliquota variabile fra l'8% e il 9% a secondo della chiesa e del Länder<sup>746</sup>.

Ai comuni è inoltre demandato il prelievo dell'imposta fondiaria (*Grundsteuer*)<sup>747</sup>.

Ai fini delle imposte dirette i residenti sono tassati sul reddito mondiale, mentre i non residenti sono tassati sui redditi di fonte tedesca<sup>748</sup>.

---

<sup>742</sup> Birk D., Diritto tributario tedesco, Milano: Giuffrè, 2006, in specie p. 21.

<sup>743</sup> L'aliquota effettiva dipende dal coefficiente comunale, il quale varia da comune a comune. L'aliquota complessiva è composta da un'aliquota federale di base (*Messzahl*) del 3,5% e da un coefficiente comunale (*Hebesatz*) che generalmente varia dal 300% al 490% a seconda del comune. Il coefficiente standard è del 200%, salvo diversa disposizione del singolo comune.

<sup>744</sup> L'attività si intende svolta in Germania in caso di stabile organizzazione in Germania di un soggetto estero o se l'attività si svolge su di una nave registrata nel registro navale tedesco. Inoltre, speciali esenzioni riguardano le società che svolgono esclusivamente attività di gestione del proprio patrimonio immobiliare per scopi non commerciali dell'azionista.

<sup>745</sup> Ai fini della GewStG si impiega la medesima base imponibile utilizzata ai fini dell'imposta sui redditi con alcuni sgravi e deduzioni. Regole particolari valgono per la base imponibile delle società. A seguito della causa C-685/16 *EV contro Finanzamt Lippstadt*, in cui la CGUE ha dichiarato incompatibile con la libera circolazione dei capitali dell'UE alcune disposizioni della GewStG applicabili alle società estere di secondo livello, il ministero delle Finanze ha emanato una guida ufficiale per rettificare l'applicazione dell'imposta. Cfr. Sella P., *Dividendi da stati terzi: incompatibilità della legislazione tedesca con il diritto UE*, sentenza c-685/16 del 2018, in FCI, n.3/2019, p.16 ss.; Scifoni G., *Incompatibili con il diritto UE le penalizzazioni fiscali al rimpatrio di dividendi da società di paesi terzi - il commento*, in CT, n.1/2019, p.92 ss.

<sup>746</sup> Birk D., Diritto tributario tedesco, cit., p. 21.

<sup>747</sup> L'imposta colpisce il possesso dei terreni la cui base imponibile è determinato per legge ma le cui aliquote possono variare da comune a comune. V. MEF, *Entrate Tributarie Internazionali*, Bollettino n. 117, novembre 2018; Birk D., Diritto tributario tedesco, cit., p. 21.

<sup>748</sup> L'art. 34d EStG stabilisce i redditi di fonte estera, mentre l'art. 49 stabilisce i redditi di fonte tedesca prodotti da soggetti non residenti.

Come rimedio unilaterale contro le doppie imposizioni internazionali, il sistema fiscale tedesco offre l'opzione fra il metodo della deduzione e quello del credito d'imposta<sup>749</sup>.

Il principio fondamentale che regola la creditabilità dei tributi esteri ai fini della legislazione fiscale tedesca è l'identità soggettiva (*Steuersubjektidentität*) fra la persona che ha pagato l'imposta estera e quella che chiede il beneficio contro la doppia imposizione<sup>750</sup>. I requisiti di base richiesti dalla legge fiscale tedesca per consentire la creditabilità dell'imposta estera sono: la corrispondenza dell'imposta estera all'imposta tedesca sul reddito personale o societario, l'imposta dichiarata ed effettivamente pagata all'estero e non rettificabile o rimborsabile dallo Stato estero<sup>751</sup>.

In taluni casi, come dividendi e plusvalenze estere, è applicabile il regime di *participation exemption*<sup>752</sup>.

Le partnership tedesche sono fiscalmente trasparenti ai fini dell'imposta sui redditi. Sono invece fiscalmente opache ai fini dell'imposta sul reddito d'impresa<sup>753</sup>.

In base alle regole del diritto internazionale privato, la natura domestica o estera di una società dipende dal luogo di costituzione (place of incorporation) e dalla sede legale: una entità è quindi classificata come domestica se costituita ed organizzata in base alle regole del diritto tedesco oppure se la sua sede è localizzata in Germania<sup>754</sup>.

Ai fini della legge fiscale tedesca, una entità è classificata domestica se la sua direzione effettiva o la sua sede legale è localizzata in Germania. È invece classificata estera se sia la direzione effettiva che la sede legale sono localizzate all'estero<sup>755</sup>. Le società *dual resident*, costituite in base alla legge di uno Stato estero sono classificate come estere.

---

<sup>749</sup> EStG art. 34c(1) e (2), KStG art. 26(6).

<sup>750</sup> Cfr. Kinzl U.P., *Germany branch report*, in IFA – 61th Congress of the International Fiscal Association (Kyoto, 2007), Conflicts on the attribution of income to a person, in Cahiers de droit fiscal international vol. 92 b), Rotterdam: International fiscal association, 2007, p. 271; Daniels T.H.M., *Issues in international partnership taxation: with special reference to the United States, Germany and The Netherlands*, Kluwer, 1991, p. 63; Ebling K., *Germany branch report*, in IFA – 42th Congress of the International Fiscal Association (Amsterdam 1988), Recognition of foreign enterprises as taxable entities, in Cahiers de droit fiscal international Vol. 73a, p. 227 ss.

<sup>751</sup> Cfr. Fox T., *Italy Germany tax Treaty*...cit., p. 273-274.

<sup>752</sup> Fox T., *Italy Germany tax Treaty*...cit., p. 273-274.

<sup>753</sup> Al pari quanto avviene con l'IRAP per l'Italia. Cfr. Fox T., *Italy Germany tax Treaty*... cit., p. 280.

<sup>754</sup> Dorfmueller P., *Germany branch report*, in IFA – 68th Congress of the International Fiscal Association (Mumbai 2014), Qualification of taxable entities and treaty protection, in Cahiers de droit fiscal international Vol. 99 b), The Hague: Sdu Uitgevers, 2014, p.361; v. anche Martini R., *Corporate Tax Subjects: National Report Germany*, in Gutmann D., *Corporate Income Tax Subjects: EATLP Annual Congress Lisbon 2013* (Vol. 12), IBFD, 2016, p.285, il quale a proposito dell'impiego del luogo di costituzione nell'ambito dei criteri di classificazione delle entità domestiche richiama la giurisprudenza della CGUE europea delle cause C -212/97 Centros, C-208/00, Überseering, Case C-167/01 Inspire Art.

<sup>755</sup> Dorfmueller P., *Germany branch report*, ... cit., p.361

## 2.4.1 Partnership approach

In Germania, le società di capitali (domestiche ed estere) sono assoggettate all'imposta sul reddito delle società in base alle disposizioni della KStG.

L'art. 1(1) della KStG contiene un elenco esclusivo di entità obbligatoriamente classificate come soggetti passivi residenti se la direzione effettiva o la sede legale è localizzata in Germania<sup>756</sup>.

Il reddito delle entità trasparenti è invece tassato in capo ai soci in base alle disposizioni della EStG<sup>757</sup>. Ai fini dell'imposizione fiscale, sono classificate entità trasparenti le GbR (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, simple partnership), le oHG (*Offene Handelsgesellschaft*, società commerciale aperta) e la KG (*Kommanditgesellschaft*, società commerciale in accomandita). Quest'ultima si presenta nella forma più comune della GmbH & Co. KG, cioè una general partnership con una GmbH come general partner<sup>758</sup>.

L'attuale imposizione fiscale degli enti collettivi domestici come opachi o trasparenti è quindi strettamente condizionato dalla forma legale. È la classificazione formale operata dalle categorie del diritto privato a guidare l'imposizione dei redditi a livello della società o a livello dei soci<sup>759</sup>: se l'entità ha sede legale o sede di direzione

---

<sup>756</sup> Fra le società di capitali la GmbH (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, limited liability company), AG (*Aktiengesellschaft*, stock corporation).

La §1(1) della KStG include (a) corporations (in particular, european companies, stock corporations, limited joint stock partnerships, limited liability companies); (b) cooperatives including the european cooperative society; (c) mutual insurance and pension fund associations; (d) other legal persons governed by private law; (e) unincorporated associations, institutions, foundations and other special purpose reserves under private law; (f) commercial businesses of legal persons under public law. Dorfmueller P., *Germany branch report*, in IFA – 68th Congress of the International Fiscal Association (Mumbai 2014), *Qualification of taxable entities and treaty protection*, in Cahiers de droit fiscal international Vol. 99 b), The Hague: Sdu Uitgevers, 2014, p.361.

<sup>757</sup> Dorfmueller P., *Germany branch report*, cit, p.360.

Secondo una accreditata ricostruzione letteraria, in Germania il dualismo fra opacità e trasparenza fiscale risale all'introduzione dell'imposta prussiana sulle società nel 1891. L'evoluzione dell'imposta tedesca sulle società appare contrassegnata da due rilevanti fasi: il periodo precedente il primo conflitto mondiale e il periodo della Repubblica di Weimar. Entrambe hanno contribuito a definire l'attuale configurazione dell'imposta sulle società mediante l'introduzione di due diversi tecniche di inclusione soggettiva. Il periodo anteguerra degli Stati autonomi tedeschi (1891-1918) prevedeva un "sistema chiuso" di tassazione in base all'imposta sulle società delle sole figure incluse in uno specifico elenco. L'esempio più rappresentativo di questa tecnica legislativa fu la Prussia. Il periodo di Weimar (KStG 1920 e KStG 1925) introdusse invece un "sistema aperto" che ammetteva all'imposizione sul reddito delle società tutte le entità dotate di personalità giuridica. Cfr. Martini R., *Corporate Tax Subjects: National Report Germany*, in Gutmann D., *Corporate Income Tax Subjects: EATLP Annual Congress Lisbon 2013* (Vol. 12), IBFD, 2016, p.279 ss.

<sup>758</sup> oHG e KG sono soggetti giuridici ma tradizionalmente non sono persone giuridiche. cfr. Hopt K.J., Hippel T.V., *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, Cambridge, 2010, p. 342; Cfr. Martini R., *Corporate Tax Subjects...*cit, p.287.

<sup>759</sup> Cfr. Martini R., *Corporate Tax Subjects...*cit, p.285.

in Germania e ha una delle forme indicate dalla legge, è tassata come società di capitali<sup>760</sup>. In assenza di tale forma l'entità è tassata per trasparenza.

Tutte le entità opache, trasparenti e le *branch* sono tenute a registrarsi presso l'autorità fiscale tedesca, anche se tale registrazione è priva di effetti costitutivi<sup>761</sup>.

Il sistema fiscale tedesco non ammette regimi fiscali opzionali per le società.

Gli enti esteri sono virtualmente soggetti al medesimo regime impositivo degli enti domestici fiscalmente opachi o trasparenti: non avendo tuttavia la sede in Germania, la loro residenza fiscale in base al luogo di direzione effettiva è decisiva per stabilire se in Germania questi sono assoggettati ad obbligazioni fiscali illimitate o limitate ai soli redditi di fonte tedesca<sup>762</sup>.

Sebbene ai fini della legge fiscale tedesca non esista una lista ufficiale e obbligatoria per la classificazione delle entità con forme legali estere, la prassi ha elaborato delle indicazioni generali di riferimento<sup>763</sup>.

Per la classificazione delle entità estere come fiscalmente opachi o trasparenti, il sistema fiscale tedesco abbandona il collegamento con la forma legale prevista dal diritto privato e adotta un "test di somiglianza" dell'entità estera rispetto a forme legali corrispondenti nel diritto tedesco.

Il test, elaborato dall'autorità fiscale tedesca si allinea ai principi sviluppati dal *Reichsfinanzhof* (RFH) e dalla Corte fiscale federale (BFH) e si articola in due diverse fasi<sup>764</sup>. La prima fase è volta ad individuare le concrete caratteristiche dell'entità estera

---

<sup>760</sup> Dorfmueller P., *Germany branch report*, ... cit., p.362. L'attuale sistema appare dunque una sintesi organica delle tecniche legislative impiegate dagli Stati tedeschi pre-unitari e della legislazione fiscale di Weimar del 1925.

<sup>761</sup> Ai fini della classificazione della entità domestica tuttavia, va distinta la fase ante-stipula del contratto sociale da quello ante-registrazione. Nella fase ante-stipula se l'attività svolta non è attività d'impresa la società è classificata come società di diritto civile (GbR), se invece svolge attività d'impresa e ha più soci come oHG o ditta individuale (*einzelunternehmen*) se è un'impresa unipersonale. In tal caso i redditi sono tassati per trasparenza sui soci. Nella fase ante-stipula e ante-registrazione la società è soggetto passivo d'imposta. Dorfmueller P., *Germany branch report*, ... cit., p.362-363.

<sup>762</sup> Cfr. Martini R., *Corporate Tax Subjects*...cit, p.293; Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners engaged in international transactions: issues in cross-border transactions in Germany and the U.S.*, in BTLJ, 2002, p. 196

<sup>763</sup> Per la classificazione delle entità internazionali con la sola esclusione delle forme legali delle imprese dell'Europa Orientale, il riferimento è contenuto nella circolare ministeriale sui "*principles of tax administration for the examination of income allocation with respect to the permanent establishments (Pes) of multinational enterprises of 24/12/1999*" (modificata 29/09/2004) allegato I, tavola 1 (24 December 1999, BStBl. 1999 I, 1076 as amended on 29 September 2004, BStBl. 2004 I, 917). Per la classificazione delle forme legali delle imprese dell'Europa Orientale, il riferimento è contenuto nella medesima circolare, allegato I, tavola 2. Per la classificazione delle forme legali delle imprese UE: annex I, part A, list of companies referred to in article 2(a)(i) of the eU Parent- Subsidiary Directive. Cfr. Dorfmueller P., *Germany branch report*, ... cit., p.365

<sup>764</sup> Il primo test di somiglianza è stato applicato dal *Reichsfinanzhof* in una decisione del 12 febbraio 1930 (RFH 27, 73) RStBl 444 rispetto all'imposta diretta sulle società KStG del 1925. In tale circostanza la Corte classificò come

rispetto alle previsioni della legge estera in base alla quale questa è costituita. La seconda fase mira a verificare se una entità organizzata in base alle leggi estere è confrontabile con una entità domestica inclusa dal KsTG§1(1)(1) o con un'altra persona giuridica prevista dal KsTG §1(1)(4).

La verifica prende in considerazione tutti gli elementi rilevanti a caratterizzare la struttura di una società di capitali secondo la legge tedesca<sup>765</sup>.

La classificazione dell'entità estera dipende dal quadro complessivo delle sue caratteristiche strutturali più affini ad una società o a una partnership e non da singoli elementi<sup>766</sup>.

Il trattamento dell'entità per il diritto fiscale estero come anche la personalità giuridica per il diritto civile estero sono del tutto irrilevanti ai fini della classificazione in base alla legge fiscale tedesca<sup>767</sup>. In caso di dubbio è ammissibile il ruling, i cui esiti hanno effetto vincolante.

In seguito a tale verifica, l'entità estera è classificata come società di capitali se l'analisi delle norme del diritto estero e delle clausole contrattuali che regolano l'organizzazione e la struttura dell'ente ne evidenziano la sua comparabilità legale ed economica con una società di capitali o altra persona giuridica prevista dal diritto tedesco. Se l'entità estera presenta elementi strutturali ed organizzativi simili alle

---

partnership una società in accomandita venezuelana che, a differenza di una società in accomandita tedesca, aveva personalità giuridica ma era per il resto simile a una società in accomandita tedesca. Tale orientamento fu poi confermato dal Bundesfinanzhof nella decisione del 17 luglio 1968, (BFH), 1968 BStBl II 695. Cfr. Martini R., *Corporate Tax Subjects...* cit, p. 298; Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships...*, p.288 e 303; Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners engaged in international transactions: issues in cross-border transactions in Germany and the U.S.*, in BTLJ, 2002, p.213.

In occasione di un caso riguardante la classificazione di una LLC americana ai fini della legge fiscale tedesca, l'autorità fiscale codificò tali criteri guida nella circolare ministeriale del 19 Marzo 2004, par. IV B 4 – S 1301 USA – 22/04 (in Bundessteuerblatt I 2004, p. 411, 412). Dorfmueller P., *Germany branch report*, ... cit., p.365. Cfr. Martini R., *Corporate Tax Subjects...* cit, p.284, 293 e ss.

<sup>765</sup> In particolare: (a) gestione e rappresentanza centralizzata, (b) responsabilità limitata, (c) libera trasferibilità delle quote, (d) imputazione degli utili, (e) conferimenti, (f) durata perpetua dell'entità, (g) distruzione degli utili, (h) requisiti formali di organizzazione (i) altri elementi. Cfr. Dorfmueller P., *Germany branch report*, ... cit., p.362-365.

Secondo Martini R., *Corporate Tax Subjects...* cit, p.298 ss., si tratta di criteri universali che possono essere generalizzati e divisi in due grandi gruppi: il primo è dato dalle caratteristiche generali delle persone giuridiche che possono essere impiegate per distinguere le entità opache da quelle trasparenti (*centralized management and representation, limited liability, formal requirements for organization, perpetual duration of the entity*), il secondo gruppo è dato dalle caratteristiche che contraddistinguono unicamente le società di capitali (*free transferability of interests, allocation of profits, provision of capital, profit distribution*).

<sup>766</sup> La verifica di somiglianza viene effettuata mediante la tecnica del confronto dei tipi (*Typenvergleich*) dove la significatività di un elemento non prevale sugli altri ma dove la presenza di uno va compensata con l'assenza di un altro in un quadro di insieme. Cfr. Dorfmueller P., *Germany branch report*, ... cit., p.367; Cfr. Martini R., *Corporate Tax Subjects...* cit, p. 295.

<sup>767</sup> Ministry of Finance, circular of 16 April 2010, BStBl. 2010 I, 354, under 1.2. Cfr. Dorfmueller P., *Germany branch report*, ... cit., p.360.

Secondo parte della letteratura, l'irrelevanza della personalità giuridica solleverebbe dubbi di compatibilità con l'ordinamento comunitario. Cfr. Martini R., *Corporate Tax Subjects...* cit, p. 293.

società personali tedesche è invece classificata come partnership ai sensi dell'art. 15(1)(2) dell'ESTG e tassata per trasparenza<sup>768</sup>.

Il metodo di classificazione delle entità estere si configura pertanto come un analogy approach riferito alle entità domestiche.

Per effetto di tale metodo, il partnership approach tedesco è scarsamente influenzato dalla natura domestica o estera della partnership e di gran lunga più influenzato dalla disciplina tedesca dei redditi di fonte estera o imputabili rispettivamente a soggetti residenti e non residenti.

In linea generale il sistema fiscale tedesco si adegua al principio della tassazione del reddito mondiale dei residenti e della tassazione di redditi di sola fonte tedesca dei non residenti.

In particolare, l'art. 34d EStG individua i redditi di fonte estera prodotti da soggetti residenti in Germania. Rispetto alle partnership, la categoria di reddito estero più rilevante è il reddito d'impresa prodotto mediante stabile organizzazione operativa (*Betriebsstätte, Betriebsstättenprinzip*).

L'art. 49 EStG individua invece i redditi di fonte tedesca tassabili in capo ai soggetti non residenti<sup>769</sup>. L'art. 49(2) EStG ha inoltre assorbito l'orientamento giurisprudenziale in base al quale la tassazione dei non residenti poggia sul principio del trattamento isolato dei redditi (*isolierende betrachtungsweise*)<sup>770</sup> in ragione dei fatti e circostanze domestiche<sup>771</sup>.

Salvo i casi in cui l'attività svolta non si configuri come attività d'impresa<sup>772</sup>, l'interposizione di una partnership (domestica o estera) con attività internazionali comporta quasi sempre la fattispecie di una stabile organizzazione. In ragione della particolare configurazione del principio della fonte nella legislazione fiscale tedesca (molto simile al reddito ECI statunitense), sono attratti al regime fiscale delle stabili organizzazioni delle partnership solo i redditi ad essi attribuibili secondo il *separate entity approach*.

---

<sup>768</sup> Cfr. Dorfmueller P., *Germany branch report*, ... cit., p.364; Cfr. Martini R., *Corporate Tax Subjects*...cit, p. 295.

<sup>769</sup> I principali sono i redditi d'impresa prodotti da stabili organizzazioni localizzate in Germania, redditi da investimenti (passive income), capital gain da alienazione di quote di società tedesche e capital gain da cessioni immobiliari speculative. Daniels T.H.M., *Issues in international partnership taxation*: cit., p.83.

<sup>770</sup> RFH 27 feb. 1929 e BFH 20 gen. 1959.

<sup>771</sup> Daniels T.H.M., *Issues in international partnership taxation*: cit., p.84.

<sup>772</sup> Vanno esclusi i casi in cui di una partnership di esclusiva gestione patrimoniale che non è attratta a regime delle consocietà tedesche e per la quale si configura una trasparenza completa.

### 2.4.1.1 Domestic partnership approach

In Germania la tassazione delle partnership domestiche non è governata da leggi specifiche ma impiega le regole previste per l'imposta sui redditi delle persone all'interno dell'ESTG<sup>773</sup>. Ai fini dell'imposta sui redditi, infatti, le società di persone (oHG, KG, GbR e *atypisch stille Gesellschaft*) sono organismi fiscalmente trasparenti i cui redditi sono imponibili solo in capo ai soggetti passivi (persone fisiche o giuridiche) che sono soci in base alle quote di partecipazione e con modalità dipendenti dal loro status giuridico<sup>774</sup>. Tali società sono soggetti passivi d'imposta unicamente ai fini dell'imposta sul reddito d'impresa (GewStG).

La trasparenza fiscale tuttavia non coincide con la completa inesistenza della società ai fini fiscali. Sebbene la legislazione fiscale tedesca non consideri la partnership come una entità legale separata al pari delle corporation, conferisce ad esse una parziale soggettività di diritto per determinate finalità fiscali<sup>775</sup>.

A partire dagli anni '70, la tassazione degli utili societari imputati da una società trasparente era basata sulla teoria di matrice giurisprudenziale del cd «fascicolo di bilancio» (*Bilanzbündel*) che riteneva la società come semplice aggregazione dell'attività d'impresa dei suoi soci<sup>776</sup>. Come conseguenza, la società era completamente inesistente sul piano fiscale e ciascun socio era fiscalmente considerato al pari di una impresa personale<sup>777</sup>. Il superamento di questa teoria si deve ad un arresto giurisprudenziale del *Bundesfinanzhof* del 1984.

L'approccio attualmente prevalente riconosce alle società personali una fisionomia fiscale "duale": l'esistenza della società come entità separata mira prevalentemente ad individuare un unico centro di imputazione, di qualificazione e di determinazione dei redditi che i soci co-imprenditori producono attraverso di essa; la tassazione in capo ai soci consente invece di tenere in adeguata considerazione la situazione fiscale specifica di ciascuno di essi<sup>778</sup>.

---

<sup>773</sup> Si tratta in particolare dell'art. 5, 6, 13, 15, 16, 18 EStG; Birk D., *Diritto tributario tedesco*, cit., mn 1000; Haase F., Steierberg D., *Germany branch report...*cit., par. 9.1.

<sup>774</sup> Schwidetzky W.D., *A comparison of partnership income taxation in the United States and Germany: a study in differences*, in *American University International Law Review*, n.10/1995, p.1331 ss. e in part. nota 1; Haase F., Steierberg D., *Germany branch report...*cit., par. 9.2.

<sup>775</sup> Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners engaged in international transactions: issues in cross-border transactions in Germany and the U.S.*, in *BTLJ*, 2002, p. 167.

<sup>776</sup> Secondo tale teoria il bilancio della società si sarebbe dovuto risolvere nella semplice aggregazione dei bilanci dei singoli soci; cfr. Birk D., *Diritto tributario tedesco*, cit., mn 1002; Daniels T.H.M., *Issues in international partnership taxation: with special reference to the United States, Germany and The Netherlands*, Kluwer, 1991, in specie p. 26-27.

<sup>777</sup> BHF 25 giugno 1984.

<sup>778</sup> Sulla natura duale delle partnership tedesche v. Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners*, cit, p. 168 e in specie la giurisprudenza citata a nota 125.

Indipendentemente dalla classificazione che ne fa il diritto civile e commerciale, il diritto tributario tedesco prevede tre diverse tipologie di partnership: la partnership commerciale, la partnership commerciale per presunzione e la partnership non commerciale<sup>779</sup>.

Perché si configuri una partnership commerciale secondo la legge fiscale tedesca, occorre che le *società personali* siano in possesso di due requisiti: il primo richiede che la società si qualifichi fiscalmente come «consocietà» (*Mitunternehmerschaft*)<sup>780</sup>, il secondo richiede lo svolgimento di un'attività d'impresa con produzione di redditi di natura commerciale in base all'art. 15(2) EStG.

Il primo requisito, di natura strutturale, ammette al regime di trasparenza solo quelle relazioni giuridiche che realizzano di fatto un rapporto societario all'interno del quale i soci si comportano come co-imprenditori (*Mitunternehmer*) e le cui attività sono contrassegnate dal rischio tipico d'impresa (*Mitunternehmerrisiko*)<sup>781</sup>.

Il secondo requisito, di natura funzionale, è volto ad includere nel regime di trasparenza le partnership che realizzano gli utili tipici dell'attività d'impresa così

---

<sup>779</sup> Il principio di trasparenza si applica a tutte e tre le tipologie ma le regole di determinazione reddituale sono molto diverse, in modo particolare ai fini dell'applicazione dell'imposta sui redditi d'impresa e di un Trattato fiscale. Cfr. Haase F., Steierberg D., *Germany branch report*, in Haase F. (ed.), *Taxation of International Partnerships: 15 Years OECD Partnership Report: Past, Present and Future*, IBFD, 2014, par. 9.2.

<sup>780</sup> Art. 15(1) p.1 n.2 EStG.

Una partnership si configura come consocietà se è fondata su un contratto societario o accordo simile (*Gesellschaftsverhältnis*) ai sensi dell'art. 15 (1)(2) EStG. Le mere obbligazioni contrattuali (*schuldrechtliche Vereinbarungen*) come anche le società di capitali sono escluse. Cfr. Haase F., Steierberg D., *Germany branch report*...cit., par. 9.3.1.

<sup>781</sup> Per integrare questo requisito la giurisprudenza esige l'esistenza contemporanea di tre presupposti: un rapporto societario di diritto civile, il rischio di impresa e la prova di una iniziativa d'impresa.

Il rapporto societario di diritto civile si intende integrato in presenza di una delle forme tipizzate dall'oHG o dal BGB, come la società semplice, la società di fatto o l'associazione in partecipazione, le compagnie armatoriali, le comunioni per quote ideali, di beni o anche ereditarie. Tale presupposto è particolarmente rilevante nel caso di svolgimento di attività economiche a carattere familiare. Per evitare che le società familiari diventino veicolo per illeciti risparmi d'imposta le autorità sottopongono le società a base familiare ad approfondita revisione, mentre la giurisprudenza richiede che l'applicazione delle clausole del contratto sia reale ed effettiva e le valutazioni avvengano a valore di mercato.

L'elemento del rischio d'impresa condiviso fra i soci (*Mitunternehmerrisiko*), che comporta contemporaneamente la partecipazione ai risultati di successo e al fallimento dell'impresa (utile e perdite), mira invece ad escludere tutte quelle forme civilistiche che non hanno come rapporto sottostante l'alea tipica dell'imprenditorialità, come l'associazione in partecipazione dell'art. 230 BGB.

La prova di imprenditorialità invece è utile a qualificare il socio come co-imprenditore (*Mitunternehmer*) e ciò dipende dalla partecipazione del socio alle decisioni che influenzano l'attività d'impresa della società. Per valutare l'esistenza di questo requisito la giurisprudenza fa riferimento alle linee guida previste per la KG in base all'art. 264 HGB.

Mentre tali presupposti ricorrono sempre nel caso delle società di diritto civile e commerciale, nella società occulta tipica dell'art. 230 HGB il socio occulto è carente del requisito del rischio d'impresa perché mero socio finanziario che non partecipa alle decisioni societarie.

Cfr. Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners*, cit., p. 169; Birk D., *Diritto tributario tedesco*, cit., mn 1009-1019; Cfr. Haase F., Steierberg D., *Germany branch report*...cit., par. 9.3.1.



come definiti dall'art. 15(2) EStG<sup>782</sup>, escludendo le partnership che conseguono redditi agrari, professionali o di semplice gestione di asset patrimoniali<sup>783</sup>.

Per le partnership commerciali opera il principio del “contagio” del reddito di impresa e la determinazione degli utili per competenza<sup>784</sup>.

---

<sup>782</sup> L'art. 15(2) EStG configura l'attività commerciale “per natura” un'attività di tipo professionale auto-sostenuta intrapresa con l'intento di realizzare un profitto mediante traffici economici ed esclude che la parte prevalente dell'attività consista nelle attività agricole dell'art. 13 EStG e professionali dell'art. 18 EStG. Un'impresa commerciale esiste, se i suoi requisiti sono altrimenti soddisfatti, anche se l'intenzione di realizzare un profitto è solo uno scopo secondario.

Le partnership pluri-livello, cui partecipino per esempio solo società di capitali o altre partnership, sono attratte automaticamente al regime delle partnership commerciali ai sensi dell'art. 15(3)n.2 EStG.

La definizione delle attività che generano redditi di impresa è un tema particolarmente dibattuto in letteratura, soprattutto in stretta connessione con l'esigenza di distinguerle dalle attività professionali, agricole e di pura gestione patrimoniale che non generano redditi di impresa. Tale distinzione è determinante non solo ai fini dell'applicazione dell'imposta sul reddito di impresa ma anche ai fini della individuazione delle norme fiscali da adottare nei vari casi per la tassazione dei diversi componenti reddituali. Per esempio, i capital gain immobiliari realizzati a 10 anni dall'acquisto al di fuori del regime di impresa sono esenti in base all'art. 23(1)(1)n.1 EStG, mentre i capital gain realizzati da una partnership commerciale sono sempre imponibili.

Sebbene la differenza fra attività commerciali e non commerciali sia determinante ai fini fiscali, in pratica è spesso difficile tracciare una netta linea di demarcazione.

L'attività commerciale è in particolare contrassegnata dal fine del profitto il quale può ricorrere anche in via ancillare e la cui assenza determina la sottrazione degli utili alla tassazione e l'indeducibilità di perdite e costi dell'attività. L'esistenza del fine di lucro è un elemento per il quale risulta rilevante l'apprezzamento di fatti e circostanze oggettive del singolo caso.

In base a quanto elaborato dalla giurisprudenza, la differenza fra partnership commerciali e professionali si gioca per lo più rispetto ai caratteri del livello di originalità del business e al tipo di controllo esercitato dal proprietario del business sulle singole operazioni economiche. Per esempio, il dominus di uno studio di commercialisti controlla in genere tutte le attività svolte nel suo studio dai vari professionisti, mentre in genere un farmacista non controlla tutte le operazioni di cessione che avvengono all'interno della farmacia.

Anche la differenza fra partnership commerciali e partnership di semplice gestione patrimoniale (vermögensverwaltend), per esempio di tipo finanziario o immobiliare, è stata per lo più l'esito di una progressiva ricostruzione giurisprudenziale.

In linea generale, infatti, l'attività di locazione è tassata in base all'art. 21 EStG ma con due eccezioni: l'attività di locazione diventa attività commerciale se la misura e la modalità dall'attività necessitano di essere svolte con carattere di professionalità (kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb) come ad esempio la locazione di centri commerciali, oppure quando l'attività di locazione è supportata da servizi aggiuntivi. È significativo a riguardo l'orientamento giurisprudenziale che ha introdotto una presunzione di reddito d'impresa (cd regola “dei tre pezzi”), per i contribuenti che acquistano e vendono almeno tre immobili entro 5 anni.

Così anche i redditi derivanti dalla gestione di patrimoni finanziari sono di regola tassati in base all'art. 20 EStG ma se attratti al regime d'impresa sono tassati in base all'art. 17 EStG.

Cfr. Haase F., Steierberg D., Germany branch report...cit., par. 9.3.1.

<sup>783</sup> In base all'art. 2(1) EStG, in linea generale le partnership, come anche le imprese individuali, possono realizzare specifiche categorie di reddito con la sola eccezione dei redditi di lavoro dipendente. Per i redditi d'impresa, conseguiti mediante un'attività d'impresa svolta in via non esclusiva, il principio giurisprudenziale dello “scolorimento” prevede che tali utili siano isolati e determinati secondo il regime d'impresa e poi tassati per trasparenza. Tale approccio consente di distinguere in modo più netto fra attività professionali e attività d'impresa svolte con professionalità. Cfr. Birk D., *Diritto tributario tedesco*, cit., mn 1009-1012.

<sup>784</sup> Si tratta della versione tedesca del principio di attrazione a reddito d'impresa vigente in Italia. In base all'art. 15(3)n.1 EStG, cd “teoria del contagio o della colorazione” (*Infektions oder Abfärbetheorie*), tutti i redditi diversi dai redditi di impresa si presumono della stessa natura del reddito dell'impresa definito dall'art. 15(2) EStG. Tale teoria è applicata anche alle partnership non commerciali che sono socie di partnership commerciali anche se la giurisprudenza ha introdotto una regola *de minimis* che riduce il contagio ai casi in cui il reddito commerciale della partnership non commerciale sia superiore all'1,25% del suo reddito complessivo.

Il principio di competenza (*Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich*) deriva dall'applicazione di un metodo di comparazione del valore netto dei beni aziendali.

Le partnership prive di tali requisiti (prevalentemente il requisito del reddito d'impresa) sono classificate partnership non-commerciali.

Le partnership in cui uno o più general partners sono società di capitali domestiche o estere in base alle disposizioni dell'art. 15(3)(2) EStG, sono classificate partnership commerciale per presunzione (*gewerblich geprägte Personengesellschaft*) anche se non producono reddito d'impresa<sup>785</sup>.

L'utile della partnership è determinato unitariamente e separatamente: in base all'art. 5 EstG, il bilancio fiscale della società è quindi il punto di partenza per la determinazione dell'utile imputabile ai soci.

La qualificazione dell'utile imputato al socio come reddito di impresa dipende dalle attività della partnership: tale qualificazione si forma a livello della partnership per effetto della sua attività d'impresa e si conserva in capo al singolo socio. Il socio si qualifica come co-imprenditore (*Mitunternehmer*) se partecipa alla gestione delle partnership e ne condivide il rischio d'impresa (*Mitunternehmerrisiko*)<sup>786</sup>.

Il metodo di quantificazione dei redditi di partecipazione in consocietà prevede tuttavia due diverse fasi o livelli<sup>787</sup>.

Il primo livello mira alla determinazione e all'imputazione per trasparenza ai soci delle quote di utili e perdite a partire dal bilancio fiscale della società<sup>788</sup>.

---

Cfr. Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners* cit, p. 169; Schwidetzky W.D., *A comparison of partnership income taxation in the United States and Germany: a study in differences*, cit., p.1335; Cfr. Haase F., Steierberg D., *Germany branch report...cit.*, par. 9.3.1.

<sup>785</sup> I requisiti per una partnership commerciale per presunzione previsti dall'art. 15(3)(2) EStG sono la partecipazione di almeno una società di capitali come general partner e l'attribuzione in via esclusiva del potere amministrativo a tale general partner o ad un'altra persona non socia della società. Il caso esemplare è quello della GmbH & Co. KG in cui la società GmbH ha in via esclusiva il potere amministrativo; se tuttavia tale potere è condiviso con il limited partner, la società si classifica come partnership non commerciale. Cfr. Haase F., Steierberg D., *Germany branch report...cit.*, par. 9.3.2.

<sup>786</sup> Cfr. Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners* cit, p. 169 e giurisprudenza citata a nota 134; Greif, Fischer, *Germany branch report*, in IFA – 49th Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995), *International income tax problems of partnerships*, in Cahiers de droit fiscal international vol. 80a), The Hague: Kluwer Law International, 1995, p. 258.

In alcuni casi la giurisprudenza prevede l'esistenza anche di co-imprenditori occulti (*verdeckte Mitunternehmerschaft*), nel caso delle società di fatto, quando cioè non esiste un contratto societario ma per fatti concludenti può presumersi che tali persone agiscano congiuntamente in qualità di co-imprenditori. Cfr. Haase F., Steierberg D., *Germany branch report...cit.*, par. 9.3.1.

<sup>787</sup> I due diversi livelli sono previsti rispettivamente dall'art 15(1) n.2 p.1 prima e seconda sottosezione; Cfr. Birk D., *Diritto tributario tedesco*, cit., mn 1023-1039.

<sup>788</sup> Nell'ambito di tale livello, la determinazione degli utili avviene secondo i principi generali dell'art. 4 EstG, la loro ripartizione ed imputazione ai soci avviene in base all'atto costitutivo seguendo il principio di trasparenza. Nelle KG i soci a responsabilità limitata possono compensare le perdite solo fino al limite della quota di partecipazione nella società, al più maturando un conto capitale negativo che consenta di riportare a nuovo le perdite. L'art. 15a EstG prevede una speciale disciplina per evitare la compensazione orizzontale o il commercio di quote inteso come commercio di perdite. Cfr. Birk D., *Diritto tributario tedesco*, cit., mn 1023-1025.

Il secondo livello invece mira a quantificare il valore netto fiscale delle operazioni fra soci e società o connesse all'impiego del patrimonio dell'uno a favore dell'altro, dette "componenti speciali" (*sondervergütungen*)<sup>789</sup>. L'effetto principale di tale metodo consiste nella indeducibilità delle componenti economiche derivanti dallo scambio di beni e servizi fra società e socio e nella loro riqualificazione in utili d'impresa imputati dalla consocietà al socio<sup>790</sup>.

Al regime fiscale ordinario delle partnership fanno eccezione le società di esclusiva gestione patrimoniale (*Vermögensverwaltende Personengesellschaft*)<sup>791</sup>. Non configurando imprese in senso tecnico, queste sono escluse dal regime fiscale delle consocietà dell'art. 15(1) p.1 n.1 EStG: le operazioni fra socio e società sono deducibili dal loro reddito e tassate come componenti reddituali autonome in capo ai soci, il loro reddito è determinato per cassa (*Überschussrechnung*) in base alle ordinarie categorie e poi imputato pro quota ai soci<sup>792</sup>.

Le regole di determinazione dell'utile societario sono assistite da numerosi accorgimenti antielusivi finalizzati ad evitare l'impiego delle partnership come tax shelters<sup>793</sup>.

L'utile determinato a livello della partnership è poi imputato a ciascun socio in base alle clausole sociali sulla distribuzione dei profitti e delle perdite e tassato in base al regime fiscale naturale del socio (persone fisiche o società)<sup>794</sup>.

---

<sup>789</sup> Secondo Daniels T.H.M., Issues in international partnership taxation: cit., p.27-28 e parte della letteratura tedesca richiamata dall'Autore, la riqualificazione dei *guaranteed payments* come reddito d'impresa del socio e la loro inclusione nell'art. 15 EStG mira ad eguagliare, anche se non in modo perfetto, il trattamento fiscale del socio di partnership con quello dell'impresa individuale.

<sup>790</sup> I "bilanci speciali" (*Sonderbilanzen*) sono uno strumento per determinare esattamente l'utile fiscale di una società personale e sono costituiti da entrate speciali, uscite speciali e variazioni fiscalmente rilevanti del patrimonio speciale. Le entrate speciali o pagamenti speciali sono i pagamenti ricevuti da un socio a fronte di determinate operazioni intrattenute con la società, come cessione di beni o prestazioni di servizi. Le uscite speciali sono invece i costi sostenuti dal socio per svolgere determinate attività a favore della società. Le variazioni del patrimonio speciale interessano i beni del socio messi a disposizione della società, come i beni di uso promiscuo. Il netto annuale di tutte queste voci confluisce nel reddito della società. Cfr. Birk D., *Diritto tributario tedesco*, cit., mn 1026-1039; Daniels T.H.M., Issues in international partnership taxation: cit., p.28; Greif, Fischer, Germany branch report, cit., p. 258.

<sup>791</sup> V. art. § 15(1)N.2. Cfr. Seevers M.H., Taxation of partnerships and partners, cit, p. 171.

<sup>792</sup> Nel caso un socio possieda le quote di tali società in regime d'impresa o sia una consocietà, la società di gestione si considera inesistente per la sola quota del socio imprenditore e per tale quota il reddito della società di gestione andrà calcolato con metodo del doppio livello previsto per le ordinarie consocietà fiscalmente trasparenti (fenomeno delle cd "società a strisce"). Birk D., *Diritto tributario tedesco*, cit., mn 1009-1019.

<sup>793</sup> Di questo corpo di disposizioni antielusive fa parte il regime di compensazione delle perdite, l'indeducibilità delle perdite delle partnership di gestione patrimoniale o la giurisprudenza in tema di impiego di partnership di comodo (*Bauherrenmodelle*). Cfr. Daniels T.H.M., Issues in international partnership taxation: cit., p.37-40.

<sup>794</sup> V. EStG art. 15(1)2. Cfr. Fox T., *Italy Germany tax Treaty: the German perspective*, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, EGEA, p. 280. I soci-società sono soggetti all'imposta sul reddito delle società al tasso del 15,825% (incluso il supplemento di solidarietà). Gli utili distribuiti dalle società di persone ai soci persone fisiche sono invece soggetti a tassazione progressiva. Per evitare l'effetto

I soci fiscalmente residenti in Germania<sup>795</sup> di partnership tedesca sono tassati sul reddito mondiale inclusa la quota di utili di partnership domestiche con redditi esteri. In tal caso la trasparenza fiscale consente l'imputazione pro quota del credito d'imposta per le imposte pagate all'estero dalla partnership<sup>796</sup>. Se l'attività della partnership all'estero configura una stabile organizzazione, eventuali pagamenti speciali fatti al socio da tale stabile organizzazione sono riqualificati come redditi d'impresa di fonte estera.<sup>797</sup> Eventuali perdite estere sono dedotte a livello della partnership domestica<sup>798</sup>.

La tassazione dei soci non residenti di partnership tedesca è generalmente basata sul principio della fonte. In particolare, il criterio per stabilire la soggettività passiva di un socio estero di una partnership tedesca è la classificazione del reddito imputabile al socio.

I soci esteri di partnership tedesca sono tassati per trasparenza sull'utile al pari di un socio domestico<sup>799</sup> ma in base al criterio di collegamento della stabile organizzazione d'impresa. In base al principio della fonte declinato dell'art. 49 EStG, infatti un socio estero di partnership domestica che svolge attività di impresa in Germania realizza reddito d'impresa attraverso la partnership nella misura in cui l'utile sia attribuibile ad una stabile organizzazione in Germania e il socio estero si qualifichi come co-imprenditore<sup>800</sup>. I pagamenti speciali al socio estero addebitati alla stabile organizzazione sono indeducibili e riqualificati come utile del socio.

Tutti i redditi attribuibili alla stabile organizzazione, inclusi i suoi redditi di fonte estera, sono riqualificati in reddito d'impresa; al contrario quelli non attribuibili ad essa mantengono la natura originaria, seguono la regola della fonte prevista per le altre categorie dell'art. 49 EStG e sono soggetti a ritenuta alla fonte. Dalla quota di utile imputabile al socio estero va esclusa la quota di utile/perdita della partnership tedesca

---

eccessivamente negativo della progressività, i soci possono optare per un'aliquota fiscale forfettaria del 28,25% che, aggiunta la maggiorazione solidale (risultante in un'aliquota fiscale totale del 29,8%), corrisponde al carico fiscale totale medio di una società.

<sup>795</sup> Art. 1 EStG.

<sup>796</sup> Art. 34d EStG; Greif, Fischer, Germany branch report, cit., p. 258.

<sup>797</sup> Cfr. Seevers M.H., Taxation of partnerships and partners, cit, p. 198.

<sup>798</sup> L'art. 2a EStG limita la deducibilità e la compensabilità delle perdite estere solo ad alcuni passive income.

<sup>799</sup> Cfr. Seevers M.H., Taxation of partnerships and partners, cit, p. 199.

<sup>800</sup> V. EStG art. 15(1) n.2 e 49(1)n.2 EStG; cfr. Daniels T.H.M., *Issues in international partnership taxation...* cit., p.85. l'A. specifica che il possesso di una quota in una partnership tedesca non è di per sé sufficiente a radicare il diritto impositivo tedesco. Occorre aggiuntivamente che la partnership realizzi i requisiti (materiali o personali) di una stabile organizzazione. Tale stabile organizzazione è poi attribuita a tutti i soci che si qualificano come co-imprenditori. Cfr. Daniels T.H.M., *Issues in international partnership taxation...* cit., p.85; Seevers M.H., Taxation of partnerships and partners, cit, p. 199.

attribuibile a stabili organizzazioni estere<sup>801</sup>. Le perdite imputate al socio estero (inteso come reddito negativo della stabile organizzazione) sono compensabili con altri redditi di fonte tedesca<sup>802</sup>.

Il socio estero di partnership tedesche è soggetto a regime dichiarativo per i redditi imputati per trasparenza, mentre i soci esteri di partnership di gestione patrimoniale sono soggetti a ritenuta sull'ammontare lordo dei proventi.

#### 2.4.1.2 Foreign partnership approach

Il trattamento fiscale di un socio tedesco di una partnership estera dipende in larga misura dalla classificazione della partnership estera ai fini della legislazione fiscale tedesca<sup>803</sup> e dalla presenza di un Trattato fiscale.

In assenza di un Trattato, se la partnership estera è classificata trasparente all'estero e opaca ai fini del diritto fiscale tedesco<sup>804</sup>, si ha un differimento nell'imputazione degli utili al momento della loro distribuzione come dividendi; il socio è considerato un'azionista e ha generalmente diritto alla creditabilità della ritenuta su un eventuale dividendo estero e a un credito d'imposta indiretto in caso di partecipazione qualificata<sup>805</sup>. L'autorità fiscale tuttavia non concederà al socio il credito d'imposta per l'imposta estera pagata dal socio sull'utile della partnership estera per carenza del requisito di identità soggettiva (*Steuersubjektidentität*) fra chi chiede il beneficio e chi ha pagato l'imposta ai sensi dell'art. 34c EStG<sup>806</sup>.

---

<sup>801</sup> Il criterio per includere i redditi esteri ai redditi della stabile organizzazione tedesca è quello della effettiva connessione con l'attività della stabile organizzazione tedesca. Su questo aspetto fa da spartiacque una decisione del BHF del 2 feb 1988 che riguardava un socio svizzero di una partnership tedesca con un pozzo di petrolio in Borneo. In tale circostanza il BHF stabilì che l'utile del pozzo di petrolio in quanto imputabile al socio svizzero fosse fuori dal potere impositivo tedesco poiché tale utile non era stato allocato alla stabile organizzazione tedesca del socio estero. Da ciò consegue il principio che gli utili attribuiti alle stabili organizzazioni estere non possono essere imputati alle stabili organizzazioni tedesche dei soci esteri. Cfr. Daniels T.H.M., *Issues in international partnership taxation*: cit., p.87.

<sup>802</sup> Cfr. Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners*, cit, p. 200-201.

<sup>803</sup> Cfr. Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners*, cit, p. 202; Daniels T.H.M., *Issues in international partnership taxation*... cit., p.85.

<sup>804</sup> la situazione è identica a quella dell'Italia.

<sup>805</sup> Art. 26(2) EStG. Daniels T.H.M., *Issues in international partnership taxation*... cit., p.62

<sup>806</sup> Cfr. Daniels T.H.M., *Issues in international partnership taxation*... cit., p.62; Ebling K. Germany branch report, cit. p. 227-245; Kinzl U.P., Germany branch report, cit., p. 271. Parte della letteratura tuttavia concorda nel ritenere che il beneficio dovrebbe essere riconosciuto se, in base al diritto civile, il dividendo si presume distribuito nello stesso anno in cui l'utile è stato prodotto. Cfr. Daniels T.H.M., *Issues in international partnership taxation*... cit., p.62 e letteratura ivi citata. Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners*, cit, p. 203 in specie nota 351, segnala invece che parte della letteratura concorda su una nozione di identità soggettiva economica e non strettamente giuridica che sembrerebbe conservare la finalità dell'art. 34c di eliminare la doppia imposizione.

Nel caso opposto, il socio tedesco tassato sul reddito mondiale avrà diritto al credito d'imposta per le imposte pagate all'estero dalla società e per le ritenute estere<sup>807</sup> ma sarà condizionato da speciali regole domestiche per la deducibilità delle perdite estere<sup>808</sup>.

Se invece la partnership estera è classificata come trasparente in entrambe gli Stati, la tassazione degli utili per trasparenza sul socio tedesco avverrà su base corrente. Secondo quanto prevede l'art. 34d e 15 EStG, se un socio residente in Germania possiede quote in una partnership estera che svolge attività d'impresa, gli utili imputati per trasparenza dalla partnership estera si considerano utili prodotti all'estero dal socio mediante stabile organizzazione. Così avviene anche per i "pagamenti speciali" ai sensi dell'art. 15 EStG erogati al socio dalla partnership estera o da una corporation estera classificata come partnership ai fini del diritto fiscale tedesco<sup>809</sup>. L'utile imputato per trasparenza al socio tedesco confluirà nel suo reddito mondiale per essere tassato secondo le regole ordinarie. Come rimedio contro la doppia imposizione il socio potrà optare fra il metodo della deduzione e il metodo del credito per le sole imposte estere applicate nello Stato della partnership<sup>810</sup>.

Tale approccio si replica anche se la partnership estera con socio tedesco produce redditi di fonte tedesca. In tal caso il reddito sarà considerato di fonte estera (nonostante la partnership sia fiscalmente trasparente) per effetto del principio che riconosce i redditi d'impresa del socio come esteri in quanto imputabili ad una stabile organizzazione all'estero insita nella partnership estera. Tale principio trova applicazione anche in caso di partnership estere di gestione patrimoniale. L'unica eccezione si verifica se la partnership estera produce un reddito di fonte tedesca imputabile ad una stabile organizzazione in Germania<sup>811</sup>. In ogni caso il credito d'imposta non è dovuto, giacché nel primo caso l'imposta tedesca non è considerata un'imposta estera creditabile ai fini della legge tedesca mentre nel secondo si tratta di una fattispecie del tutto domestica<sup>812</sup>.

---

<sup>807</sup> Il credito d'imposta è concesso in applicazione dell'art. 34d EStG e, secondo Daniels T.H.M., *Issues in international partnership taxation*: cit., p.63, il socio ha diritto al credito d'imposta poiché vi è identità soggettiva. Cfr. anche Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners*, cit, p. 203

<sup>808</sup> La limitata deducibilità delle perdite estere è connessa alla disciplina delle componenti "a rischio" dell'art. 15a EStG e al regime di segregazione delle perdite estere dell'art. 2a EStG. Daniels T.H.M., *Issues in international partnership taxation*: cit., p.59.

<sup>809</sup> Daniels T.H.M., *Issues in international partnership taxation*: cit., p.59-61.

<sup>810</sup> L'art. 34c EStG non include le imposte prelevate in stati terzi, perché in base ai principi della fiscalità tedesca i redditi di fonte in stati terzi e le relative imposte sono attribuibili alla partnership residente all'estero e alla sua stabile organizzazione. Cfr. Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners*, cit, p. 204; Greif, Fischer, *Germany branch report*, cit., p. 258.

<sup>811</sup> Cfr. Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners*, cit, p. 205.

<sup>812</sup> Cfr. Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners*, cit, p. 206.

Il trattamento di socio estero di una partnership estera non è dissimile da quello di un socio estero di una partnership domestica ed è governato dal principio di tassazione in base alla fonte declinato nell'art. 49 EStG. Gli utili prodotti da una partnership estera con stabile organizzazione in Germania saranno tassati in capo a socio come redditi d'impresa di fonte domestica. Tali redditi d'impresa attraggono e riqualificano tutti quelli attribuiti alla stabile organizzazione. I pagamenti contrattuali fatti al socio e addebitati alla stabile organizzazione tedesca sono indeducibili e riqualificati come utili d'impresa domestici imputati al socio estero. Tutti gli altri redditi del socio estero non attribuiti alla stabile organizzazione seguiranno la regola della fonte dell'art. 49 EStG. I redditi d'impresa seguono il regime dichiarativo e sono quantificati su base netta, mentre i *passive income* di fonte tedesca sono soggetti a ritenuta e quantificati su base lorda<sup>813</sup>.

#### **2.4.2 Valutazioni**

Il partnership approach tedesco è contrassegnato da un sistema di classificazione soggettiva diversificato per enti domestici ed enti esteri.

Il DPA infatti si contraddistingue per essere ancorato ad un criterio squisitamente formalistico dove l'imposizione dei redditi a livello della società o a livello dei soci dipende esclusivamente dalla forma legale dell'ente.

Al contrario il FPA abbandona il criterio formalistico per adottare un metodo di "verosimiglianza" che confronta le entità estere con quelle domestiche alla ricerca degli elementi che contraddistinguono queste ultime all'interno del diritto privato tedesco. In definitiva si può qualificare un analogy approach che guarda agli elementi propri del diritto civile tedesco per classificare gli enti esteri.

Sul piano del trattamento fiscale di società e soci, il partnership approach tedesco si contraddistingue per un approccio alla figura della partnership molto caratteristico. Per essere ammessa al regime di trasparenza fiscale ai fini delle imposte dirette l'ambivalenza di questa figura comporta speciali requisiti sia per la (con)società sia per i soci. Tali requisiti sono raramente di natura formale (forma societaria tipica) e per lo più di natura sostanziale (co-imprenditorialità del socio, gestione esclusivamente patrimoniale, svolgimento di attività di impresa ecc.).

La dualità della partnership emerge in modo importante nella sua idoneità come entità separata a riqualificare i redditi prodotti dai soci co-imprenditori residenti e non

---

<sup>813</sup> Cfr. Seevers M.H., *Taxation of partnerships and partners*, cit, p. 202.

residenti e nell'imputazione degli utili per trasparenza ai soci stessi ai fini della tassazione su base personale.

Particolare rilievo assumono i cd "pagamenti speciali" derivanti dalle operazioni fra società e socio. Per questi sorge l'esigenza di uno specifico metodo di contabilizzazione interna volto a far emergere valori fiscalmente rilevanti che sono indeducibili per la società e riqualificati come utili imputabili per trasparenza ai soci.

La tassazione dei soci pone generalmente due ordini di problemi: il primo è dato dal riconoscimento del credito d'imposta nei casi di asimmetria qualificatoria della partnership estera, il secondo è connesso all'applicazione del principio della fonte ai soci non residenti di partnership domestiche ed estere quando l'attività di questi, svolta mediante la partnership, realizza i requisiti di una stabile organizzazione in Germania.

Il partnership approach tedesco espone in sintesi a diversi di tipi di conflitti interpretativi sia in presenza di Trattati che non. Esso è caratterizzato infatti non solo da proprie regole di classificazione degli enti ma anche dalla particolare disciplina domestica dei "pagamenti speciali" per operazioni intercorrenti fra soci e società. Questa comporta una riqualificazione dei vari redditi in redditi di impresa e soprattutto, in caso di partnership tedesca con numerosi soci esteri, tale approccio presenta conflitti di qualificazione oggettiva che spesso i Trattati non riescono a risolvere, ma anche trattamenti fiscali disomogenei nel riconoscimento dei benefici convenzionali.



## 2.5 LE PARTNERSHIPS NEL SISTEMA FISCALE DOMESTICO FRANCESE

In Francia l'art. 34 della Costituzione della Quinta Repubblica del 1958 attribuisce il potere legislativo in materia fiscale al Parlamento.

L'imposizione fiscale diretta è codificata nei codici tributari: il Codice Generale delle Imposte (*Code Général des Impôts*, CGdI) e le sue quattro appendici (*Annexes*) riguardanti le norme in materia di valutazione e di calcolo delle imposte e il Codice del processo tributario (*Livre des Procédures fiscales*, LdPF) contenente le norme in tema di recupero dei tributi, accertamento fiscale e contenzioso tributario. A questi si aggiungono le leggi finanziarie annuali ed i relativi regolamenti governativi attuativi.

La legislazione primaria è poi integrata dalle indicazioni dell'amministrazione centrale tributaria formulate in circolari, istruzioni e risposte ministeriali vincolanti per le autorità fiscali, a determinate condizioni (LPF, art. L 80 A), ma non per il contribuente che può impugnarle dinanzi al *Conseil d'État*<sup>814</sup>. La giurisprudenza fornisce pertanto orientamenti rilevanti per l'interpretazione delle norme fiscali sia per i contribuenti che per le autorità fiscali.

L'art. 53 della Costituzione inoltre prevede la prevalenza dei Trattati fiscali internazionali, ratificati con legge parlamentare, sulla legislazione fiscale domestica.

Il sistema nazionale dell'imposizione diretta assoggetta le persone fisiche all'imposta sui redditi (*Impôt sur le Revenu - I.R.*)<sup>815</sup> e le società di capitali e le società commerciali all'imposta sulle società (*Impôt sur les Sociétés - I.S.*)<sup>816</sup>.

Le stabili organizzazioni in Francia di imprese estere con direzione effettiva localizzata in Stati non UE sono inoltre soggette ad una *branch remittance tax* del 30% sul dividendo nozionale che si presume distribuito alla società estera<sup>817</sup>.

---

<sup>814</sup> Cfr. Direction Générale Des Finances Publiques, *Overview of the french tax system, Legislation in force as at 31 December 2016*, p.6, accessibile dal sito: [https://www.impots.gouv.fr/portail/files/media/1\\_metier/5\\_international/french\\_tax\\_system.pdf](https://www.impots.gouv.fr/portail/files/media/1_metier/5_international/french_tax_system.pdf) (accesso al 22 giugno 2020).

<sup>815</sup> L'applicazione dell'*Impôt sur le Revenu* avviene in base all'art. 4 A CGIss. CGdI.

<sup>816</sup> L'applicazione dell'*Impôt sur les Sociétés* avviene in base all'art. 205 ss. CGdI. L'attuale configurazione dell'imposta sulle società deriva dalla riforma fiscale attuata con decreto governativo del 9 dicembre 1948, di un decennio precedente alla vigente Costituzione. Cfr. Kouraleva-Cazals P., *France National report*, in Gutmann D., *Corporate income tax subjects: 2013 EATLP Congress Lisbon, 30 May-1 June 2013, 2015, IBFD*, p. 257.

A decorrere dal 2014 la legge finanziaria per il 2011 ha soppresso l'imposta forfettaria annuale (*Imposition forfaitaire annuelle - IFA*) applicata in misura fissa alle società (non espressamente esonerate) con fatturato superiore ad una determinata soglia.

<sup>817</sup> La disciplina della *branch profit tax* francese è contenuta nell'art. 115 quinquies CGI. Questo prevede l'inapplicabilità alle stabili organizzazioni di imprese assoggettate ad imposta in Stati UE o SEE, l'esenzione dell'imposta (o la riduzione) all'interno di un cospicuo numero di Trattati fiscali cono Stati non UE e il rimborso dell'imposta prelevata in caso la distribuzione effettiva sia inferiore a quella presuntiva o in caso il reddito sia stato distribuito a soggetti residenti in Francia.

Nel 2010 la soppressione dell'imposta sulle attività professionali (*Taxe Professionnelle - T.P.*) ha condotto all'istituzione di due diverse imposte destinate ad alimentare il gettito locale: l'imposta forfettaria sulle imprese di rete (*Imposition forfaitaire sur les entreprises de réseaux - IFER*) e il contributo economico territoriale (*contribution économique territoriale - CET*) su persone fisiche e società che esercitano in Francia un'attività professionale autonoma e indipendente<sup>818</sup>. Nel 2018 il Governo francese ha introdotto l'imposta di solidarietà sul patrimonio immobiliare (*Impôt sur la fortune immobilière – IFI*) sostitutiva dell'Imposta di Solidarietà sulla Fortuna (*Impôt de solidarité sur la fortune - ISF*)<sup>819</sup>. La gestione amministrativa di tutte le fasi del prelievo di queste imposte è affidata alla Direzione Generale delle Imposte (*Direction Générale des Impôts - DGI*).

Per il diritto civile e commerciale una società è francese se registrata in Francia e se la sua sede legale è localizzata in Francia<sup>820</sup>. Anche se la sede della sua direzione effettiva è all'estero, essa è considerata una società di diritto francese<sup>821</sup>.

Ai fini dell'imposta sulle società, invece, la prevalenza del principio di territorialità (e del connesso concetto di «*entreprise exploitée en France*»)<sup>822</sup> esclude l'esistenza di una definizione normativa di residenza fiscale. Secondo la prassi tuttavia

---

<sup>818</sup> La CET si compone di due parti, il contributo fondiario per le imprese (*cotisation foncière des entreprises - CFE*), prelevata sul valore locativo nozionale dei fabbricati (equivalente ad una rendita catastale) simile a un'imposta sugli immobili aziendali e il contributo sul valore aggiunto delle imprese (*cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises - CVAE*), un'imposta progressiva con caratteristiche molto simili all'IRAP.

Cfr. Servizio studi del Senato, XVII legislatura, Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 1058, Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita, n. 63/2013, p. 272-273; Direction Générale Des Finances Publiques, *Overview of the french tax system*, cit., p.74.

<sup>819</sup> Istituita nel 1982 come *Imposta sulle Grandi Fortune (Impôt sur les grandes fortunes - IGF)* fu soppressa nel 1987 per essere nuovamente introdotta nel 1988 come *Imposta di Solidarietà sulla Fortuna (Impôt de solidarité sur la fortune - ISF)*.

Da circa mezzo secolo, l'applicazione di tale imposta ha vissuto una storia molto travagliata dividendo l'opinione pubblica fra quanti ne apprezzano l'utilità redistributiva e di freno all'accumulazione di rendite patrimoniali e quanti invece ne criticano aspramente gli effetti distorsivi sulla delocalizzazione fiscale. Nel corso del tempo, le diverse formulazioni dell'imposta sono state caratterizzate da numerosi interventi correttivi volti ad introdurre o modificare il tetto massimo per la quantificazione della base imponibile e d'altra parte ad escludere progressivamente componenti importanti della base imponibile originaria, prima estesa a tutti gli elementi distintivi dei grandi patrimoni (come gioielli, opere d'arte, partecipazioni in società, attività finanziarie ed immobiliari). A lungo tale imposta è stata considerata un'eccezione tutta francese.

Nel 2018, l'ISF è stata sostituita dall'imposta di solidarietà sul patrimonio immobiliare (*Impôt sur la fortune immobilière – IFI*). La L. n.2017-1837 ne ha introdotto la disciplina negli art. 964-983 del CGdI che configura l'attuale versione dell'IFI come un'imposta progressiva per scaglioni di valore immobiliare del patrimonio posseduto in Francia da persone fisiche residenti e non residenti.

Cfr. Servizio studi del Senato, XVII legislatura, Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 1058, Delega al Governo ... cit., p. 264 ss.; Direction Générale Des Finances Publiques, *Overview of the french tax system*, cit., p.70 ss.

<sup>820</sup> Art. 1837 cc e L 225-97 code commercial; Coustel A.S., France national report, cit., p.337

<sup>821</sup> Coustel A.S., France national report, cit., p.337.

<sup>822</sup> Per una panoramica ad ampio spettro sulla modalità in cui la Francia applica il principio di territorialità, cfr. Lignereux B., *Rapport particulier n. 4: Le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés*, Auditeur au Conseil d'Etat, Juin 2016, rinvenibile presso: <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/20170112-rapport-particulier-4-principe-territorialite.pdf> (accesso 7/6/2020).

la residenza fiscale delle entità è agganciata al criterio della sede legale (*siège social*) o della sede sociale effettiva (*siège réel*) in Francia<sup>823</sup>.

### 2.5.1 Partnership approach

Nella fiscalità diretta francese la tassazione delle società domestiche prevede tre possibili regimi: la trasparenza fiscale piena, la translucenza fiscale e l'opacità fiscale<sup>824</sup>.

Le società di capitali domestiche sono di regola assoggettate all'imposta sulle società e tassate come entità separate, secondo il regime di opacità fiscale.

Le società di persone domestiche sono invece assoggettate al regime translucenza e possono optare per il regime di opacità fiscale.

Il regime di trasparenza fiscale piena è invece applicato a tutte le società (indipendentemente dalla forma giuridica) le cui quote attribuiscono diritti reali su beni immobili<sup>825</sup>.

Con la sola eccezione delle società in regime di trasparenza fiscale piena, quindi, la legge fiscale francese prevede che, in linea di principio, tutte le società siano soggetti passivi ai fini dell'imposizione diretta<sup>826</sup>: o in base al regime dell'opacità fiscale

---

<sup>823</sup> Cfr. art. 209(I), CGdI. Cfr. BOI-IS-CHAMP-60-10-20-20120912 presso il sito: <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/4263-PGP.html?identifiant=BOI-IS-CHAMP-60-10-20-20120912>; Coustel A.S., France national report, cit., p.337.

<sup>824</sup> Kouraleva-Cazals P., *France National report*, in Gutmann D., *Corporate income tax subjects: 2013 EATLP Congress Lisbon*, 30 May-1 June 2013, 2015, IBFD, pp. 75-83 & pp. 255.

<sup>825</sup> Si tratta ad esempio delle compagnie armatoriali o delle *Sociétés immobilières de copropriété* previste dall'art. L212-1 *Code de la Construction et de l'Habitation*, tassate in base all'art. 1655 CGdI. L'eccezione al regime di translucenza si giustifica per queste ultime per la prevalenza del principio di neutralità fiscale fra i differenti modi di gestione della proprietà immobiliare in Francia. Analogo regime è previsto dall'art. 208 CGdI per le società di gestione dei fondi che dividono i risultati fra i soci in proporzione ai loro investimenti. Cfr. Kouraleva-cazals P., *France branch report*, cit., p. 255; Coustel A.S., *France national report*, cit., p.336; Melot N., Le Mentec F., *France branch report*, in IFA – 61th Congress of the International Fiscal Association (Kyoto, 2007), *Conflicts on the attribution of income to a person*, in Cahiers de droit fiscal international vol. 92 b), Rotterdam: International fiscal association, 2007, p.251; Grosclaude J., Marchessou Ph., *Diritto tributario francese. Le imposte - Le procedure* [traduzione a cura di E. De Mita], Milano, Giuffrè, 2006, p.53 e 206.

Forse il caso più rappresentativo è dato dalle *Société civile immobilière (SCI)* francesi previste dagli artt. 1845 – 1870-1 code civil, frequentemente impiegate come strumento di passaggio generazionale dei patrimoni immobiliari. In ragione di tale funzione, l'art. 219 (I-a sexies-0 bis) CGdI introduce il concetto di «*sociétés à prépondérance immobilière*» per disconoscere lo schermo societario ed imputare gli effetti fiscali direttamente ai soci. Cfr. Crosti A., *Société civile immobilière di diritto francese: trattamento fiscale in Italia*, in FCI, n.11/2014, p. 5; Boidi M., Lenti C., *La tassazione dei redditi delle S.c.i. francesi e monegasche oggetto di 'scudo fiscale'*, in IF, n. 22/2010, p.3465.

<sup>826</sup> Le società sono soggette all'imposizione dalla data della loro costituzione fino alla completa liquidazione. La registrazione nell'anagrafe tributaria non è requisito per la soggettività passiva.

L'esercizio di un'opzione per un diverso regime impositivo comporta ai soli fini fiscali la cessazione dell'attività e l'avvio di una nuova attività.

Anche la semplice cessazione dell'attività commerciale ai fini fiscali è considerata cessazione dell'attività tassabile.

generalmente previsto per le società di capitali<sup>827</sup> o in base al regime della trasparenza di regola applicato alle società di persone.

A certe condizioni, alcune società in regime di opacità possono optare per la trasparenza e viceversa<sup>828</sup>.

In linea generale, non esistono requisiti e condizioni specifiche in ragione dei quali la legge riconosce automaticamente soggettività passiva tributaria ad una entità<sup>829</sup>.

Quindi, per tracciare la linea di demarcazione fra le entità domestiche ammesse al regime di opacità fiscale ed entità ammesse al regime di trasparenza fiscale, l'art. 206 CGdI<sup>830</sup> prevede il ricorso ad una combinazione di criteri differenti<sup>831</sup>: forma legale, responsabilità limitata dei soci e attività commerciale.

In base al criterio della forma legale, le entità che hanno la forma prevista nell'art.8 CGdI sono assoggettate al regime di trasparenza delle partnership, mentre quelle che hanno la forma prevista nell'art.206(1) CGdI accedono al regime di opacità fiscale e sono assoggettate all'imposta sulle società indipendentemente dall'attività svolta. Salvo alcune eccezioni, sono assoggettati al medesimo regime anche gli enti pubblici per i redditi che derivano da attività commerciali<sup>832</sup>.

In base al criterio della responsabilità limitata dei soci previsto dal diritto commerciale sono assoggettate all'imposta sulle società le entità i cui soci hanno responsabilità limitata. La legge fiscale applica questo criterio a tutte le entità incluse quelle con soci a responsabilità diversificata come le *société en commandite simple* e le *société en participation*: i redditi imputati ai soci con responsabilità limitata saranno

---

<sup>827</sup> Oltre che per le società di capitali il regime di opacità fiscale è previsto anche per l'impresa individuale a responsabilità limitata (*EIRL - Entrepreneur individuel à responsabilité limitée*) o, in alcuni casi, come regime opzionale per le partnership.

<sup>828</sup> Coustel A.S., *France national report*, cit., p.339.

<sup>829</sup> Cfr. Kouraleva-cazals P., *France branch report*, cit., p. 256.

<sup>830</sup> CGdI art.206(1) «Sous réserve des dispositions des articles 8 ter, 239 bis AA, 239 bis AB et 1655 ter, sont passibles de l'impôt sur les sociétés, quel que soit leur objet, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée n'ayant pas opté pour le régime fiscal des sociétés de personnes dans les conditions prévues au IV de l'article 3 du décret n° 55-594 du 20 mai 1955 modifié, les sociétés coopératives et leurs unions ainsi que, sous réserve des dispositions du 6° du 1 de l'article 207, les établissements publics, les organismes de l'Etat jouissant de l'autonomie financière, les organismes des départements et des communes et toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucrative».

<sup>831</sup> Cfr. Kouraleva-cazals P., *France branch report*, cit., p. 258.

<sup>832</sup> Tuissanint P., Bourtourault P.Y., *France branch report*, in IFA – 49th Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995), *International income tax problems of partnerships*, in *Cahiers de droit fiscal international* vol. 80a), The Hague: Kluwer Law International, 1995, p.208 ss.

soggetti all'imposta sulle società, mentre i redditi imputati ai soci con responsabilità illimitata seguono il regime delle partnership<sup>833</sup>.

Il criterio dell'attività commerciale prevede che – con esclusione delle società soggettivamente qualificate come commerciali dal codice di commercio<sup>834</sup> - tutte le altre società possono essere considerate commerciali in base ad un criterio oggettivo, vale a dire se il codice di commercio include la loro attività istituzionale fra quelle definite oggettivamente commerciali<sup>835</sup>.

In ultimo, la legge fiscale francese prevede che le società civili o le società di fatto, normalmente non commerciali, che svolgono determinate attività di gestione o commerciali siano soggette all'imposta sulle società<sup>836</sup>.

La combinazione dei criteri citati comporta quindi che i soci di una general partnership sono tutti soggetti al regime fiscale di trasparenza previsto per le partnership, mentre, rispetto ad una società in accomandita a tale regime accedono solo i soci accomandatari, la cui responsabilità è illimitata. I redditi dei soci accomandanti invece sono tassati in capo alla limited partnership con applicazione dell'imposta sulle società.

Il nesso fra status civile e status fiscale di un ente è pertanto rintracciabile in modo implicito nel criterio della forma, che tuttavia si presenta come un *numerus clausus*, e in modo esplicito nel rapporto fra soggettività passiva d'imposta della società e regime di responsabilità limitata/illimitata dei suoi soci, da una parte, e attività oggettivamente commerciale, dall'altra, così come definite dal diritto commerciale.

Pur non essendovi un nesso diretto ed evidente fra personalità giuridica prevista dal diritto civile e soggettività passiva ai fini delle imposte dirette, si può tuttavia affermare che tutti i criteri impiegati dalla legge fiscale per individuare i soggetti passivi d'imposta e le entità trasparenti subiscono in diversa misura l'influsso del diritto civile e commerciale francese.

Sono quindi soggette all'imposta sulle società: la società per azioni (*Société Anonyme - S.A.*), la società per azioni semplificata (*Société par Action Simplifiée - S.A.S.*), la società in accomandita per azioni (*Société en Comandite par Action -*

---

<sup>833</sup> In base all'art. 238 bis L CGdI, nelle *société en participation* e nelle società di fatto solo i soci identificati dall'amministrazione finanziaria possono accedere alla tassazione per trasparenza, mentre gli altri sono considerati soci a responsabilità limitata e soggetti all'imposta sulle società. Cfr. Kouraleva-cazals P., *France branch report*, cit., p. 260.

<sup>834</sup> Art. L210-1 e 2 code de commerce.

<sup>835</sup> Art. L110-1 code de commerce. Cfr. Kouraleva-cazals P., *France branch report*, cit., p. 263.

<sup>836</sup> CGdI Art. 34, 35, 206(2). Cfr. Coustel A.S., *France national report*, cit., p.338; Kouraleva-cazals P., *France branch report*, cit., p. 266-267; Coustel A.S., *France national report*, cit., p.264.

S.C.A.), l'impresa unipersonale a responsabilità limitata (*Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée* E.U.R.L.) che abbia optato per tale regime, la società a responsabilità limitata (*Société à Responsabilité Limitée* - S.A.R.L.).

Accedono inoltre al regime fiscale delle società le quote di utili del socio accomandante della società in accomandita semplice (*société en comandite simple* - SCS).

Sono infine assoggettati all'imposta sulle società i redditi derivanti dall'attività commerciale o da singole transazioni di tipo commerciale prodotti da *établissements publics*, enti pubblici dotati di autonomia finanziaria e enti controllati dai Dipartimenti o dalle municipalità. L'attività non commerciale di tali enti è generalmente esente, mentre i *passive income* sono soggetti a tassazione ridotta<sup>837</sup>.

Particolari regole di territorialità fiscale sono previste per la tassazione dei profitti d'impresa. In base al principio di territorialità declinato nell'art. 209 CGdI<sup>838</sup>, le società assoggettate ad imposta per la loro forma giuridica sono tassate esclusivamente per gli utili derivanti da attività economiche svolte in Francia o per utili considerati di fonte francese in base ad un Trattato fiscale<sup>839</sup>. La territorialità comporta l'esenzione dei profitti d'impresa realizzati all'estero da società residenti in Francia (per esempio mediante stabili organizzazioni estere) e nel contempo la tassazione dei profitti di fonte francese realizzati da società estere<sup>840</sup>. La combinazione delle regole dell'art. 209 CGdI insieme a quelle di un Trattato fiscale sono in grado di estendere l'ambito di applicazione territoriale dell'imposta sul reddito delle società francesi<sup>841</sup>.

---

<sup>837</sup> CGdI Art. 219 bis e 206 c.5. Cfr. Kouraleva-cazals P., *France branch report*, cit., p. 266-267; Coustel A.S., *France national report*, cit., p.336.

<sup>838</sup> Art. 209(1) CGdI: «*Sous réserve des dispositions de la présente section, les bénéficiaires passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés d'après les règles fixées par les articles 34 à 45, 53 A à 57, 108 à 117, 237 ter A et 302 septies A bis et en tenant compte uniquement des bénéficiaires réalisés dans les entreprises exploitées en France, de ceux mentionnés aux a, e, e bis et e ter du I de l'article 164 B ainsi que de ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions*».

<sup>839</sup> V. infra, § 0.

<sup>840</sup> Sui requisiti necessari per la ricorrenza di attività economiche svolte in Francia (*entreprises exploitées en France*), cfr. BOI-IS-CHAMP-60-10-10-20140627 presso il sito: <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/4262-PGP.html?identifiant=BOI-IS-CHAMP-60-10-10-20140627>. In particolare, le istruzioni segnalano l'assenza di criteri definitori normativi e l'indispensabile ricorso alle indicazioni della giurisprudenza, la quale intende generalmente per "attività d'impresa condotta in Francia" l'esercizio abituale di un'attività commerciale in Francia caratterizzata da una sede fissa di affari con un certo grado di autonomia, un agente dipendente che svolga attività commerciale in Francia o l'esistenza di un ciclo completo commerciale in Francia. Cfr. Lignereux B., *Rapport particulier n. 4: Le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés*, cit., p. 10-16.

<sup>841</sup> Cfr. BOI-INT-DG-20-10-20-20120912 presso il sito: <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/2425-PGP.html?identifiant=BOI-INT-DG-20-10-20-20120912>. Le istruzioni chiariscono (p.40 e 50) che tale regola non intende consentire la tassazione in base ad un Trattato degli utili che il codice tributario esenta espressamente per motivi diversi da quelli in relazione alle norme sulla territorialità. Cfr. Lignereux B., *Rapport particulier n. 4: Le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés*, cit., p. 30-48.

L'esenzione fiscale totale di una società dalle imposte dirette non altera la sua potenziale soggettività passiva d'imposta: essa conserva quindi i requisiti di applicabilità dei Trattati fiscali.

Il sistema fiscale prevede un regime di consolidamento fiscale di tipo nazionale al quale possono aderire anche le partnership purché optino per il regime di opacità fiscale<sup>842</sup>.

### 2.5.1.1 Translucenza fiscale delle partnerships domestiche

La fiscalità delle partnership francesi è contraddistinta da un'elevata complessità dovuta in parte all'assenza di una disciplina chiara e puntuale e in parte alle numerose questioni dottrinarie ed interpretative sorte intorno ad una giurisprudenza formatasi progressivamente nel corso del tempo<sup>843</sup>.

Come regola generale, le partnership domestiche non sono soggette né all'imposta sul reddito né all'imposta sulle società: sono tuttavia considerate soggetti passivi d'imposta all'interno di un regime detto di "translucenza" (o semi-trasparenza) e i loro soci sono soggetti ad imposta sulla quota di utili derivanti dall'attività della partnership<sup>844</sup>.

Malgrado ciò la dottrina sostiene che gran parte dei caratteri operativi e funzionali delle partnership francesi siano validi a configurarli come pass-through entities e non come soggetti passivi<sup>845</sup>.

L'art. 13 della L. n.2010-1658 delegava il Governo francese ad introdurre una riforma del regime di translucenza delle partnership francesi prevedendo la scomparsa delle società di persone come soggetto fiscale a partire dal 2012 e, con queste, le doppie

---

<sup>842</sup> CGdI Art. 223 A e ss. Cfr. Coustel A.S., France national report, cit., p.341.

<sup>843</sup> Lanteri N., La convenzione fra l'Italia e la Francia contro le doppie imposizioni, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, EGEA, p.184; Derouin P., *France branch report*, cit., p. 217-218.

Sul punto, Tuissanint P., Bourtourault P.Y., *France branch report*, in IFA p.207, confermando una giurisprudenza necessaria per dare corpo alla materia si interrogava nel 1995 se fosse adeguato perseverare sul modello della translucenza o adeguarsi ai modelli di trasparenza diffusamente applicati nella gran parte degli Stati.

<sup>844</sup> CGdI Art. 8 e 238 bis K. Cfr. Kouraleva-cazals P., France branch report, cit., p. 255; Coustel A.S., France national report, cit., p.340; Tuissanint P., Bourtourault P.Y., France branch report, cit. p.209; Guignard D, Viguierj., *La transparence des personnes morales en droit administratif*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, p. 277-290; Diop N. B., Salvador M.-L., *La transparence des personnes morales en droit fiscal*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, p. 265-275; Cozian M., *Images fiscales: transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés*, Petites affiches, 24 n.11/1996, p. 5; Lignereux B., RAPPORT PARTICULIER N. 4: Le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés, Auditeur au Conseil d'Etat, Juin 2016, in particolare la giurisprudenza riportata a nota 101.

<sup>845</sup> Derouin P., France branch report, in Haase F (ed.), *Taxation of International Partnerships: 15 Years OECD Partnership Report: Past, Present and Future*, IBFD, 2014, p. 221-222; Tuissanint P., Bourtourault P.Y., *France branch report*, cit. p.209.

imposizioni e gli arbitraggi fiscali generate dal precedente sistema<sup>846</sup>. A causa della complessità e della profondità delle riforme necessarie, tuttavia il progetto governativo naufragò<sup>847</sup>.

L'attuale regime fiscale della trasparenza francese è definito dagli art. 8 e 60 CGdI<sup>848</sup>.

Si tratta di un regime di tassazione ibrido, a metà strada fra l'opacità fiscale e la trasparenza piena, in cui il reddito è attribuito, qualificato e quantificato a livello della partnership in base alle regole previste per l'attività svolta e dichiarato fiscalmente dalla partnership<sup>849</sup>. L'utile della partnership è imputato ai soci solo ai fini del prelievo, cumulato con gli altri redditi loro imputabili e tassato in base al regime fiscale naturale loro applicabile<sup>850</sup>.

In base a tale regime il titolare del reddito ai fini fiscali è la partnership e non il socio, pertanto la partnership è il soggetto passivo d'imposta. Le valutazioni in ordine al differimento degli ammortamenti e alla compensabilità delle perdite avvengono per lo più a livello della società<sup>851</sup>. Secondo la prassi amministrativa e la giurisprudenza, quindi la trasparenza fiscale si configura non come un metodo di imputazione ma solo come un metodo che agevola il prelievo: il socio non è infatti titolare del reddito ma debitore dell'imposta dovuta dalla partnership sul reddito complessivo da questa prodotto<sup>852</sup>.

La giurisprudenza è intervenuta in più occasioni per confermare che, rispetto alla trasparenza fiscale, i contorni della trasparenza sono rinvenibili nella determinazione

---

<sup>846</sup> Traccia di questa importata riforma è contenuta nel dossier: Servizio studi del Senato, XVII legislatura, Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 1058, Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita, n. 63/2013, p. 268 ss.

<sup>847</sup> Derouin P., *France branch report*, cit., p. 217.

<sup>848</sup> CGdI Art. 8: «*Sous réserve des dispositions de l'article 6, les associés des sociétés en nom collectif et les commandités des sociétés en commandite simple sont, lorsque ces sociétés n'ont pas opté pour le régime fiscal des sociétés de capitaux, personnellement soumis à l'impôt sur le revenu pour la part de bénéfices sociaux correspondant à leurs droits dans la société*».

CGdI Art. 60: «*Le bénéfice des sociétés visées à l'article 8 est déterminé, dans tous les cas, dans les conditions prévues pour les exploitants individuels. Ces sociétés sont tenues aux obligations qui incombent normalement aux exploitants individuels*».

<sup>849</sup> Cfr. Melot N., Le Mentec F., *France branch report*, cit, p.251

<sup>850</sup> Coustel A.S., *France national report*, cit., p.337 e 339; Grosclaude J., Marchessou Ph. *Diritto tributario francese. Le imposte - Le procedure* [traduzione a cura di E. De Mita], Milano, Giuffrè, 2006, mn.71; Tuissanint P., Bourtourault P.Y., *France branch report*, cit. p.209

<sup>851</sup> Secondo Tuissanint P., Bourtourault P.Y., *France branch report*, cit. p.210, questo ed altri elementi la cui valutazione resta in carico alla società fanno propendere per un regime a metà strada fra l'opacità tipica delle società di capitali e la trasparenza fiscale.

<sup>852</sup> Cfr. Lanteri N., *La convenzione fra l'Italia e la Francia contro le doppie imposizioni*, in Garbarino C., *Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario*, EGEA, p.184; Gouthière B., *Les impôts dans les affaires internationales*, 10th édition, Levallois, m.no. 31340. Sul punto è intervenuta anche la conferma della prassi: Direction Générale Des Finances Publiques, BOI-RFPI-CHAMP-30-20-20131007, del 7 ottobre 2013



del reddito in capo alla società, il che genera di conseguenza tutti i connessi obblighi fiscali e dichiarativi, inclusa la responsabilità sul debito fiscale e l'assoggettamento al controllo dell'autorità fiscale<sup>853</sup>.

Come deroga alla regola generale, il reddito non è determinato in base al regime fiscale previsto per l'attività svolta dalla partnership in soli due casi: se il socio è una società di capitali soggetta all'imposta sulle società e se il socio è una persona fisica imprenditore che ha iscritto contabilmente le quote della partnership fra gli asset dell'impresa<sup>854</sup>.

La legge fiscale francese non chiarisce la nozione di *tax partnership*.

L'elenco incluso nell'art. 8 CGdI è dato in base alle nozioni specifiche sulle forme giuridiche previste dalla legge francese e rappresenta un *numerus clausus* che si ottiene per differenza rispetto alla formula dell'art. 206(1). A tale elenco si aggiungono le società alle quali è consentita opzione del regime fiscale.

Sono soggette al regime di trasparenza dell'art. 8 CGdI: le società di persone dotate di personalità morale (la *société civile* per la quale è esclusa l'attività commerciale, il *groupement d'intérêt économique*<sup>855</sup>, la *société en nom collectif*, il solo socio accomandatario della *société en commandite simple* che non abbia optato per il regime fiscale delle società<sup>856</sup>) le società di persone non dotate di personalità morale (la *société en participation* e le società di fatto con membri la cui identità sia stata dichiarata all'Amministrazione finanziaria); accedono inoltre al regime di trasparenza: le società a responsabilità limitata (*Société à Responsabilité Limitée* - S.A.R.L.) in cui l'unico socio sia una persona fisica in regime di impresa unipersonale a responsabilità limitata (*Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée* E.U.R.L.), le S.A.R.L. a base familiare e le neocostituite S.A., S.A.R.L. e S.A.S. che abbiano optato per tale regime<sup>857</sup>.

---

<sup>853</sup> Conseil d'Etat, Section, du 8 avril 1994, 60405 65876; sul punto v. Lanteri N., La convenzione fra l'Italia e la Francia cit., p.185; Tuissanint P., Bourtourault P.Y., France branch report, cit., p.215; Derouin P., France branch report, cit., p. 223.

<sup>854</sup> CGdI Art. 238 bis K; cfr. Kouraleva-cazals P., France branch report, cit., p. 255; Coustel A.S., France national report, cit., p.336. sul tema si è pronunciata anche la giurisprudenza: v. Corte amministrativa d'appello di Parigi-CAA Paris v Sté Kingroup Inc del 12-11-1992, n. 90556 e Conseil d'Etat, 7 / 9 SSR, du 7 mars 1990, 91573.

<sup>855</sup> CGdI art. 239 quater e 239 quater C.

<sup>856</sup> In base al CGdI Art. 238 bis L, la *société civile* che svolge attività commerciale è assoggettata d'ufficio al regime di opacità fiscale; così anche la *société en participation* e le società di fatto in cui l'identità partecipanti non siano dichiarati all'Amministrazione finanziaria. Cfr. Kouraleva-cazals P., France branch report, cit., p. 260.

<sup>857</sup> A determinate condizioni e indipendentemente dalla forma giuridica, alcune società di capitali possono optare per l'accesso al regime di trasparenza: le S.A.R.L. a base familiare (senza limiti di tempo) e le neocostituite S.A., S.A.R.L. e S.A.S. (entro i primi cinque anni di attività). Art. 239 bis AA e 239 bis AB, CGdI. In entrambe i casi l'opzione è

Le società tassate per trasparenza (art. 8 CGdI) – con la sola eccezione del *groupement d'intérêt économique* e di alcune *société civil* di tipo immobiliare – possono optare per il regime di opacità fiscale<sup>858</sup>.

Gli obblighi fiscali e dichiarativi incombono sulla partnership la quale presenterà tante dichiarazioni quanti sono le differenti categorie di soci (persone fisiche, ditte individuali società o altri enti soggetti all'imposta sulle società, soci esteri, istituzioni fiscalmente esenti)<sup>859</sup>.

Sia ai fini del diritto fiscale domestico che delle direttive europee, le partnership domestiche si qualificano come entità completamente trasparenti in relazione a dividendi, interessi, royalties, capital gain immobiliari e altri passive income<sup>860</sup>.

La partnership si qualifica come entità trasparente anche con riferimento alle esenzioni fiscali accordate dalla legge a determinate operazioni (come le cessioni immobiliari) o a determinate attività<sup>861</sup>.

### 2.5.1.2 Fiscalità dei soci di partnerships residenti

La fiscalità dei soci è definita dall'art. 60 CGdI<sup>862</sup>: l'utile della partnership è imputato quindi ai soci insieme agli altri redditi loro attribuibili e tassato in base al loro regime fiscale naturale. Se quindi il socio è una società soggetta all'imposta sulle società, la quota parte degli utili a questa imputabile è determinata secondo le regole del reddito d'impresa<sup>863</sup>.

---

revocabile ma non rinnovabile. Coustel A.S., France national report, cit., p.339; Derouin P., France branch report, cit., p. 220. Mesnooh J., Law and Business in France: A Guide to French Commercial and Corporate Law, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p.323.

<sup>858</sup> Art. 206 c.3, CGdI. L'opzione richiede il consenso unanime dei soci ed è irrevocabile. In alcuni casi, come le attività professionali, essa inoltre comporta la cessazione dell'attività soggetta al precedente regime e la tassazione dei relativi redditi. In altri casi, il passaggio da un regime di imputazione reddituale per cassa ad un regime di competenza dovuto all'opzione comporta l'emersione di base imponibile soggetta a tassazione. Cfr. Kouraleva-cazals P., France branch report, cit., p. 262; Coustel A.S., France national report, cit., p.338-339.

<sup>859</sup> Derouin P., France branch report, cit., p. 222.

<sup>860</sup> Art. 244 bis A-2(c) CGI. Cfr. Derouin P., France branch report, cit., p. 224

<sup>861</sup> Cfr. Derouin P., France branch report, cit., p. 223.

<sup>862</sup> CGdI Art. 60: «Le bénéficiaire des sociétés visées à l'article 8 est déterminé, dans tous les cas, dans les conditions prévues pour les exploitants individuels. Ces sociétés sont tenues aux obligations qui incombent normalement aux exploitants individuels».

<sup>863</sup> Art. 238 bis K: «I. Lorsque des droits dans une société ou un groupement mentionnés aux articles 8,8 quinquies, 239 quater, 239 quater B, 239 quater C ou 239 quater D sont inscrits à l'actif d'une personne morale passible de l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun ou d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou agricole imposable à l'impôt sur le revenu de plein droit selon un régime de bénéficiaire réel, la part de bénéficiaire correspondant à ces droits est déterminée selon les règles applicables au bénéfice réalisé par la personne ou l'entreprise qui détient ces droits».

Cfr. Coustel A.S., France national report, cit., p.337 e 339; Lanteri N., La convenzione fra l'Italia e la Francia, cit., p.185; Tuissanint P., Bourtourault P.Y., France branch report, cit. p.209.

Il regime fiscale delle operazioni che intercorrono fra società e soci (cd pagamenti garantiti) non è uniforme.

Gli apporti di beni e servizi in cambio di quote della società sono qualificati redditi di impresa del socio. I costi sostenuti per operazioni con i soci e altri pagamenti (come gli interessi passivi su prestiti, i canoni immobiliari e di licenza immateriale ecc.) sono invece deducibili dal bilancio societario<sup>864</sup>.

Solo alcuni pagamenti sono indeducibili, come i compensi e stipendi degli amministratori e gli interessi eccedenti il tasso ordinario; così anche le spese personali dei soci non sono di base deducibili dal bilancio societario, se tuttavia sono sostenute per le necessità dell'attività sociale possono essere dedotti dalla quota di utili della partnership spettanti al singolo socio.<sup>865</sup> Analogamente i beni e servizi ceduti dalla società ai soci si configurano come ricavi della società e costi deducibili dalla quota di utile del socio.

Se la quota di partecipazione è detenuta nell'ambito dell'attività d'impresa o professionale del socio, questa configura un asset dell'attività professionale dello stesso e i relativi costi sono deducibili dalla sua quota di utili<sup>866</sup>.

Il fatto generatore dell'imposta sui soci è dato dal trasferimento istantaneo e presuntivo dei risultati di gestione (utile o perdita) alla chiusura del bilancio<sup>867</sup>.

La quota imponibile è tassata mediante ritenuta fiscale applicata all'utile contabile integrata dei pagamenti indeducibili. Ciascun socio deduce da tale quota i costi personali ammessi.

Ogni socio residente o non residente è tenuto alla presentazione di una dichiarazione dei redditi contenenti la quota di utili della partnership.

La cessione di quote di società francesi è qualificata come cessione di partecipazioni e non come cessione dei beni sottostanti. Essa pertanto dà luogo a capital gain tassabile in base al regime domestico ma (per effetto del regime di trasparenza) il valore di cessione va riallineato ai valori fiscali che tengano debito conto degli utili effettivamente distribuiti ai soci e di quelli accantonati<sup>868</sup>.

---

<sup>864</sup> Tuissanint P., Bourtourault P.Y., France branch report, cit. p.209; Derouin P., France branch report, cit., p. 222.

<sup>865</sup> Tuissanint P., Bourtourault P.Y., France branch report, cit., p.209-210 ss.

<sup>866</sup> Derouin P., France branch report, cit., p. 222.

<sup>867</sup> Tuissanint P., Bourtourault P.Y., France branch report, cit., p.210.

<sup>868</sup> Tuissanint P., Bourtourault P.Y., France branch report, cit. p.216; Derouin P., France branch report, cit., p. 223 e giurisprudenza ivi citata.

I soci esteri di partnerships residenti sono soggetti all'imposizione in Francia in base al criterio della fonte<sup>869</sup>. Questi pertanto sono soggetti tassati su tutti i redditi di fonte francese inclusi i redditi imputati per trasparenza dalla partnership francese.

Per la determinazione e la quota di utili imputati ai soci esteri sono impiegate le stesse regole previste per i soci residenti. Nei casi in cui la partnership si qualifichi come totalmente trasparente, l'esenzione fiscale (per cessioni immobiliari) si applica anche ai soci esteri mentre la tassazione è applicata mediante ritenuta (per esempio in caso di passive income)<sup>870</sup>.

Per effetto della trasparenza fiscale, in più occasioni il Conseil d'Etat ha sostenuto che il reddito dell'attività d'impresa svolta mediante una partnership domestica è a questa imputato anche se non svolge effettivamente alcuna attività economica o commerciale<sup>871</sup>.

In caso di redditi esteri il socio francese è tassato sul reddito mondiale incluso l'utile societario, mentre i soci non residenti sono tassati sui redditi di fonte francese in base al regime di territorialità previsto dagli art. 4 bis e 4 A CGdI.

Per effetto della trasparenza, il socio residente potrebbe subire all'estero una doppia imposizione: il reddito prodotto all'estero potrebbe essere tassato all'estero sia in capo alla società che al socio residente. Al socio residente, è riconosciuto in base all'art. 122 CGdI un credito d'imposta solo per una delle due imposte pagate<sup>872</sup>.

Per capire invece se una attività d'impresa è svolta in Francia o all'estero, le regole di territorialità dell'art. 164 CGdI si applicano a livello della società<sup>873</sup>.

Come conseguenza di ciò i soci persone fisiche residenti in Francia sono tassati sull'utile mondiale della partnership, inclusivo di redditi esteri e domestici, mentre i soci-società di capitali sono tassati sulla parte di utile della partnership di sola fonte francese<sup>874</sup>. Non esiste analoga regola per le persone fisiche non residenti ma la prassi sembra ben consolidata anche nell'inclusione di queste al medesimo regime.

---

<sup>869</sup> Cfr. In particolare: Lignereux B., Rapport Particulier N. 4: Le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés, Auditeur au Conseil d'Etat, Juin 2016, mn. 72-75.

<sup>870</sup> Derouin P., France branch report, cit., p. 224.

<sup>871</sup> V. Conseil d'Etat, sent. n. 144211/1997 *Société Kingroup* e sent. n. 317024/2011 *Sté Quality Invest*.

<sup>872</sup> Tuissanint P., Bourtourault P.Y., France branch report, cit. p.211.

<sup>873</sup> Tuissanint P., Bourtourault P.Y., France branch report, cit. p.211 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>874</sup> Tuissanint P., Bourtourault P.Y., France branch report, cit. p.211.

La partecipazione in una società traslucida francese da parte di un socio estero (persona fisica o giuridica) non configura un'attività d'impresa qualificabile come stabile organizzazione in Francia<sup>875</sup>.

Di conseguenza, anche in caso di soci esteri, la traslucida delle partnership domestiche realizza una fattispecie reddituale sempre di tipo interno. Una partnership domestica è considerata quindi un soggetto fiscalmente residente in Francia ai fini di un Trattato fiscale e i soci esteri sono tassati in Francia sulla quota di profitti della partnership, senza dover per questo configurare una stabile organizzazione<sup>876</sup>.

Tale risultato è confermato nel caso dei soci esteri di una partnership francese che percepisce passive income di fonte estera<sup>877</sup>. In assenza di una stabile organizzazione in Francia i soci esteri non sono soggetti ad imposizione diretta<sup>878</sup>.

### 2.5.1.3 Foreign partnership approach

Per la legge francese, una società è considerata estera se costituita in base alle leggi del diritto estero e se la sua sede legale è localizzata all'estero.

Ai fini dell'imposizione fiscale, le difficoltà nella classificazione delle società soggette all'imposta sulle società o al regime di traslucida si ripercuote sulla classificazione delle partnership estere.

L'art. 120(2) CGdI definisce il regime fiscale dei redditi derivanti da una partnership estera riferendosi alle nozioni domestiche di società trasparenti previste dal diritto commerciale francese (*société en nom collectif, sociétés en commandite simple, associés en nom*)<sup>879</sup>.

In linea generale, la classificazione fiscale delle partnership estere avviene in base ad un *resemblance test* (test di somiglianza) fra le partnership estere e le partnership francesi secondo i criteri dell'analogia (assimilazione o

---

<sup>875</sup> Tuissanint P., Bourtourault P.Y., France branch report, cit. p.216.

<sup>876</sup> Derouin P., France branch report, cit., p. 224.

<sup>877</sup> Derouin P., France branch report, cit., p. 225.

<sup>878</sup> Per un isolato orientamento giurisprudenziale contrario v. Derouin P., France branch report, cit., p. 225.

<sup>879</sup> Art. 120 CGdI: « *Sont considérés comme revenus au sens du présent article : (...)2. Les intérêts, produits et bénéfiques des parts d'intérêt et commandites dans les sociétés, compagnies et entreprises ayant leur siège social à l'étranger et dont le capital n'est pas divisé en actions, à l'exception toutefois :*

*a. Des produits de parts dans les sociétés commerciales en nom collectif ;*

*b. Des produits des sociétés en commandite simple revenant aux associés en nom ;(...)*»

approssimazione)<sup>880</sup> elaborati dalla prassi amministrativa e da diversi orientamenti giurisprudenziali<sup>881</sup>.

In base al test di somiglianza, quando un ente estero presenta caratteri tali da consentirne un'assimilazione alle società trasparenti francesi o a una delle società previste dall'art. 8 CGdI l'ente è classificato come una società trasparente ai fini dell'imposizione francese. In genere, l'assimilabilità è valutata rispetto alla natura (dichiarata o confidenziale) dell'ente, alle eventuali restrizioni per la circolazione delle quote e al regime di responsabilità dei soci<sup>882</sup>.

Poiché la legge tributaria francese non prevede specifici criteri per la classificazione delle entità estere (e quindi di tassazione dei loro redditi), la loro formulazione è stata per lo più l'esito di una complessa e travagliata produzione giurisprudenziale che ha tentato di adeguare i criteri di classificazione dell'art. 206 CGdI alle entità estere<sup>883</sup>.

Secondo alcuni autori, l'assenza di una disciplina chiara, unita ad una cospicua giurisprudenza che ha dato prevalenza a criteri alterni e talora difformi ha sollevato una enorme confusione di orientamenti sia della prassi sia della giurisprudenza, oggi consolidatisi in alcune rilevanti posizioni<sup>884</sup>.

Nei casi risalenti ai primi anni '60, l'autorità francese adottò il criterio della somiglianza della forma legale e del *nomen juris*. Sulla deriva di tale orientamento, favorito da alcune disposizioni convenzionali che qualificavano "nazionali" di uno

---

<sup>880</sup> Derouin P., France branch report, cit., p. 225; Fouquet O., Sociétés étrangères transparentes et droit fiscal français, in *Revue administrative* n.315/1999, p. 264.

<sup>881</sup> Direction Générale Des Finances Publiques, BOI-IS-CHAMP-60-10-30-20121203, del 7 ottobre 2013; Coustel A.S., France national report, cit., p.342.

<sup>882</sup> Per una ricognizione della prassi e degli orientamenti giurisprudenziali sul punto, v. Coustel, p.342-343, il quale tuttavia segnala che in alcune circostanze le Corti francesi hanno adottato come criterio anche il diritto commerciale dello Stato in cui l'entità è stabilita.

<sup>883</sup> L'art. 206(1) annovera fra le entità soggette ad imposta societaria anche una fattispecie aperta: «*toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucrative*». Tale fattispecie, ad una prima lettura sembrerebbe includere le società estere fra quelle soggette ad imposta societaria indipendentemente dalla forma, dal regime di responsabilità sociale, dal luogo di costituzione, dal luogo di direzione effettiva; il che comporterebbe in automatico la tassazione degli utili sui soci francesi solo sotto forma di dividendi, analogamente a quanto avviene attualmente in Italia.

<sup>884</sup> Cfr. Kouraleva-cazals P., France branch report, cit., p. 271. Secondo l'A. tale confusione deriverebbe in primo luogo dai diversi criteri impiegati dalla legislazione fiscale francese per classificare gli enti soggetti all'imposta sulle società. In secondo luogo tale confusione deriverebbe dal fatto che le regole fiscali francese per la tassazione delle entità estere siano risalenti al periodo in cui le transazioni internazionali erano molto poco diffuse. In ultimo, grossa parte di questa confusione sarebbe dovuta alle forzature interpretative delle Corti per ricondurre a tassazione fattispecie estere che in linea di principio ne sarebbero sottratte.

Per una sintetica ricognizione dei più recenti di casi giurisprudenziali di classificazione delle entità estere v. Derouin P., France branch report, cit., p. 225-226.

Stato le società immobiliari con beni immobili nell'altro Stato, le *société anonyme* di molti Stati furono classificate al pari di quelle francesi<sup>885</sup>.

Nella giurisprudenza delle Corti amministrative degli anni 2000, questo approccio fu sostituito con la verifica delle caratteristiche concrete della entità estera, scontando tuttavia il problema di una assenza totale di fonti che elencassero le caratteristiche da valutare<sup>886</sup>.

Si assistette pertanto ad una serie di orientamenti giurisprudenziali del Consiglio di Stato volti individuare le regole di classificazione delle entità estere, in base ai criteri della commercialità dell'attività o di singole operazioni che l'art. 206 CGd prevede per le entità domestiche<sup>887</sup>.

Si affermò così il filone giurisprudenziale focalizzato sul carattere della responsabilità limitata dei soci. Data però la stretta coincidenza fra società con soci responsabilità limitata e società soggettivamente commerciali prevista dall'art. 206 CGdI, le società con soci a responsabilità limitata che, in base in base al codice di commercio (e non della legge fiscale), risultassero prive di scopo commerciale all'interno dello Statuto furono classificate trasparenti<sup>888</sup>. Tale approccio condusse pertanto ad una sostanziale differenza fra società francesi ed estere: in base all'art. 206 CGdI le società domestiche con soci a responsabilità limitata sono soggetti passivi indipendentemente dallo scopo dichiarato nello statuto, mentre le società estere con soci a responsabilità limitata sono soggetti passivi solo se svolgono attività commerciale o se tale attività sia prevista nello statuto, essendo del tutto indifferente la responsabilità dei soci. In assenza di attività commerciale (dichiarata o esercitata) le entità estere sono considerate trasparenti<sup>889</sup>.

Quando inoltre le entità estere non presentavano somiglianza con la forma delle società francesi e non rispettavano il criterio dell'attività commerciale, le Corti hanno esaminato la natura delle singole operazioni. In linea generale le società francesi non commerciali sono fiscalmente opache quando svolgono una qualsiasi attività commerciale (soggettività passiva piena), mentre gli enti non-profit sono fiscalmente opachi solo per le singole operazioni commerciali (soggettività passiva separata). Nel

---

<sup>885</sup> Caso TA Nice, 5 April 2001, n°97-1014, Sté De Bacquer Immobilien. Sul punto v. anche Tuissanint P., Bourtourault P.Y., France branch report, cit. p.211 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>886</sup> Come conseguenza, l'impossibilità di rintracciare in una entità estera tutti gli elementi previsti dalla legge fiscale per una entità domestica opaca, automaticamente conferiva natura trasparente alla entità estera. Caso: CAA Marseille, 3 May 2005, n°02MA237 min c/ Sté Les Embruns Limited. Cfr. Kouraleva-cazals P., France branch report, cit., p. 272

<sup>887</sup> Cfr. Kouraleva-cazals P., France branch report, cit., p. 271-277.

<sup>888</sup> Caso: CAA Marseille, 2 October 2007, n°05MA00749, MRS Holding Corporation. Cfr. Kouraleva-cazals P., France branch report, p. 274.

<sup>889</sup> Kouraleva-cazals P., France branch report, p. 275; Derouin P., France branch report, cit., p. 225.

valutare l'opacità delle entità estere non-profit le Corti adottano il medesimo criterio interno. Nel valutare l'opacità delle entità estere non commerciali invece le Corti impiegano la nozione di operazione commerciale prevista dalla legge fiscale per le attività commerciali<sup>890</sup>.

Parallelamente a questi orientamenti, si è sviluppata una giurisprudenza specifica sulla classificazione delle entità estere destinatarie di *passive income* di fonte francese. A seguito della decisione *DIEBOLD COURTAGE*, l'autorità fiscale francese ha adottato delle linee guida in base alle quali i *passive income* (dividendi, interessi e royalties) di fonte francese percepiti da partnership estere accedono al regime di tassazione per trasparenza in capo ai soci esteri solo se le partnership estere percettrici sono tassate per trasparenza sia nel loro Stato di organizzazione sia nello Stato di residenza del socio<sup>891</sup>. Si tratta di un criterio di uniformità fiscale che prevale sul carattere della responsabilità limitata/illimitata ai fini del test di comparabilità<sup>892</sup>.

La legge fiscale francese non consente ad alcuna società estera di optare né per il regime francese di opacità fiscale né per quello di trasparenza<sup>893</sup>.

In conclusione, ai fini dell'imposizione francese, il regime fiscale estero delle partnership rileva nel limitato caso dei *passive income* mentre, in tutti gli altri casi, le partnership estere sono trattate fiscalmente in analogia a quelle domestiche solo se sono civilisticamente assimilabili a queste.

È quindi possibile affermare che, per i redditi diversi dai *passive income*, la legge francese applica alle partnership estere l'*analogy approach* in base all'esito positivo di un *resemblance test* (civilistico) con le partnership domestiche; per soli i *passive income* invece l'applicazione del medesimo regime è subordinato ad un test di uniformità fra il regime fiscale della partnership accordato dallo Stato estero di organizzazione della partnership e dallo Stato di residenza del socio e il regime di trasparenza fiscale francese.

---

<sup>890</sup> Ciò conduce a non valutare la commercialità della singola operazione ma a rendere la singola operazione espressiva di un'attività commerciale che se svolta da un ente non commerciale, lo conduce alla sua completa (e non parziale) opacità fiscale.

<sup>891</sup> Coustel A.S., *France national report*, cit., p.342.

<sup>892</sup> V. Conseil d'Etat, sent. n. 191191/1999 *SA Diebold Courtagé*. In tale occasione il Consiglio di Stato sostenne che il Trattato Francia-Olanda fosse applicabile a redditi di fonte francese percepiti dal socio residente in Olanda di una società olandese priva di personalità giuridica e considerata fiscalmente trasparente ai fini dell'imposizione diretta olandese. Kouraleva-cazals P., *France branch report*, cit., p. 276-277; Coustel A.S., *France national report*, cit., p. 335, 343, 347.

<sup>893</sup> Secondo Coustel A.S., *France national report*, cit., p. 344, ciò può costituire causa di discriminazione sia ai fini del Trattato fiscale sia ai fini del diritto UE.



Il regime fiscale dei soci (residenti e non residenti in Francia) delle partnership estere dipende dall'esito della classificazione dell'ente estero ai fini della legge fiscale francese.

Se l'entità estera è classificata opaca, i redditi del socio francese sono qualificati come dividendi e la ritenuta estera alla fonte sarà creditabile in caso di Convenzione o deducibile in caso contrario<sup>894</sup>. La tassazione del socio seguirà il suo regime fiscale naturale (persona fisica o giuridica).

Se l'entità estera è classificata trasparente, l'imposizione fiscale francese dipenderà dalla natura del reddito, dal regime fiscale applicabile ai soci francesi in base alle regole dell'art. 238 bis K CGdI<sup>895</sup> e della territorialità fiscale, tenendo a mente che i soci-società di capitali e i soci esteri di partnership estera sono tassati in Francia solo sui redditi di fonte francese realizzati mediante la partnership.

### 2.5.2 Valutazioni

Il tratto macroscopico che contraddistingue l'approccio francese è l'esigenza di differenziare nettamente il concetto di translucenza fiscale da quello di trasparenza fiscale: la translucenza è il regime delle società di persone francesi (al quale possono accedere per opzione anche le società di capitali) in cui la personalità morale delle società si riflette in una soggettività di tipo fiscale che è detta (forse impropriamente) "soggettività passiva d'imposta", mentre la trasparenza è il regime in cui la personalità morale delle società perde completamente di consistenza e conduce all'inesistenza fiscale della società (prevalentemente per le società non commerciali).

Si può concordare col fatto che sul piano fiscale nel regime di translucenza delle partnership il *look-through approach* conviva con il *separate entity approach* dando luogo ad un regime fiscale non così diverso da quello adottato in altri Stati. Per la dottrina infatti tale differenza sembra perdere consistenza in ragione delle molteplici fattispecie in cui il diritto domestico non tratta la partnership come separate entity.

Tale differenza appare invece il perno intorno al quale si è sviluppata la prassi e la giurisprudenza francese sull'applicazione del principio di territorialità ai redditi prodotti dalle partnership. Motivo per il quale la soggettività passiva delle partnership francesi è una *milestone* sia nei documenti di prassi che nella giurisprudenza delle Corti francesi che hanno ad oggetto partnership internazionali. La soggettività passiva delle

---

<sup>894</sup> Tuissanint P., Bourtourault P.Y., France branch report, cit., p.220.

<sup>895</sup> Tuissanint P., Bourtourault P.Y., France branch report, cit., p.221.

partnership francesi infatti determina effetti sostanziali in ambito internazionale. Il regime di trasparenza delle partnership domestiche sembra avere infatti una doppia vocazione: nei rapporti fiscali interni appare ispirato all'*all transparent approach* per consentire gli effetti propri della trasparenza fiscale ai soci (imputazione diretta di utili e perdite d'impresa), nei rapporti verso l'esterno appare ispirato all'*all corporate approach* con la finalità di consentire l'imposizione dei redditi internazionali in capo alle partnership in applicazione del principio di territorialità. C'è da segnalare tuttavia che anche in questo caso l'approccio francese non è uniforme: mentre infatti le partnership francesi conservano soggettività passiva per gli utili da queste prodotti, per i *passive income*, a certe condizioni, queste tornano ad essere totalmente trasparenti.

Il sistema francese di classificazione delle partnership estere si qualifica come una *analogy approach*, mutuando però la doppia vocazione dell'approccio alle partnership domestiche. Se nella disciplina fiscale dei redditi internazionali delle partnership il ruolo della prassi e della giurisprudenza appare confinato alle modalità di applicazione del principio di territorialità, per l'individuazione dei criteri di classificazione delle partnership estere ai fini della fiscalità francese tale ruolo appare invece determinante. Nel corso del tempo infatti gli orientamenti consolidatisi intorno ai criteri del regime di responsabilità dei soci e della commercialità di attività e singole operazioni hanno dato progressivamente corpo ai parametri da applicare al test di somiglianza previsto dalla legge.

Il confronto fra l'approccio italiano e quello francese presenta diversi profili di similarità soprattutto con riguardo al *domestic partnership approach*. Entrambe le legislazioni fiscali prevedono due diverse tipologie di "trasparenza" quella delle società non commerciali (società civili francesi e quello delle società semplici italiane) e quella delle società commerciali (sas/snc italiane e delle loro omologhe francesi).

Il regime fiscale delle società non commerciali classifica le società civili francesi e le società semplici italiane come *disregarded entities* dove i redditi sono determinati in capo ai soci e restano della medesima natura della fonte originaria.

Il regime fiscale delle società commerciali invece classifica le s.a.s./s.n.c. italiane e le loro omologhe francesi come entità fiscalmente rilevanti in diversa misura. Il regime della (quasi) trasparenza italiana e quello della trasparenza francese delle s.a.s./s.n.c. presentano diversi profili di similarità:

- sono entrambe regimi obbligatori ancorché la trasparenza francese ammetta opzione per l'applicazione dell'imposta sulle società;

- gli utili societari sono determinati a livello della partnership e sono qualificati come redditi di impresa;
- il prelievo avviene in capo ai soci;
- mantengono delle obbligazioni fiscali (prevalentemente di natura dichiarativa).

La differenza risiede però nella vicenda dell'imputazione del reddito che in Italia avviene in modo automatico e presuntivo in capo ai soci al termine del periodo d'imposta, mentre in Francia il reddito è imputato solo alla società, giacché la tassazione sul socio resta semplicemente una modalità di prelievo fiscale. A questo riguardo, anche le obbligazioni fiscali assumono una diversa prospettiva nei due regimi: in quello italiano le obbligazioni dichiarative della società hanno natura strumentale rispetto al prelievo sui soci, mentre in quello francese hanno natura sostanziale.

Inoltre, le partnership italiane sono classificate (ai fini della legge interna) come enti trasparenti mentre le partnership francesi sono classificate (ai fini della legge interna) come traslucidi cioè che fiscalmente opachi<sup>896</sup>.

---

<sup>896</sup> Come si è visto nel §2.1, la migliore definizione delle partnership italiane sarebbe di "entità quasi-trasparenti", giacché della trasparenza si realizza solo una *componente* quella della imputazione e non della qualificazione reddituale originaria. Al contrario la definizione delle partnership francesi come "enti traslucidi" coglie l'essenza della ibridazione di tali enti. Per questi infatti mancano entrambe i requisiti della trasparenza, cioè imputazione diretta e qualificazione reddituale originaria, sono opachi sul piano convenzionale in quanto dotati di soggettività passiva malgrado il prelievo avvenga in ogni caso sui soci.

## 2.6 LE PARTNERSHIPS NEL SISTEMA FISCALE DOMESTICO BRITANNICO

Il sistema britannico delle imposte dirette prevede una divisione strutturale<sup>897</sup> fra il comparto impositivo delle società governato dai *Corporation Tax Acts*<sup>898</sup> e il comparto impositivo di tutti gli altri soggetti ed entità governato dall'imposta sul reddito e dall'imposta sui capital gain<sup>899</sup>. La corporation tax tassa i redditi e le plusvalenze delle companies residenti nel Regno Unito in luogo dell'imposta sul reddito e sui capital gain applicata alle persone fisiche. L'imposta sul reddito e l'imposta sui capital gain colpiscono invece le persone fisiche residenti che operano come ditta individuale o partnership.

Il sistema fiscale inglese non adotta alcuna forma di classificazione degli enti. Esso quindi non identifica per legge le entità come estere o domestiche così come non identifica in modo automatico le entità come fiscalmente opache o trasparenti.

Ciò è dovuto a un originario pragmatismo e parzialmente al fatto che il sistema fiscale britannico storicamente guarda alla fonte del reddito e non al soggetto passivo<sup>900</sup>.

È dunque la natura legale di una entità come prevista dal diritto civile britannico a guidare l'approccio fiscale: se l'entità risponde ai requisiti di una company allora sarà tassata come una società di capitali, altrimenti sarà tassata per trasparenza.

### 2.6.1 Partnership approach

La tassazione delle partnership rientra all'interno del sistema impositivo degli enti collettivi non incorporati (*un-incorporated body corporate*), il quale a sua volta si ottiene per differenza rispetto al sistema impositivo della corporation tax, applicato a tutte le companies che hanno i requisiti di enti collettivi incorporati.

---

<sup>897</sup> Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, in Gutmann D., Corporate Income Tax Subjects: EATLP Annual Congress Lisbon 2013 (Vol. 12), IBFD, 2016, p.535 ss.

<sup>898</sup> Il regime fiscal delle società è stabilito dalla combinazione di diverse leggi: *Capital Allowance Act 2001 (CAA 2001)* *Corporation Tax Act 2009 (CTA 2009)* e *Corporation Tax Acts 2010 (CTA 2010)* Taxation (International anche Other Provisions) Act 2010 (TIOPA 2010) e Taxation of Chargeable Gains Act 1992 (TCGA 1992).

Sull'introduzione della *Corporation Tax* in Regno Unito e sull'impostazione strutturale di tale imposta v. Avery Jones J.F., *Defining and Taxing Companies 1799 to 1965*, in Tiley J. (ed), *Studies in the History of Tax Law*, Studies in the History of Tax Law - Volume 5, Hart Publishing 2012, p.1 ss.

<sup>899</sup> Income Tax and Corporation Act - ICTA 1988, Income Tax Act - ITA (trade and other business) 2005 e capital gain Tax Act - CGTA 1992.

<sup>900</sup> Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, in Gutmann D., Corporate Income Tax Subjects: EATLP Annual Congress Lisbon 2013 (Vol. 12), IBFD, 2016, p.535.

La corporation tax tassa i profitti mondiali delle *companies* residenti nel Regno Unito<sup>901</sup> e i soli redditi imputabili alle stabili organizzazioni delle *companies* non residenti<sup>902</sup>. L'imposta societaria ruota sulla tassazione delle *companies* e non delle corporation<sup>903</sup>.

Il termine *company* quindi non assume un significato sinonimo di corporation. Esso piuttosto esprime una collettività di persone che opera congiuntamente con un'unica soggettività.

Nell'ambito del diritto tributario inglese la nozione di *company* è impiegata per indicare tre forme di *business organisation*: l'impresa *un-incorporated* (ditta individuale o partnership), l'impresa incorporata e la LLP<sup>904</sup>.

La sec. 1121 del TCA 2010<sup>905</sup> individua come obiettivo della corporation tax la tassazione della figura della *company* e definisce una *company* come “*any body corporate or unincorporate association*”<sup>906</sup>. L'impresa incorporata è fiscalmente opaca e tassata con corporation tax. La legislazione fiscale non stabilisce una lista di entità soggette all'imposta societaria, ma indica le definizioni generali di particolari categorie di enti che rientrano nella definizione di *company* e ne esclude altri che vi rientrerebbero. La nozione di *company* adottata nell'ambito della corporation tax si basa sui principi del diritto societario inglese<sup>907</sup>. Di principio il *body corporate*<sup>908</sup>, i

---

<sup>901</sup> Bramwell R.; Lindsay J., James A.; Hickey J., Collins M., *Taxation of Companies and Company Reconstructions*, Sweet & Maxwell's, 2009, par. A1.

<sup>902</sup> CTA. 2009, sec. 5(2; ) Snape J., *Corporate income tax subjetc in the United Kingdom*, cit., p.536; Harris P., *Corporate Tax Law: Structure, Policy and Practice*, Cambridge Uni-versity Press, 2013, par.1.1.1.2.

<sup>903</sup> Harris P., *Corporate Tax Law: Structure, Policy and Practice*, Cambridge University Press, 2013, p.80

<sup>904</sup> Snape J., *Corporate income tax subjetc in the United Kingdom*, cit., p.537; Freedman J., Crawford C., *Small Business Taxation*, Oxford University Centre for Business Taxation, Working Papers 2008; Freedman, J. (2004), *Limited Liability Partnerships in the United Kingdom: Do They Have a Role for Small Firms?* in J. McCahery, T. Raaijmakers & E. Vermeulen (eds.), *The Governance of Close Corporations and Partnerships: US and European Perspectives*, OUP, Oxford.

<sup>905</sup> TCA 2010sec 1121 “Company”: «(1)*In the Corporation Tax Acts “company” means any body corporate or unincorporated association, but does not include a partnership, [F1a co-ownership scheme (as defined by section 235A of the Financial Services and Markets Act 2000),] a local authority or a local authority association.*

(2)*Subsection (1) needs to be read with section 617 (under which the trustees of an authorised unit trust are treated for certain purposes as a UK resident company) ».*

<sup>906</sup> Baldwin M., Kiranoglu T., UK branch report, IFA 2014, p. 838.

<sup>907</sup> Snape J., *Corporate income tax subjetc in the United Kingdom*, cit., p.543.

<sup>908</sup> Il *body corporate* è sostanzialmente un aggregato societario. Ciò che distingue un *body corporate* da una *company* è il fatto che questo è una persona o un aggregato di persone che intraprendono un processo di aggregazione all'interno di una entità dotata di personalità giuridica distinta e separata da quella dei suoi membri o soci. Cfr. Harris P., *Corporate Tax Law: Structure, Policy and Practice*, Cambridge University Press, 2013, p.6 e 24.

Gli enti che rientrano fra i *body corporate* assoggettati a corporation tax sono pertanto le *limited companies* (anche quelle socie di imprese non incorporate, di LLP e di GEIE), le cooperative i trust, le *un-incorporate associations* e gli altri *body of persons* non commerciali (come le *trade associations*, le *housing associations*, le *friendly societies*, le *un-incorporate associations* con fini commerciali i cui membri sono obbligati da impegni reciproci, le LLP che non svolgono attività commerciale e quelle in corso di liquidazione). V. Snape J., *Corporate income tax subjetc in the United Kingdom*, cit., p.543 e 547-550.

trust<sup>909</sup>, le corporation e le altre *un-incorporate association*<sup>910</sup> sono liable to tax entities ai fini della fiscalità domestica e quindi sono classificati come autonomi soggetti passivi<sup>911</sup>.

Questa regola generale ammette due sole eccezioni: le *Scottish partnerships* e le *Limited Liability partnership*.

Le *Scottish partnerships (general e limited)*, in quanto dotate di personalità giuridica, sarebbero soggetti giuridicamente assimilabili ad una company ma sono tassate per trasparenza come le partnership<sup>912</sup>.

La LLP (*Limited Liability partnership*) introdotta con il *LLP act* del 2000 costituisce un'eccezione al criterio di classificazione della natura legale dell'ente<sup>913</sup>. Nonostante il nome, questa figura non è una partnership a responsabilità limitata ma è dotata di regole gestionali molto più flessibili di una partnership. Essa è una company cioè un ente collettivo con personalità giuridica, i cui soci hanno responsabilità limitata agli apporti nella società<sup>914</sup>. Ai fini della ICTA, CTA e del CGTA, se svolge attività di *trade, profession o business* in condizioni normali è tassata per trasparenza come le partnership<sup>915</sup>. I soci persone fisiche sono tassati con income tax e capital gain tax

---

<sup>909</sup> In base al CTA 2010 sec. 617 rientrano fra i soggetti societari anche gli Unit Trust autorizzati. In *Memec plc vs CIR* (1998) 71 TC 77, una corte ha stabilito che un trust discrezionale è una entità opaca. In termini analoghi si esprime la sentenza *CRC vs Anson* (2013) EWCA Civ 63. Cfr. Baldwin M., Kiranoglu T., Uk branch report, IFA 2014, p. 838-839; Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.540 e 548.

<sup>910</sup> Una *un-incorporate association* è un *body of person* o ente collettivo che, in assenza di espressa previsione normativa, sarebbe soggetto a tassazione personale non societaria. È un ente collettivo non incorporato e non commerciale i cui membri sono reciprocamente obbligati da un contratto multilaterale. V. Avery Jones JF, *Body of persons*, in BTR, 1991, p. 460; Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.545.

<sup>911</sup> Mentre tutte le corporation sono body of persons, vi sono tuttavia dei body corporate che non sono soggette alla corporation tax: tali enti sono quelli che non superano il test di *un-incorporate association*, il che li rende soggetti al regime fiscale delle persone fisiche. La carenza di uno dei due requisiti delle *un-incorporate associations* assoggettate a corporation tax (fini commerciali e la co-obbligazione dei membri rispetto ad impegni reciproci) può generare la loro classificazione di enti tassabili per trasparenza. L'assenza di impegni reciproci fra i membri, in genere li degrada a partnership. Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.545.

<sup>912</sup> V. leading case *CRC vs Anson* (2013) EWCA Civ 63.

Cfr. Baldwin M., Kiranoglu T., Uk branch report, IFA 2014, p. 835 e 841; Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.543, 551. Sul punto anche Roxan I., *Italy-United Kingdom tax treaty: the british perspective*, in Garbarino C., *Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario*, EGEA, p.499; Giorgi S., *La Convenzione fra l'Italia e il Regno Unito* cit., p.475.

<sup>913</sup> V. Morse G., *Partnerships for the 21st Century? - Limited Liability Partnerships and Partnership Law Reform in the United Kingdom*, in *Singapore Journal of Legal Studies* 2002, pp. 455-488; Morse G., *Partnership and LLP Law* (8th edn), Oxford University Press 2015; Morse G., *Partnership Law*, Oxford University Press 2010, in part. mnp. 10.02.

<sup>914</sup> V. CTA sec. 59°, LLPA 2000 sec. 1(2). V. Morse G., *Partnership and LLP Law*, cit. p. 308 e 324. V. anche: Roxan I., *Italy-United Kingdom tax treaty: the british perspective*, cit., p.500; Giorgi S., *La Convenzione fra l'Italia e il Regno Unito contro le doppie imposizioni*, in Garbarino C., *Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario*, EGEA, p.472;

Il vantaggio della LLP risiede nella responsabilità limitata dei soci ma in cambio la legge richiede la pubblicazione dei bilanci come avviene per le companies. La trasparenza fiscale della LLP la rende sotto altri aspetti più attraente della general partnership al punto tale che quest'ultima forma societaria non è quasi mai impiegata per lo svolgimento di attività d'impresa. Cfr. Baldwin M., Kiranoglu T., Uk branch report, IFA 2014, p. 839, 841 e 842.

<sup>915</sup> Ai fini della corporation tax la LLP è generalmente ignorata. CTA 2009 sec. 1273

mentre le società sono tassate con corporation tax. La LLP tuttavia resta trasparente se cessa l'attività d'impresa solo temporaneamente; torna invece ad essere tassata come *corporation* quando cessa definitivamente l'attività d'impresa, oppure quando la liquidazione ha una durata eccessivamente prolungata oppure quando cessa l'attività per sentenza o è nominato un liquidatore<sup>916</sup>.

I soggetti che non rispondono alla nozione di “*any body corporate or unincorporate association*” - come partnership, schemi di proprietà condivisa e autorità locali - sono al contrario classificate come entità fiscalmente trasparenti e tassati per trasparenza:<sup>917</sup> l'imposta personale sui redditi e l'imposta sui capital gain si applicano direttamente ai soci in base alla loro quota di partecipazione della società<sup>918</sup>.

In base a quanto visto in precedenza, una partnership è una relazione giuridica fra co-imprenditori: essa è pertanto una questione di diritto civile che non interessa il diritto fiscale perché la relazione non è in grado di acquisire una identità legale diversa da quella dei suoi soci<sup>919</sup>.

Sebbene una partnership non sia entità tassabile, la presenza di una partnership non è completamente irrilevante dal punto di vista fiscale: essa infatti inibisce la tassazione consolidata degli imponibili e rappresenta un criterio di collegamento territoriale degli investimenti di soci esteri<sup>920</sup>.

Vi sono infine gli enti esenti in ragioni delle particolari finalità cui è rivolta la loro attività<sup>921</sup>.

---

<sup>916</sup> Si tratta in verità di casistiche previste dalla legge con finalità antielusiva. V. Cfr. Baldwin M., Kiranoglu T., Uk branch...cit., p.842-843; Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.544, 552.

<sup>917</sup> Rientrano in tale categoria le persone fisiche che esercitano individualmente l'impresa, i soci delle LLP che non sono companies, le *un-incorporate bodies of persons* e i *body corporate* che realizzano redditi o capital gain come fiduciari, le *un-incorporated bodies of persons* senza fini commerciali sono soggetti ad un mandato in base al quale gli amministratori gestiscono i fondi per gli scopi dell'ente; gli unit trust non autorizzati, le LLP in normale gestione, le Scots partnership (CTA 2009 se. 1258), i fondi pensione registrati, i sindacati e alcune società agricole. Cfr. Laing S., Partnership Taxation 2015/16, Bloomsbury Professional, 2015, in part. Cap. 2 e 3. Avery Jones JF, Body of persons, in BTR, 1991, p. 465.

La differenza fra una partnership e una un-incorporate association è stata definita in un celebre caso riguardante il partito conservatore *Conservative and Unionist Central Office vs Burrell* (1981)55 TC 671, dove si stabilì che in una partnership i soci hanno diritto a una quota dei profitti, mentre in una un-incorporate association i membri non hanno tale diritto ma godono dei privilegi di adesione stabiliti dalle regole dell'associazione. V. Baldwin M., Kiranoglu T., Uk branch report, IFA 2014, p. 837; Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.542.

<sup>918</sup> I soci dichiarano pro-quota il reddito della società in base al loro regime naturale. Cfr. TMA 1970 (Taxes Management Act 1970) sec. 30-31 e112-115; v. Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.555.

<sup>919</sup> Il PA 1890 inoltre esclude espressamente le companies registrate e un-incorporated. Il caso *Salomon vs Salomon* (1907) AC 22 è il leading case che traccia la linea di demarcazione fra companies e partnership rimuovendo la relazione di agenzia fra soci e company. V. Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.542.

<sup>920</sup> V. Baldwin M., Kiranoglu T., Uk branch report, IFA 2014, p. 839.

<sup>921</sup> È il caso delle charity companies esenti dalla corporation tax che si qualificano come *body of persons* solo se sono in possesso di specifici requisiti. Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.547.

La legislazione fiscale britannica non ammette regimi fiscali opzionali: le entità domestiche pertanto non possono optare per regimi fiscali differenti da quelli derivanti dall'applicazione dei criteri sopra esaminati<sup>922</sup>.

### **2.6.1.1 Domestic partnership approach**

La regola base per la tassazione delle partnership domestiche risiede nel considerare l'impresa come una entità non distinta e separata dai soci ai fini fiscali. Il regime fiscale della partnership fiscalmente residenti nel Regno Unito prevede che l'utile (o perdita) prodotto attraverso la partnership sia determinato complessivamente a livello della società come se questa svolgesse in autonomia l'impresa e che ciascun socio sia poi tassato in proporzione alle quote di partecipazione nella partnership come se svolgesse l'attività d'impresa in proprio ma congiuntamente agli altri soci<sup>923</sup>.

Se anche uno dei soci è tassabile nel Regno Unito, la partnership dovrà determinare e dichiarare il reddito prodotto come una persona fisica residente. Se i soci sono tutte società invece la partnership dovrà determinare e dichiarare il reddito prodotto come company<sup>924</sup>. Se tutti i soci della partnership non sono residenti nel Regno Unito e la gestione societaria avviene all'estero, si presume che anche la partnership sia non residente ma con reddito d'impresa di fonte britannica.

I soci sono considerati direttamente titolari pro quota degli utili dell'impresa. Le regole inglesi determinano la fonte, la qualificazione e la quantificazione della base imponibile di ciascun reddito imputabile alla partnership (*active trading, professional income, dividen, interest o royalty*)<sup>925</sup>.

Una company che è socio di una partnership assoggetta la propria quota di utile da partecipazione alle regole della corporation tax<sup>926</sup>.

Gli apporti dei soci al patrimonio sociale di una partnership sono considerati a valore normale ed eventuali trasferimenti gratuiti configurano un *settlement* governato da uno speciale regime fiscale<sup>927</sup>.

Le operazioni fra socio e società che danno luogo ai cd pagamenti garantiti (prestiti finanziari, concessione di licenze, canoni di affitto, prestazioni lavorative,

---

<sup>922</sup> Baldwin M., Kiranoglu T., Uk branch report, IFA 2014, p. 841.

<sup>923</sup> ICTA 1988 Sec. 111 e ITA 2005 se. 848-850; v. Roxan I., Italy-United Kingdom tax treaty: the british perspective, cit., p.500; Baldwin M., Kiranoglu T., Uk branch report, IFA 2014, p. 814.

<sup>924</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 559.

<sup>925</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 545.

<sup>926</sup> Sec. 114 ICTA; Roxan I., Italy-United Kingdom tax treaty: the british perspective, cit. , p.500.

<sup>927</sup> V. J M O'Dwyer (Inspector of Taxes) v Cafolla & co (1948) 2 ITC 374, cfr. Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 539.



ecc.) non hanno un trattamento fiscale standard ma sono qualificati alla luce dello status del partner che opera nelle singole circostanze secondo il principio di prevalenza della sostanza sulla forma. Se il partner opera nella sua capacità giuridica di socio il pagamento è indeducibile dal reddito societario ed è assimilato ad un atto distributivo di utili; se invece il socio opera come proprietario immobiliare, come lavoratore ecc. il relativo componente di reddito è deducibile per la società<sup>928</sup>.

Gli sgravi previsti dalla legislazione interna o dai Trattati di eventuali imposte estere subite per effetto dell'attività internazionale della partnership sono imputate pro quota direttamente ai soci<sup>929</sup>. Il rimedio unilaterale previsto dalla legge inglese consiste in un credito d'imposta con una *per source e per country limitation* ma, non considera eventuali redditi di fonte britannica realizzati da partnership estere con soci britannici<sup>930</sup>.

Il regime delle perdite delle partnership è coerente con l'imputazione per trasparenza degli utili ai soci<sup>931</sup>.

La qualificazione delle perdite segue quella del corrispondente reddito e non è alterata dalla frapposizione della partnership. Quando si applicano i coefficienti di ripartizione dell'utile societario, includendo i pagamenti ai soci riqualificati ai fini fiscali come distribuzioni di utile indeducibili per la società, alcuni soci risulteranno complessivamente in utile e altri in perdita. Il sistema fiscale in questo caso prevede un meccanismo di "scaling down" (riduzione proporzionale) che fissa il limite totale delle perdite dei soci al valore della perdita complessiva della società<sup>932</sup>.

Il regime di deducibilità delle perdite varia a seconda dello status dei soci. Le perdite commerciali in genere sono riportabili a nuovo indefinitamente<sup>933</sup> e in molti casi compensabili orizzontalmente con altri tipi di proventi<sup>934</sup>.

---

<sup>928</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 545.

<sup>929</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 546.

<sup>930</sup> V. ICTA 1988, Sec. 790 (unilateral relief) e Statement of Practice 7 (1991) conseguente la decisione della High Court, *Yates v GCA International Ltd (64TC37) del 1991* che impedisce la creditabilità delle Turnover taxes.

<sup>931</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 545.

<sup>932</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 545.

<sup>933</sup> ICTA 1988 sec. 385.

<sup>934</sup> ICTA 1988 sec. 391, 393A(3).

I soci a responsabilità limitata delle limited partnership sono tassati come gli altri soci, con eccezione della limitazione della deducibilità delle perdite della società al valore dei conferimenti nella società<sup>935</sup>.

Il regime di trasparenza si applica anche rispetto alla fiscalità delle plusvalenze e minusvalenze, governata dal CGTA 1992.

La cessione di un asset della partnership è trattata fiscalmente come una cessione frazionale diretta da parte di ogni socio della propria quota di asset<sup>936</sup> e non come cessione unitaria. Ciò comporta l'estensione ai capital gain della tassazione su base mondiale. La cessione della quota a persone collegate<sup>937</sup> che non rispetti una valutazione a valore normale è rideterminata a valore di mercato.

Un socio residente o residente ordinario è soggetto ad imposta sulla quota di capital gain da cessione di quote della partnership ovunque gli asset della partnership siano situati. La qualificazione del capital gain segue le regole fiscali inglesi<sup>938</sup>.

Il recesso del socio è generalmente assimilabile alla cessione della sua quota di partecipazione in ciascun asset della partnership o cessione della quota della partnership stessa<sup>939</sup>.

In caso di trasferimento di residenza fiscale di un socio britannico all'estero l'exit tax sui plusvalori latenti è applicabile solo alle società e non alle persone fisiche<sup>940</sup>. Non vi è tuttavia imponibilità dei soci esteri che acquisiscono la residenza britannica<sup>941</sup>.

In generale, il Regno Unito tassa i non residenti solo sui redditi di fonte britannica<sup>942</sup>.

Il socio non residente di una partnership domestica (costituita nel Regno Unito o anche all'estero, purché amministrata nel Regno Unito) non è tassato nel Regno Unito

---

<sup>935</sup> Sec. 117 ICTA; Roxan I., Italy-United Kingdom tax treaty: the british perspective, cit. , p.500; Clayson M., United Kingdom branch report, in IFA – 49th Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995), International income tax problems of partnerships, in Cahiers de droit fiscal international vol. 80a), The Hague: Kluwer Law International, 1995, p. 539.

<sup>936</sup> ICTA 1988 Sec. 59 e TCGA 1992 Sec. 59; v. Roxan I., Italy-United Kingdom tax treaty: the british perspective, cit. , p.500; Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 547.

<sup>937</sup> CGTA 1992 sec. 286, 17 e 18.

<sup>938</sup> La regola che attrae a regime di Corporation tax le partnership partecipe solo da società di capitali (ICTA 1988 sec. 114 e 115) non si applica ai capital gain; v. Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 547

<sup>939</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 548.

<sup>940</sup> V. ICST 1988 sec. 765 e TCGA 1992 sec. 185; all'atto del trasferimento per le società diviene tassabile il plusvalore da presunta cessione di tutti gli asset con eccezione di quelli situati nel Regno Unito che continueranno ad essere impiegati nell'attività d'impresa dall'estero. La norma è simile al regime di exit tax attualmente vigente in Italia.

<sup>941</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 548.

<sup>942</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 549.

se la partnership non produce redditi di fonte britannica. Questi possono includere l'attività commerciale svolta in tutto o in parte su suolo britannico prevalentemente da soci britannici o mediante investimenti localizzati nel Regno Unito<sup>943</sup>. Il sistema fiscale inglese non contempla la forza di attrazione del reddito d'impresa, quindi un socio persona fisica di una partnership, ancorché si presuma svolgere per la sua quota di partecipazione nella partnership l'attività d'impresa della società, può produrre redditi di diversa natura<sup>944</sup>.

Poiché il sistema fiscale tassa solo i redditi di fonte britannica, saranno computate in diminuzione del reddito solo le perdite che derivano da attività britanniche e non le perdite estere<sup>945</sup>.

Di principio i capital gain realizzati da soggetti non residenti non sono imponibili in Regno Unito a meno che il socio non residente non svolga attività commerciali o professionale in Regno Unito mediante asset ivi localizzati. In questo caso il plusvalore dell'asset è tassato come presunta cessione quando l'asset è trasferito all'estero o per cessazione dell'attività commerciale o professionale<sup>946</sup>.

### **2.6.1.2 Foreign partnership approach**

Per la legge inglese una company è domestica se costituita secondo le leggi inglesi, ma è classificata come fiscalmente residente nel Regno Unito se incorporata secondo le leggi inglesi e se la gestione della sua attività è localizzata nel Regno Unito e non all'estero<sup>947</sup>.

Così anche la differenza fra domestic partnership e foreign partnership risiede nella localizzazione della sede in cui avviene concretamente la gestione sociale<sup>948</sup>.

In carenza del requisito di body corporate, nel sistema fiscale inglese le partnership sono prive di una residenza fiscale tradizionalmente intesa. Per esse infatti

---

<sup>943</sup> Ibidem.

<sup>944</sup> Ibidem.

<sup>945</sup> Ibidem.

<sup>946</sup> Ibidem.

<sup>947</sup> L'unica eccezione si ha nei Trattati: se una company è classificata residente nel suo stato di costituzione ma è classificata come fiscalmente trasparente dal Regno Unito allora il Trattato si applicherà solo nello Stato di residenza.

<sup>948</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 544.

la sec. 112 ICTA 1988<sup>949</sup> fa riferimento al *control and management test*<sup>950</sup>: si presume che una partnership non sia residente nel Regno Unito se l'attività di una partnership (e anche di una Scottish partnership) è controllata o amministrata fuori dal territorio britannico<sup>951</sup>. Non è pertanto rilevante il luogo di costituzione della partnership.

Quindi una partnership, anche se costituita secondo le leggi del Regno Unito, con soci britannici e con un'attività commerciale svolta nel Regno Unito, se è amministrata all'estero deve classificarsi estera. L'attività commerciale svolta nel Regno Unito in tal caso sarà tassata secondo il criterio della fonte<sup>952</sup>.

Ai fini fiscali, il trattamento di una partnership non dipende quindi dalla sua natura domestica o estera: una corte inglese infatti applicherà le norme britanniche previste per le partnership domestiche anche a figure societarie governate dalla legge estera se queste sono dotate della medesima fisionomia giuridica della partnership inglesi come configurate dalla legge britannica (*partnership test*)<sup>953</sup>.

---

<sup>949</sup> ICTA sec. 112: Partnerships controlled abroad: « (1)Where a trade or business is carried on by two or more persons in partnership, and the control and management of the trade or business is situated abroad, the trade or business shall be deemed to be carried on by persons resident outside the United Kingdom, and the partnership shall be deemed to reside outside the United Kingdom, notwithstanding the fact that some of the members of the partnership are resident in the United Kingdom and that some of its trading operations are conducted within the United Kingdom.

(2)Where any part of the trade or business of a partnership firm whose management and control is situated abroad consists of trading operations within the United Kingdom, the firm shall, subject to subsection (3) below, be chargeable in respect of the profits of those trading operations within the United Kingdom to the same extent as, and no further than, a person resident abroad is chargeable in respect of trading operations by him within the United Kingdom, notwithstanding the fact that one or more members of the firm are resident in the United Kingdom.

(3)For the purpose of charging any such firm as is mentioned in subsection (2) above in respect of the profits of its trading operations within the United Kingdom, an assessment may be made on the firm in respect of those profits in the name of any partner resident in the United Kingdom.

(4)In any case where—

(a)a person resident in the United Kingdom (in this subsection and subsection (5) below referred to as “the resident partner”) is a member of a partnership which resides or is deemed to reside outside the United Kingdom; and

(b)by virtue of any arrangements falling within section 788 any of the income or capital gains of the partnership is relieved from tax in the United Kingdom, the arrangements referred to in paragraph (b) above shall not affect any liability to tax in respect of the resident partner's share of any income or capital gains of the partnership.

(5)If, in a case where subsection (4) above applies, the resident partner's share of the income of the partnership consists of or includes a share in a qualifying distribution made by a company resident in the United Kingdom, then, notwithstanding anything in the arrangements, the resident partner (and not the partnership as a whole) shall be regarded as entitled to that share of the tax credit in respect of the distribution which corresponds to his share of the distribution.

(6)Section 115(5) has effect as respects the application of this section where the partners in a partnership include a company».

<sup>950</sup> Roxan I., Italy-United Kingdom tax treaty: the british perspective, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, EGEA, p.499; Giorgi S., La Convenzione fra l'Italia e il Regno Unito contro le doppie imposizioni, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, EGEA, p.472.

<sup>951</sup> V PAdmore v IRC (1989), STC 493 (CA).

<sup>952</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 549 il quale riporta che la ratio della sec 112 è chiarire il criterio di qualificazione di “reddito derivante da partnership estero- controllata” piuttosto che alterare la soggettività passiva dei soci. In tal caso il risultato è quello di attribuire la qualificazione di fonte estera agli utili derivanti da attività commerciali estere anche in presenza di attività commerciale britannica (tassata col criterio della fonte).

<sup>953</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit., p. 540.

In questo senso le autorità fiscali inglesi applicano per analogia alle entità estere la legislazione fiscale britannica valida per entità domestiche (*analogy approach*)<sup>954</sup>.

Lo Stato dei soci, lo Stato della partnership e lo Stato della fonte possono classificare la partnership in diversi modi, ma ciò non comporta un conflitto di qualificazione giacché una volta che un veicolo estero è classificato come partnership la legge che lo governa ha poco rilievo ai fini della fiscalità inglese.

In questa prospettiva, ha poco senso parlare di domestic o foreign partnership<sup>955</sup>.

Se quindi una entità estera (cioè costituita e gestita all'estero) è classificata come *body corporate* o come un *un-incorporated association* ricadrà nelle fattispecie di company prevista dalla sec. 1121 del CTA 2010 e sarà assoggettata al regime fiscale britannico delle società domestiche.

In caso contrario, l'entità estera è classificata come partnership ed assoggettata al regime fiscale previsto per le società trasparenti domestiche, cioè alla income tax e alla capital gain tax.

Così, anche una LLP estera è considerata trasparente<sup>956</sup>.

I criteri in base ai quali qualificare la nozione di *body corporate*, e in definitiva l'opacità, delle entità estere ai fini della fiscalità britannica è stata affrontata in alcuni celebri casi giurisprudenziali.

Nel caso *CL AND LL DREYFUSS VS CIR*<sup>957</sup>, una Corte inglese stabilì che una *société en nom collectif* francese fosse assimilabile ad una company britannica fiscalmente opaca e tassabile con corporation tax<sup>958</sup>.

---

<sup>954</sup> V. Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.557; Baldwin M., Kiranoglu T., Uk branch report, IFA 2014, p. 847-848.

Harris P., Corporate Tax Law: Structure, Policy and Practice, Cambridge University Press, 2013, p.30.

Cfr Baldwin M., Kiranoglu T., Uk branch report, IFA 2014, p. 846 ss. il quale discute l'applicazione dell'*analogy approach* alle fondazioni e alle LLP estere.

<sup>955</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit., p. 540.

<sup>956</sup> In *R vs IRC ex parte Bishop* (1999) STC 531, la Corte ha sostenuto che una LLP di Jersey ai fini della fiscalità inglese, dovesse essere assimilata ad un LLP britannica, in considerazione della natura dei diritti, delle obbligazioni, e degli altri caratteri della organizzazione. La questione in dottrina è ancora considerata controversa perché mentre la LLP è considerata fiscalmente trasparente dalla legislazione fiscale domestica, l'autorità fiscale britannica considera la natura legale dell'ente che è una entità separata dai soci. Sul punto v. Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.557.

<sup>957</sup> *CL and LL Dreyfuss vs CIR*, (1929) 14 TC 560.

<sup>958</sup> Secondo Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.561, alla base di tale decisione vi sarebbe un retaggio storico risalente al periodo antecedente la riforma del 1965 che inserì la corporation tax. Tale risalente approccio non riconosceva concettualmente i body of persons esteri e classificava tutte le entità estere come fiscalmente opache.

Nel caso *RAYLL VS DU BOIS*<sup>959</sup>, una Corte inglese stabilì analogamente che una GmbH tedesca fosse assimilabile ad una company britannica fiscalmente opaca e che i redditi della società partecipata fossero correttamente dichiarati ai fini della income tax allora applicabile alle società holding domestiche.

Nel caso *MEMEC PLC VS CIR*<sup>960</sup>, la High Court sostenne che l'interposizione di una *silent partnership* tedesca nella percezione di profitti da società controllate mutasse la natura reddituale dei profitti percepiti e che la partnership avrebbe dovuto considerarsi fiscalmente opaca ai fini della legislazione britannica. La silent partnership tedesca, in tale frangente, non fu ritenuta assimilabile né a una *English*, né a una *Jersey*, né a una *Scottish partnership* poiché la natura dell'accordo non rendeva simili i diritti del socio silente rispetto al profitto percepito dalla società controllate<sup>961</sup>.

Nel caso *CRC VS ANSON*<sup>962</sup>, le autorità fiscali britanniche non riconobbero il credito d'imposta convenzionale per gli utili tassati in USA e rimessi nel Regno Unito dal socio di una LLC statunitense, perché tale società fu classificata come opaca ai fini della legislazione fiscale britannica. In tal caso, le argomentazioni della Corte d'appello, ancorché ribaltate dalla High Court, sostennero l'impossibilità di configurare la LLC americana come trasparente giacché la fonte del reddito del socio era diversa dalla fonte del reddito della società<sup>963</sup>.

---

<sup>959</sup> Rayll vs Du Bois (1933) 18 TC 431.

<sup>960</sup> Memec plc vs CIR (1988) STC 754.

<sup>961</sup> L'analisi delle sentenze che si avvicendarono sul caso è fonte di una particolare attenzione per la consistenza e la differenza delle argomentazioni impiegate dai giuridici nei vari gradi. La Corte d'appello sostenne infatti che la silent partnership tedesca, ancorché non sia *legal entity* al pari della partnership, dovesse essere considerata come una fonte separata di proventi ai fini fiscali e che in questo non fosse assimilabile ad una English o Scot partnership per l'assenza di diritti proprietari nelle quote delle società controllate. Una silent partnership infatti non prevede lo svolgimento di un business in comune e il ruolo del silent partner può essere verosimilmente ignoto ai terzi. La High Court osservò invece come la questione non fosse l'assimilabilità della silent partnership alla English o Scot partnership quanto piuttosto se i contratti che si interponevano nelle relazioni giuridiche fossero fiscalmente trasparenti al punto da non modificare la fonte dei redditi percepiti dal socio silente. La corte concluse che il silent partner fosse sprovvisto di diritti sulle quote delle società controllate dalla silent partnership e sui connessi profitti da queste distribuiti. Questi appartenevano al socio imprenditore della silent partnership, la fonte del reddito pertanto era diversa e l'accordo di silent partnership avrebbe configurato una fattispecie fiscalmente opaca. V. Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.542 e Baldwin M., Kiranoglu T., Uk branch report, IFA 2014, p. 848-49.

<sup>962</sup> CRC vs Anson (2013) EWCA Civ 63, (2013) STC 567.

<sup>963</sup> Per il giudice d'appello la questione atteneva alla corripodenza fra la fonte dei profitti per entrambe gli Stati e che il contratto societario fosse la reale fonte dei profitti. nell'esaminare se il socio della LLC avesse diritto agli utili il giudice verificò se la società fosse un soggetto giuridico separato, l'attività svolta, la configurazione del capitale sociale in quote, a chi spettava la decisione sui profitti, la responsabilità per i debiti sociali e il possesso degli assets. In particolare, venne in rilievo il fatto che in una partnership il socio ha diritto immediato e incondizionato agli utili in proporzione alle sue quote. A riguardo fu decisivo il fatto che la società deduceva le perdite e i costi dal suo reddito prima di imputarlo ai soci. Nessuna rilevanza in questo grado assunse la clausola di imputazione automatica degli utili che non avrebbe modificato il fatto che gli utili stessi derivavano da un atto distributivo.

La High Court ribaltò la decisione argomentando l'effetto combinato di due elementi: il procedimento di registrazione societaria previsto nel Delaware per la LLC e la clausola di imputazione automatica degli utili ai soci.

Per effetto di tale giurisprudenza si può affermare che la questione che le entità estere sollevano nell'ambito del diritto fiscale inglese non è se l'entità è opaca o trasparente, quanto piuttosto se l'interposizione dell'entità estera sia in grado di interrompere la relazione di fonte reddituale che esiste fra il provento percepito e il socio percettore, o se, in altri termini tale interposizione è in grado di configurare una nuova fonte.

La tradizionale riluttanza della legislazione fiscale britannica è rilevabile tanto con riferimento alle società domestiche che a quelle estere.

Il sistema fiscale anglosassone è privo infatti di regole specifiche per classificare fiscalmente le entità estere<sup>964</sup> e adotta invece un approccio pragmatico (partnership test) in due fasi: la prima è volta ad identificare i tratti giuridici dell'ente estero nel diritto originario (forma giuridica, personalità giuridica, incorporazione, ecc.), la seconda fase consiste nell'individuazione della entità domestica più simile e affine per caratteri legali all'entità estera<sup>965</sup>.

Tale approccio non è privo di svantaggi<sup>966</sup>.

Al fine di facilitare questo processo di decodificazione fiscale delle entità estere, le autorità fiscali britanniche hanno pubblicato una circolare contenente sei criteri guida per la classificazione delle entità estere<sup>967</sup>. Da un'applicazione ponderata e

---

La necessaria presenza di tale clausola per giungere alle conclusioni della High Court fa sì che oggi le autorità fiscali britanniche considerino le LLC americane fiscalmente opache, come sostenuto dalle argomentazioni della Corte d'Appello, per poi verificare caso per caso se vi siano elementi e clausole valide a classificarle come trasparenti. Cfr. Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p. 548, 559-560; Baldwin M., Kiranoglu T., Uk branch report, IFA 2014, p. 851.

<sup>964</sup> Harris P., Corporate Tax Law: Structure, Policy and Practice, Cambridge University Press, 2013, p.30.

<sup>965</sup> Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.558.

<sup>966</sup> Avery Jones J.F. et al., Characterization of Other States, Partnerships for Income Tax», in BIT, 2002, pag. 288;

<sup>967</sup> v. HMRC International Manual, Foreign entity classification for UK tax purposes: Factors to consider in classifying a foreign entity for UK tax purposes, INTM180010, INTM180020 INTM180030 (<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm180010>): «When considering the classification of a foreign entity (i.e. whether it is either opaque or transparent) for UK tax purposes, due regard is given to the approach of the Court of Appeal in the case of *Memec plc v CIR* (70 TC 77) and the line of case law that precedes it.

*In particular, the following matters should be considered:*

1) *Does the foreign entity have a legal existence separate from that of the persons who have an interest in it?*

2) *Does the entity issue share capital or something else, which serves the same function as share capital?*

3) *Is the business carried on by the entity itself or jointly by the persons who have an interest in it that is separate and distinct from the entity?*

4) *Are the persons who have an interest in the entity entitled to share in its profits as they arise; or does the amount of profits to which they are entitled depend on a decision of the entity or its members, after the period in which the profits have arisen, to make a distribution of its profits.*

5) *Who is responsible for debts incurred as a result of the carrying on of the business: the entity or the persons who have an interest in it?*

6) *Do the assets used for carrying on the business belong beneficially to the entity or to the persons who have an interest in it?*

bilanciata di tali criteri deriva una lista presuntiva delle società estere riclassificate in base alla legislazione fiscale britannica<sup>968</sup>.

Le entità estere al pari di quelle domestiche non hanno facoltà di optare per un regime fiscale diverso da quello derivante dall'applicazione dei criteri della legge fiscale britannica<sup>969</sup>.

Stabilita la natura giuridica del contratto sociale ai fini della legge fiscale britannica, la residenza fiscale di una partnership diventa determinante per delimitare l'estensione della capacità contributiva dei suoi soci<sup>970</sup>.

In linea di principio alle partnership (domestiche ed estere) residenti nel Regno Unito si applica infatti il WTP <sup>971</sup> in base alle regole viste nel paragrafo precedente. Ciò tuttavia significa che i soci residenti sono tassati sul reddito mondiale mentre i soci non residenti sono tassati sui soli redditi di fonte britannica.

Ciò vale specularmente anche per le partnership (domestiche ed estere) non residenti nel Regno Unito: mentre i soci residenti in Regno Unito sono tassati sul reddito mondiale inclusivo dei redditi della partnership, i soci non residenti sono tassati sui soli redditi di fonte britannica prodotti mediante la partnership non residente.

I redditi di fonte britannica realizzati da soci esteri mediante una partnership estera sono tassati al pari di tutti i redditi di fonte britannica prodotti da soggetti non residenti<sup>972</sup>. Il metodo di prelievo, ritenuta o dichiarazione, dipende dal tipo di reddito. I soci esteri tuttavia non sono tassati sulla quota di utili della partnership corrispondenti ai redditi esteri. L'evidenza maggiore di ciò si ha quando la partnership estera produce solo redditi di fonte estera<sup>973</sup>. In questo senso si può dire che Regno Unito applica la trasparenza completa sia alle partnerships domestiche che alle partnerships estere.

---

*Some of those factors may point in one direction; others may point in another. An overall conclusion is reached from looking at all the factors together, though some have more significance than others. Particular attention is paid to factors 3 and 4.*

*In considering these factors we look at the foreign commercial law under which the entity is formed and at the internal constitution of the entity. How the entity is classified for tax purposes in any other country is not relevant. The conclusion that is reached is then used in considering the relevant piece of UK tax law.*

*If you are being asked to treat a foreign entity differently from the general view set out in INTM180030 or the foreign entity is not listed in INTM180030 you should submit the case to CSTD Business, Assets & International Base Protection Policy team as detailed in INTM180020 for advice».*

<sup>968</sup> Secondo la letteratura, tale lista appare in evidente contrasto con alcuni dei più famosi casi giurisprudenziali che hanno segnato la materia, come Dreyfus, Anson, Memec Cfr. Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.559-560; Baldwin M., Kiranoglu T., Uk branch report, IFA 2014, p. 837.

<sup>969</sup> Snape J., Corporate income tax subject in the United Kingdom, cit., p.560.

<sup>970</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 541.

<sup>971</sup> Ibidem, p. 544.

<sup>972</sup> Ibidem, p. 550.

<sup>973</sup> Ibidem, p. 550 e 559.



Le operazioni fra partnership e soci sono valutate alla stessa maniera rispetto alle partnership residenti. Un pagamento di fonte britannica ad un socio estero passante da una partnership estera non acquista natura di reddito d'impresa per il solo fatto che la partnership svolge attività commerciale in Regno Unito<sup>974</sup>.

Se una partnership estera ha una stabile organizzazione nel Regno Unito, la cessione di taluni asset ivi localizzati genera capital gain tassabili in capo ai soci esteri<sup>975</sup>.

La tassazione dei soci britannici di una partnership estera avviene su base mondiale. Il fatto che la partnership sia estera non sposta la soggettività passiva del socio britannico ma è necessario focalizzare la fonte del reddito secondo le regole britanniche<sup>976</sup>. La fonte del reddito resterà la medesima di quella imputata all'impresa.

Questo stesso approccio vale nella tassazione dei capital gain<sup>977</sup>. Quindi la cessione di asset localizzati nel Regno Unito da parte di una partnership estera con soci britannici genera capital gain tassabili per i soci britannici.

I soci britannici di partnership estere hanno diritto ai medesimi sgravi contro le doppie imposizioni dei soci residenti delle partnership domestiche.

Se la partnership è un soggetto ammesso ai benefici del Trattato e questo ha *tie break rules*, la partnership deve dichiarare la sua residenza fiscale ai fini del Trattato alle *competent authorities* degli Stati<sup>978</sup>.

## 2.6.2 Valutazioni

L'approccio classificatorio britannico rende possibile il riconoscimento della trasparenza estera.

In questa prospettiva si configura come un transparent approach basato sull'*analogy method*.

Tutte le entità controllate e gestite all'estero si qualificano come non residenti ai fiscali, ma la riclassificazione giuridica che ne fa il sistema fiscale britannico mediante il partnership test è volta a stabilire se la residenza fiscale (inglese o estera) debba

---

<sup>974</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 550.

<sup>975</sup> Ibidem, p. 551.

<sup>976</sup> Ibidem, p. 551.

<sup>977</sup> CGTA 1991 sec. 59(c).

<sup>978</sup> Baldwin M., Kiranoglu T., UK branch report, IFA 2014, p. 840.

essere applicata alla company in quanto body corporate o ai soci della partnership estera.

L'analisi dei *leading case* suggerisce che la prospettiva necessaria a comprendere l'approccio britannico nella classificazione delle entità domestiche estere è completamente ribaltata: non è tanto il tipo legale a condizionare la fiscalità applicabile (approccio per etichette legali) ma la fiscalità si applica ad ogni tipo legale in base agli effetti sostanziali che esso produce rispetto alle caratteristiche proprie delle categorie soggettive generali previste dalla legge fiscale (prevalenza della sostanza sulla forma).

L'approccio classificatorio britannico ha l'evidente vantaggio della semplicità definitoria dovuta al pragmatismo e alla puntualità delle singole valutazioni ma si rivela debole quando è applicato alle entità estere. In tal caso è ben possibile che alcuni minimi e specifici caratteri giuridici che contraddistinguono il contratto o l'accordo giuridico su cui si basa l'entità estera possano cambiare strutturalmente la classificazione dell'ente ai fini della legge fiscale britannica.

Rispetto alle società estere (costituite all'estero o gestite all'estero), in questo approccio appare rilevante il criterio della fonte del reddito: l'entità è classificata opaca o trasparente in ragione del fatto che gli elementi e le clausole specifiche del contratto sociale siano in grado di configurare un meccanismo che muta la fonte e la natura degli utili percepiti dal socio rispetto ai redditi percepiti dalla società.

Se l'interposizione della società estera è in grado di alterare la fonte originaria del reddito da questa prodotto, la società è fiscalmente opaca. In caso contrario è fiscalmente trasparente.

L'approccio classificatorio britannico pertanto sembra esaltare in massima misura il principio di conservazione del reddito, impiegato anche in ambito internazionale.

In sintesi, l'adozione del transparent approach con analogy method e il criterio della fonte inevitabilmente genera un elevato grado di incertezza nel comprendere a priori l'approccio impiegato dal fisco inglese che, nonostante lo sforzo di categorizzare i criteri di decodificazione fiscale delle entità estere, è profondamente condizionato dagli imprevedibili orientamenti delle Corti nell'individuare gli elementi del contratto sociale idonei a mutare la fonte dei redditi delle partnership estere.

## **2.7 CONCLUSIONI: IL PARTNERSHIP APPROACH COME PROBLEMA DI “INGEGNERIA FISCALE”. RICOSTRUZIONE DI UN MODELLO DI ANALISI.**

L'ordine di problemi sollevati dalla tassazione delle partnership richiede di impostare l'analisi sul ruolo centrale del cd “partnership approach”<sup>979</sup>. Questo va inteso come quel set di regole che ciascuna legislazione fiscale impiega per tassare le partnership ed in particolare comprende: le regole di classificazione fiscale degli enti domestici ed esteri (*entity recognition rules*) finalizzate all'individuazione degli enti che rientrano nel regime di trasparenza, le regole di imputazione dei redditi (*tax allocation rules* e *tax timing rules*) ai soci e alla società, le regole di qualificazione dei redditi (*income qualification rules*) dei soci e delle società e i connessi obblighi fiscali, le regole di quantificazione dei redditi imponibili (*income determination rules*).

Coerentemente con l'impostazione sopra ricordata, la ricostruzione del partnership approach avverrà a partire dall'esame delle regole di classificazione fiscale degli enti. Queste rappresentano la “porta d'accesso” al regime di trasparenza fiscale delle partnership caratterizzato dalle speciali regole di imputazione (soggettiva e temporale), qualificazione e quantificazione degli utili prodotti dalla partnership. A queste andranno inoltre aggiunte le analoghe regole applicate dall'ordinamento fiscale in caso di operazioni fra soci e società, di entrata/uscita dalla partnership, cessione/acquisto della relativa partecipazione.

### **2.7.1 La “summa divisio” fra corporate approach e transparent approach**

Di massima, nei sistemi di imposizione diretta, la tassazione di entità o accordi con più partecipanti – come le partnerships e le altre *non-corporate entities* – avviene secondo due metodi ben distinti: il *corporate approach* o il *transparent approach*.

Il primo schema riconosce soggettività passiva alle partnership, con l'effetto di classificarle come enti fiscalmente opachi e di ricondurre la tassazione dei loro redditi all'interno del regime fiscale generale delle persone giuridiche e delle società (*company* o *corporation*). Questo schema di tassazione non comporta variazioni significative rispetto a quello generalmente applicato alla figura della corporation. Ciò, come noto, produce una tassazione a doppio livello che implica due entità autonomamente tassabili: il sistema fiscale domestico, da una parte, riconosce e tassa la partnership sul reddito complessivamente prodotto e ad essa imputabile in base alle

---

<sup>979</sup> Per questa definizione v. Boria P., Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone, Giuffrè, 1996, p. 17-18, in part. nota n.34; Della Valle E., La soggettività delle partnerships nel modello OCSE di convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni sul reddito: la prospettiva italiana, in DPTI, n. 3/2003, p. 753 ss., in part. p.758.

regole interne e, dall'altra, tassa i soci sono in qualità di shareholders se e quando la partnership distribuisce gli utili sotto forma di dividendi<sup>980</sup>.

Il *transparent approach*, più correntemente noto come *trasparenza fiscale*, produce l'effetto diametralmente opposto: classifica le partnerships come enti fiscalmente trasparenti e riconduce la tassazione dei loro redditi al regime fiscale generale previsto per le persone fisiche<sup>981</sup>.

Nella definizione del *transparent approach* rileva in particolare la teoria generale applicata all'entità, le regole di classificazione che conducono a delimitare l'ambito soggettivo del regime di trasparenza, le regole della territorialità, le regole di imputazione, qualificazione e quantificazione reddituale.

### **2.7.2 *Separate e aggregate entity theory: esistenza di un nesso fra transparent approach e diritto civile domestico e sue possibili configurazioni***

All'interno di un sistema fiscale, la definizione del *partnership approach* è centrata sulla nozione giuridica di partnership adottata dallo Stato<sup>982</sup>. Di conseguenza, fra la concreta configurazione del partnership approach di uno Stato e le regole del diritto civile e commerciale di quello stesso Stato che definiscono natura e caratteri delle partnership può esistere un collegamento di qualche tipo che deve essere esaminato<sup>983</sup>.

Negli Stati dove esiste un nesso fra trattamento civilistico delle partnerships e trattamento fiscale, la complessità della disciplina fiscale diventa in qualche modo funzione del diritto civile. Il grado di dipendenza delle due discipline può variare fra

---

<sup>980</sup> In genere, la fiscalità diretta domestica prevede poi un meccanismo che consente di eliminare la duplice tassazione economica o mediante l'imputazione ai soci di un credito d'imposta o mediante l'esenzione.

<sup>981</sup> Il primo approccio riconduce la tassazione dei redditi delle figure intermedie al regime delle persone giuridiche riproducendo l'allineamento tipico fra l'imputazione personale dei redditi e verificarsi del loro presupposto giuridico: il reddito è imputato al soggetto giuridico rispetto al quale si realizza anche il presupposto impositivo.

Il secondo approccio riconduce la tassazione dei redditi delle figure intermedie al regime delle persone fisiche e nel fare questo isola le due vicende giuridicamente rilevanti dell'imposizione: l'imputazione dei redditi si realizza in capo ai soci/partecipanti mentre il verificarsi del presupposto si realizza in capo alla figura intermedia.

<sup>982</sup> Un esempio per tutti. La legislazione americana prevede che, a certe condizioni, una partnership si qualifichi come disregarded entity cioè come entità fiscalmente inesistente: non rilevano le operazioni fra soci e società, la residenza della società non comporta la qualificazione dei redditi in reddito d'impresa e (salvo taluni adempimenti di tipo finanziario) tutte le obbligazioni fiscali formali e sostanziali debbano essere assolte dai soci. Al contrario, le partnership tedesche sono tenute ad una contabilità generale dalla quale emergano gli utili prodotti dalla partnership e una contabilità separata per le operazioni fra ogni socio e la società con espressa indicazione delle singole operazioni effettuate e dei valori fiscalmente riconosciuti, la partnership comporta la riqualificazione dei redditi in capo ai soci come reddito d'impresa, le imposte sono pagate dai soci ma dichiarate ad entrambe i livelli (socio e società).

<sup>983</sup> Cfr. Le Gall J.P., General report, in IFA – 49th Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995), International income tax problems of partnerships, in Cahiers de droit fiscal international vol. 80a), The Hague: Kluwer Law International, 1995, p. 659 ss.

gli Stati ma l'esistenza di un nesso obbliga ad interessarsi prima dell'uno e poi dell'altro: la sua comprensione infatti può rappresentare un fattore di coerenza logica che facilita lo studio del partnership approach. La norma fiscale può infatti mutuare l'approccio personalistico del diritto civile o commerciale domestico e, in continuità logica con questo, attribuire ad un ente soggettività passiva d'imposta in ragione della sua personalità giuridica o di un certo grado di soggettività. Si spiega così come in molti Stati l'attribuzione della personalità giuridica nel diritto civile (domestico ed estero<sup>984</sup>) si traduca automaticamente in soggettività passiva di imposta nel diritto fiscale e come, viceversa, l'assenza di personalità giuridica delle partnership si combini più facilmente con l'applicazione di un regime, più o meno uniforme, di trasparenza fiscale.

Se si osserva però la fiscalità diretta degli Stati, la corrispondenza fra soggettività giuridica o personalità giuridica delle partnership e loro regime fiscale non segue schema preciso<sup>985</sup>.

L'insieme delle regole fiscali che governano il regime di trasparenza fiscale delle partnership è generalmente ispirato a due differenti teorie: la cd *separate entity theory* e la *fractional entity theory*<sup>986</sup>.

La *separate entity theory* identifica la società in un ente dotato di un certo grado di soggettività (o anche personalità) distinto dai suoi soci che quindi agiscono impegnando la società.

---

<sup>984</sup> Come accade nel sistema fiscale svizzero.

<sup>985</sup> Vi sono infatti Stati come la Francia in cui le partnership pur avendo personalità giuridica sono tassate per traslucenza (un sotto-tipo della trasparenza), mentre vi sono Stati come gli USA (USA IRC §7704) in cui alcune partnership, pur prive di personalità, sono tassate come corporation; vi sono poi Stati che tassano per trasparenza solo le partnership domestiche e non quelle estere, come l'Italia o la Svizzera (in alcuni casi); oppure vi sono Stati, come il Regno Unito, che tassano per trasparenza tutte le partnership incluse quelle estere ma con eccezione solo delle partnership scozzesi; o Stati come l'Olanda che tassano tutte le partnership incluse quelle domestiche in ragione del possesso di alcuni specifici attributi civilistici. Il *transparent Dutch test*: è uno dei più complessi e anche studiati. Esso richiede l'esame di numerosi elementi, come: la presenza di una delibera di distribuzione degli utili, la responsabilità dei soci limitata ai conferimenti, l'esistenza di un patrimonio separato della società, la libera trasferibilità delle quote, la divisione del capitale in azioni, la tax liability della società in un altro Paese. Sul test di trasparenza fiscale olandese V. Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax*, in BIT, 2002, p.309; Daniels T.H.M., *International partnership: comparative law remarks on the taxation of income and the classification of foreign entities*, in Intertax, n.8-9/1991, p. 373 ss.; ID, *Issues in international partnership taxation: with special reference to the United States, Germany and The Netherlands*, Kluwer, 1991, p. 105 ss.

<sup>986</sup> Cfr. Le Gall J.P., *General report*, cit., p. 659 ss.; Ault H.J., Arnold B.J., *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*, Kluwer, 2010, p.415; Thuronyi V., *Comparative tax law*, cit., p.280; Kuiper W. G., *Forme giuridiche di svolgimento dell'attività economica a livello internazionale e relative implicazioni fiscali*, in (a cura di) Dragonetti A., Piacentini V., Sfondrini A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2014, p. 27 ss., in part. p. 31-33. Daniels T.H.M., *International partnership: comparative law remarks on the taxation of income and the classification of foreign entities*, in Intertax, n.8-9/1991, p. 355-356 ss.; ID, *Issues in international partnership taxation: with special reference to the United States, Germany and The Netherlands*, Kluwer, 1991, p. 28 ss.

La *aggregate* (oppure *fractional*) *entity theory*, invece, conduce ad un risultato diametralmente opposto identificando la società in una mera aggregazione delle imprese dei singoli soci<sup>987</sup> che collaborano e mettono in comune propri beni in vista di un obiettivo unico consistente in una attività economica svolta congiuntamente. Secondo tale teoria la società non ha una esistenza separata da quella dei suoi soci i quali sono co-imprenditori, agiscono impegnandosi reciprocamente e sono tassati pro quota sui redditi confluiti attraverso la società che, per questo, è detta *pass-through o flow-through entity*<sup>988</sup>.

L'applicazione di tali teorie alla fiscalità delle partnership produce risultati significativamente diversi. La *separate entity theory* infatti consente di riconoscere una qualche funzione tributaria all'entità, conducendo - in misura e modalità differente fra Stato e Stato - il riconoscimento fiscale delle operazioni fra soci e società, similmente (ma non identicamente) a quanto avviene per le entità incorporate e soggette all'imposta delle persone giuridiche. La seconda teoria produce invece un effetto diametralmente opposto classificando le partnerships come enti fiscalmente trasparenti e riconducendo la tassazione dei loro redditi al regime fiscale generale previsto per le persone fisiche<sup>989</sup>. La sua applicazione estrema inoltre può spingersi fino al disconoscimento di una qualunque funzione fiscale all'entità classificandola come *disregarded entity*.

---

<sup>987</sup> Per questa ricostruzione v. Kuiper W. G., *Forme giuridiche di svolgimento dell'attività economica a livello internazionale e relative implicazioni fiscali*, in (a cura di) Dragonetti A., Piacentini V., Sfondrini A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2014, p. 27 ss., in part. p. 31-33.

<sup>988</sup> Lo sviluppo di tali teorie è dovuto principalmente al contributo letterario e giurisprudenziale statunitense ma ha avuto un enorme impatto sullo sviluppo degli studi sulla tassazione delle partnership internazionali. Per una panoramica sul tema cfr. Easson E.A., Thuronyi V., *Fiscal Transparency*, in Thuronyi V., *Tax Law Design and Drafting*, IMF, 1998, p.10. In USA per effetto della storia coloniale, si è realizzato un *melting pot* di culture e tradizioni giuridiche che ha condotto i 51 Stati federati a sviluppare autonomi approcci rispetto alla personificazione societaria, talora più simili al *common law*, talaltra al *civil law* o più spesso ad una combinazione fra i due. Si spiega così il dibattito sulla natura giuridica di alcune figure societarie degli Stati americani a seconda della teoria impiegata (*separate vs aggregate*). Tale dibattito ha dato un forte impulso alla codificazione della *check the box regulation* (v. §2.3), resasi necessaria per evitare che l'impiego di forme societarie statali di ambigua natura da parte di investitori esteri potesse condurre ad un incremento delle contestazioni fiscali dell'IRS (e quindi del contenzioso) rispetto all'imposta federale. L'adozione della *check the box regulation* ha quindi consistentemente (ma non definitivamente) risolto il problema della classificazione delle entità previste dalle diverse leggi statali rispetto all'imposta federale ma ha lasciato aperto il problema della classificazione delle stesse entità rispetto alle imposte statali che non hanno recepito la *check the box regulation* e soprattutto il problema dell'uso delle società statunitensi nella pianificazione fiscale internazionale.

<sup>989</sup> V. infra § 2.1.1. Il primo approccio riconduce la tassazione dei redditi delle figure intermedie al regime delle persone giuridiche riproducendo l'allineamento tipico fra l'imputazione personale dei redditi e il verificarsi del loro presupposto giuridico: il reddito è imputato al soggetto giuridico rispetto al quale si realizza anche il presupposto impositivo.

Il secondo approccio riconduce la tassazione dei redditi delle figure intermedie al regime delle persone fisiche e nel fare questo isola le due vicende giuridicamente rilevanti dell'imposizione: l'imputazione dei redditi si realizza in capo ai soci/partecipanti mentre il verificarsi del presupposto si realizza in capo alla figura intermedia.

L'applicazione pratica di tali teorie al partnership approach di uno Stato quasi mai avviene in modo assoluto aderendo *in toto* all'una o all'altra ma più spesso comporta una loro combinazione<sup>990</sup>. Si possono pertanto verificare diverse sfumature in base alle quali ad esempio una partnership è considerata *pass-through entity* per le operazioni con i soci (che sono sconosciute) ma è considerata *separate entity* ai fini della qualificazione reddituale dei suoi utili oppure del capital gain da cessione delle sue quote.

Il modo in cui le due teorie sono applicate o combinate nell'ambito del sistema fiscale condiziona in modo incisivo il partnership approach di uno Stato e costituisce uno degli snodi rilevanti per la conformazione complessiva del suo sistema fiscale. La scelta di impostare la tassazione delle partnership domestiche in base alla *separate entity theory* o alla *pass-through theory* o ad una loro specifica combinazione contrassegna in modo particolare il nesso che intercorre fra il partnership approach di uno Stato e il suo diritto civile ed è quindi in grado di semplificare - o anche complicare - la pianificazione degli operatori nazionali ed esteri in ordine alla scelta fra le varie forme giuridiche dell'investimento offerte da uno Stato.

Negli Stati dove non esiste alcun nesso fra le due discipline invece, l'osservazione è semplificata dalla necessità di limitare l'analisi solo al profilo fiscale e alla individuazione della specifica regola deputata alla classificazione fiscale della partnership. È infatti possibile che uno stesso sistema fiscale adotti un diverso approccio fiscale (*corporate* o *pass-through*) per entità domestiche o anche estere<sup>991</sup>.

Nella fiscalità diretta di uno Stato, le diverse entità giuridiche definite dall'ordinamento possono essere inquadrare all'interno dei regimi di tassazione in base a tre metodi: il metodo civilistico, il metodo assoluto, il metodo opzionale.

Il metodo civilistico fa dipendere l'inclusione di un ente in un regime di trasparenza in ragione del ricorrere di determinati caratteri giuridici definiti dal diritto civile o commerciale domestico<sup>992</sup>.

---

<sup>990</sup> Derouin P., France branch report, in Haase F., Taxation of International Partnerships: 15 Years OECD Partnership Report, par. 8.2.2.

<sup>991</sup> Turonij V., Comparative tax law, cit., p. 280. Vi sono infatti Stati in cui la configurazione del nesso fra disciplina civile e fiscale delle partnership si articola in modo diverso a seconda che la partnership da classificare sia domestica o estera. V. infra, § 2.7.5.

<sup>992</sup> Fra gli Stati che adottano questo metodo vi sono la Germania e il Regno Unito.

Con il metodo assoluto l'inclusione di un ente all'interno di un regime di trasparenza avviene in ragione di una regola fiscale fissa, assoluta, cioè sciolta da qualunque connessione con altri rami del diritto<sup>993</sup>.

Il metodo opzionale invece affida la scelta del regime di tassazione applicabile alla scelta del contribuente. In questo caso, la partnership ha facoltà di optare per il regime di trasparenza fiscale o per quello ordinario di opacità fiscale applicato alle società incorporate. Alcuni degli evidenti vantaggi di tale metodo sono: l'applicabilità del metodo anche ai veicoli giuridici esteri e la facilitazione della pianificazione fiscale internazionale finalizzata agli investimenti sul territorio nazionale<sup>994</sup>.

### **2.7.3 Entity recognition rules e ambito soggettivo del transparent approach**

Nel tentativo di ricostruire un modello di analisi per la tassazione delle partnership, la prima questione che occorre affrontare è quali siano i requisiti che l'ente deve possedere per accedere al regime fiscale domestico delle partnership.

All'interno di un sistema fiscale, le norme sulla soggettività passiva d'imposta sono funzionali ad individuare il *personal scope*, cioè l'ambito soggettivo di applicazione di un regime impositivo.

Nel contesto dell'imposizione diretta, tali regole svolgono in particolare la funzione di distinguere i soggetti tassati con imposta personale da quelli tassati con imposta societaria<sup>995</sup>.

Di regola, la distinzione è semplice quando si tratta di persone fisiche.

Alcune difficoltà sorgono invece quando si tratta di stabilire la soggettività passiva ai fini dell'imposta societaria degli enti collettivi, in particolare di quelli diversi dalle società.

La ricognizione ha mostrato come, da un punto di vista di tecnica legislativa, la formulazione delle norme sulla soggettività passiva degli enti possa adottare un approccio a lista chiusa (*list-based approach*) che prevede l'elencazione puntuale delle forme giuridiche incluse oppure un approccio a lista aperta (*open entities clause*) che

---

<sup>993</sup> Fra gli Stati che adottano questo metodo vi sono la Francia, l'Italia e gli USA (ma solo per alcuni tipi di partnership).

<sup>994</sup> Fra gli Stati che adottano questo metodo vi sono gli USA per tutte le partnership non classificate in base al metodo list-based (*per se* corporation).

<sup>995</sup> In questo senso, v. Van Raad K., Recognition of foreign enterprises as taxable entities: General report, in IFA – 42th Congress of the International Fiscal Association (Amsterdam 1988), Recognition of foreign enterprises as taxable entities, in Cahiers de droit fiscal international Vol. 73a, p.21.



prevede l'inclusione di tutti o solo alcuni soggetti in possesso di determinati requisiti o per i quali si verificano determinati presupposti.

È inoltre astrattamente possibile che, nel definire la soggettività alle imposte societarie, un ordinamento adotti solo una di queste opzioni oppure una loro combinazione che include tutti gli enti - indipendentemente dalla loro forma giuridica oppure solo quelli dotati di una determinata forma giuridica - che sono in possesso di determinati requisiti o per i quali si verificano determinati presupposti (*residual entities clause*)<sup>996</sup>. In questo senso, la definizione della sfera soggettiva dell'imposizione societaria si presenta come una delle manifestazioni più esemplari della sovranità fiscale di uno Stato.

A seconda della tecnica legislativa impiegata da un ordinamento, sia per le partnership di nazionalità domestica che per quelle di nazionalità estera si pone il problema di rintracciare i presupposti al verificarsi dei quali le norme interne prevedono la soggettività dell'ente o in alternativa quella dei soggetti che vi partecipano.

Per gli enti domestici, in genere le opzioni sono due: se in base alle regole sulla soggettività passiva le partnership sono elencate fra le società o sono a queste assimilate o presentano i requisiti espressamente previsti per esserlo, queste saranno incluse nel *personal scope* dell'imposta societaria; in caso contrario i loro redditi sono tassati per trasparenza in capo ai soci secondo le specifiche regole previste dal sistema d'imposizione domestico.

Per gli enti esteri la replica dello stesso schema di ragionamento pone la questione di come "decodificare" le entità estere e classificarle ai fini dell'imposizione domestica: il che si verifica tutte le volte che queste producono redditi che presentano un qualche collegamento al territorio nazionale riconosciuto dalla norma fiscale. Se infatti l'ente ha nazionalità estera, la produzione di un reddito collegato al territorio di uno Stato comporterà per quest'ultimo l'esigenza di classificare fiscalmente l'ente estero ai fini dell'imposizione interna. Al pari di quanto avviene per gli enti domestici, ciò è necessario per stabilire quale metodo di tassazione adottare, se quello previsto per

---

<sup>996</sup> Per verificare questa astratta possibilità è sufficiente rinviare alla ricognizione svolta per i singoli Stati in cui emerge uniformemente l'esigenza di calibrare la sfera soggettiva dell'imposta societaria in modo più ampio possibile. Vi sono ordinamenti in cui la forma giuridica è irrilevante mentre è necessario un presupposto specifico, come il reddito d'impresa. Altri invece in cui la soggettività passiva dell'ente è subordinata a verificarsi sia dei requisiti di forma giuridica e che del presupposto, cosicché per talune forme giuridiche la soggettività d'imposta è radicalmente esclusa. Sul punto cfr. Ault H.J., Arnold B.J., *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*, Kluwer, 2010, p. 339 ss.

le società o quello per trasparenza (il quale comporta a sua volta l'applicazione del regime fiscale domestico previsto in base alla natura giuridica del socio).

A tal fine, occorre distinguere fra Stati che adottano regole classificatorie simmetriche per partnership domestiche ed estere e Stati che invece adottano regole classificatorie asimmetriche. Per consentire la simmetria classificatoria infatti, i primi sono costretti a codificare nella propria legislazione fiscale un "partnership test" finalizzato a verificare l'assimilabilità delle partnership estere e a quelle domestiche.

È possibile dunque sostenere che le norme interne di uno Stato sulla soggettività passiva ai fini dell'imposizione diretta - in quanto deputate a stabilire quali entità sono soggette all'imposta societaria e quali entità invece sono soggette all'imposizione personale sui soci - svolgano per le partnership la funzione di *entity recognition rules* (regole di classificazione soggettiva) cioè norme funzionali ad individuare il personal scope, cioè l'area soggettiva di applicazione del partnership approach impiegato da quello Stato.

Va precisato tuttavia che la presenza di un tale tipo di norme giuridiche, quand'anche formulate in modo puntuale e chiaro, non offre sempre completa garanzia di certezza. La ricognizione ha mostrato infatti che nessuno Stato è, di principio, immune dalle complicate questioni interpretative connesse all'esclusione o all'inclusione di talune forme giuridiche dall'imposta sulle società. Ciò è confermato sia dalla prassi amministrativa che dalla giurisprudenza degli Stati esaminati. Le partnership (insieme ai trust) sono fra le entità che maggiormente pongono questo tipo di complicazioni soprattutto quando hanno nazionalità estera.

La soluzione completa al quesito posto all'inizio di questa sezione (quali sono i requisiti che l'ente deve possedere per accedere al regime fiscale domestico delle partnership) troverà tuttavia compiuta soluzione solo dopo aver trattato un'altra componente delle regole di classificazione: i criteri di collegamento impiegati dalla norma interna di uno Stato per distinguere le modalità di tassazione dei redditi dell'ente domestico da quelle impiegate per tassare i redditi dell'ente estero<sup>997</sup>.

## **2.7.4 Territorialità e imposizione delle partnership**

Affrontare il tema della tassazione delle partnership internazionali pone complessità di ordine generale simili a quelli che si incontrano nello studio di

---

<sup>997</sup> A questo riguardo, la ricognizione ha mostrato l'impiego di criteri differenziati fra gli Stati. Trattandosi tuttavia del rilievo dei criteri di collegamento rispetto al partnership approach, rinviamo le osservazioni al § 2.7.4.

analoghe problematiche riferite alle società. Tali complessità da una parte esigono il confronto con il principio di territorialità fiscale di uno Stato nella sua duplice manifestazione formale e materiale<sup>998</sup>, dall'altro richiedono di verificare il modo in cui trovano concreta declinazione i criteri di collegamento personali e reali all'interno della legislazione fiscale di uno Stato<sup>999</sup>.

Riguardo alla territorialità, la tassazione delle partnership internazionali solleva il problema di definire i limiti pratici che incontra la potestà normativa tributaria di uno Stato nello stabilire i presupposti dell'imposizione dei redditi delle partnership internazionali.

---

<sup>998</sup> La distinzione fra l'accezione formale (o teorica) e quella "materiale" (o effettiva) "della territorialità fiscale nasce nella letteratura in risposta all'esigenza di definire i limiti teorici e quelli pratici che incontra la potestà normativa tributaria di uno Stato nello stabilire i fatti assunti a presupposto dell'imposizione in presenza di fattispecie con elementi di estraneità. Cfr. Sacchetto C., Territorialità (dir. tribut.), (voce) in Enc. giur., XLIV, 1992; Sacchetto C., Tutela all'estero dei crediti tributario dello Stato, Padova, 1978, p. 57; Fransoni G., La territorialità nel diritto tributario, Milano, 2004; Baggio R., Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria, Milano, 2009.

Trattandosi di limiti all'esercizio di potere legislativo in materia fiscale e non del potere di dare esecuzione all'imposizione, attraverso l'attività amministrativa tributaria di accertamento e riscossione dello Stato, la dottrina distingue dalla territorialità materiale la cd territorialità esecutiva. Analogamente, dalla territorialità materiale va distinto anche il tema della efficacia della legge tributaria nello spazio, che riguarda la determinazione dell'ambito territoriale entro il quale la legge fiscale di uno Stato ha effetto. Cfr. Manganelli A., (voce) Territorialità dell'imposta, in Dig. comm., Torino, 1998, in part. par. 1 e 3; Fantozzi A., Il diritto tributario, Torino, 2003, p. 207; Fedele A., Appunti dalle lezioni di diritto tributario, Parte I, Torino, 2003, p. 208.

Nella sintesi di Vogel K., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, cit., mn. 8-13, il diritto internazionale non vieta l'esercizio di potestà impositiva domestica per fatti e presupposti dotati di un sufficiente collegamento fra un contribuente e uno Stato (territorialità sostanziale) ma vieta l'esercizio di atti di sovranità sul territorio di altri Stati (territorialità formale).

Sebbene la dottrina sia univoca sull'inesistenza di limiti alla territorialità formale di uno Stato dovuta all'assenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario, non si riscontra uniformità di vedute sui limiti incontrati dalla cd territorialità "materiale" che, rispondendo all'esigenza di indicare normativamente i presupposti dell'imposizione, pretenderebbe in ogni caso l'esistenza di un "reasonable or genuine link" personale o reale idonei a motivare l'esercizio del potere impositivo di uno Stato. Tale argomentazione beneficerebbe anche dei risultati della giurisprudenza internazionale in ordine alla progressiva individuazione di un "genuine link" come limite generale alla territorialità degli Stati (v. per esempio il caso *Noteboom*, C.I.G. 1955, deciso dalla Corte Internazionale di Giustizia o il caso *Lotus* della Corte Internazionale, Corte Permanente di Giustizia Internazionale, sentenza 7 settembre 1927, P.C.I.J., ser. A, No 10, 20). La concreta definizione di tale link, inteso come legame effettivo e ragionevole che dovrebbe contraddistinguere la fissazione dei criteri di collegamento nelle norme fiscali di uno Stato, è al centro di un ampio dibattito dottrinario sui limiti all'esercizio della potestà impositiva statale. Per una ricostruzione di tale dibattito si rinvia a: Maisto G., Brevi riflessioni sulla evoluzione del concetto di "genuine link" ai fini della territorialità dell'imposizione tributaria tra diritto internazionale generale e diritto dell'Unione Europea, in RDT, n.10/2103, p. 889 ss., in part. par. 1 e l'ampia bibliografia riportata alle note 1 e 2; Cordeiro Guerra R., La potestà impositiva ultraterritoriale, in Cordeiro Guerra R., *Diritto tributario internazionale*. Istituzioni, Padova, 2016, p. 63ss.; Fantozzi A., *Il diritto tributario*, cit., p. 212; Croxatto G.C., *Diritto internazionale tributario*, in Dig. disc. priv. sez. comm., IV, Torino, 1989, p. 643; Sacchetto C., *Territorialità (dir. trib.)*, cit., p. 324 ss.

Gli sviluppi di tale discussione rivestono oggi particolare rilevanza nella individuazione del "minimum nexus" considerato necessario per motivare l'esercizio del potere impositivo di uno Stato rispetto alle più recenti forme di business svolte in modalità a distanza o digitale. Sul punto v. per esempio D'Angelo G., *La territorialità del tributo nell'era di internet*, in *Ianus*, n. 11/2014, p. 27 ss., reperibile in [https://www.rivistaianus.it/numero\\_11/03\\_dangelo.pdf](https://www.rivistaianus.it/numero_11/03_dangelo.pdf), in part. p. 30-35.

<sup>999</sup> Ricostruisce in questi termini il problema dell'imposizione delle società in caso di trasferimento, Melis G., *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi. Profili critici e ipotesi ricostruttive*, Roma, 2008, p. 16 ss.

La ricognizione ha mostrato ad esempio che il principio di territorialità trova un diverso limite a seconda di come risulta configurato il partnership approach di uno Stato. Si è potuto infatti verificare che tutti gli Stati che ammettono la trasparenza delle partnership estere simmetricamente a quelle domestiche (subordinandola o meno ad un test di somiglianza, come Francia, Germania e Svizzera) riescono a garantire anche un'applicazione simmetrica del principio di territorialità: essi infatti tassano i soci non residenti di partnership domestiche al pari dei soci non residenti di partnership estere, solo sui redditi che presentano un collegamento di tipo reale con il territorio ed escludendo invece i redditi con diversa fonte territoriale. Gli Stati invece che adottano regole di classificazione asimmetriche e non riconoscono la trasparenza delle partnership estere (come l'Italia), tassano il reddito di fonte domestica imputabile alle partnership estere classificate come corporation e tassano l'intera quota di utile imputata per trasparenza ai soci non residenti di partnership domestiche indipendente dalla sua fonte territoriale.

Ciò in ultima analisi, mostra che il modo in cui si configura il partnership approach di uno Stato non è del tutto indifferente rispetto all'applicazione della territorialità fiscale di uno Stato.

Con riguardo ai criteri di collegamento invece si pone il problema di chiarire la loro funzione specifica rispetto al partnership approach e in particolare: quali sono i criteri di collegamento applicabili nel caso della trasparenza delle partnership internazionali e quali conseguenze fiscali provoca la loro applicazione.

La funzione dei criteri di collegamento, spiegata dalla dottrina ricorrendo alla logica degli elementi di "estranità" alla fattispecie impositiva<sup>1000</sup>, trova applicazione alla tassazione delle partnership con alcuni adattamenti.

Fin quando l'attività economica delle partnerships resta confinata all'interno del territorio dello Stato in cui è stata costituita e i suoi soci sono residenti nello stesso Stato di costituzione, la fattispecie impositiva non presenta elementi di internazionalità. In questo caso la fiscalità diretta delle partnership non comporta particolari

---

<sup>1000</sup> Nell'ambito della teoria generale della fattispecie tributaria, l'esigenza di ricorrere a criteri di collegamento sorge tutte le volte che una fattispecie tributaria presenti «elementi di estraneità» in grado di incrinare la sua perfetta territorialità con riguardo al profilo personale, cioè al soggetto passivo d'imposta, o con riguardo al profilo reale cioè al presupposto indice di capacità contributiva. Secondo tale ricostruzione il reddito transnazionale è dunque quello che deriva da fattispecie con elementi personali o reali di estraneità. Nel caso di fattispecie con elementi di estraneità, ciascun ordinamento formula specifici criteri di collegamento e li codifica in apposite norme interne. Cfr. Cordeiro Guerra R., *Le fattispecie con elementi di estraneità*, in Cordeiro Guerra R., *Diritto tributario internazionale*. Istituzioni, Padova, 2016, p.33ss.; Garbarino C., *Manuale di tassazione internazionale*. Milano: IPSOA, 2008, p. 20-21.

complicazioni<sup>1001</sup> esaurendosi nell'applicazione di regole fiscali a fattispecie impositive domestiche: tassazione di operazioni fra soci residenti e partnership domestiche, tassazione per trasparenza dei soci residenti per utili prodotti da una partnership domestica, utili della partnership domestica derivanti esclusivamente da operazioni domestiche. Queste fattispecie possono al più caratterizzarsi per i tratti derogatori di talune specifiche disposizioni rispetto a quelle generali.

Quando invece l'attività delle partnership presenta elementi di transnazionalità (da qui l'espressione di "partnership internazionale"), i sistemi di tassazione ricorrono ai criteri di collegamento<sup>1002</sup>.

In linea generale, i criteri di collegamento<sup>1003</sup> assolvono la funzione di individuare i fattori di connessione (personali o reali) idonei a configurare il presupposto per l'imposizione di uno Stato in caso di fattispecie impositive con elementi di estraneità. In considerazione del diverso elemento di estraneità (soggettivo o oggettivo) che può interessare la fattispecie, la letteratura è solita distinguere fra criteri di collegamento personali e reali: i primi sono idonei ad individuare il fattore di connessione per i soggetti tassati sulla globalità dei loro redditi (tassati cioè, in base al *worldwide taxation principle*), i secondi sono invece idonei ad individuare il fattore di connessione per i soggetti che presentino un qualche collegamento di natura reale con il territorio di quello Stato i quali sono tassati sui soli redditi che abbiano fonte nello Stato (cioè in base al *source taxation principle*)<sup>1004</sup>.

---

<sup>1001</sup> Cfr. Van Raad K., *General report*, in IFA – 42th Congress of the International Fiscal Association (Amsterdam 1988), *Recognition of foreign enterprises as taxable entities*, Cahiers de droit fiscal international Vol. 73a, Kluwer, 1988, p. 22 e 25.

In questo caso infatti gli eventuali problemi posti dalla scelta di un approccio di caratterizzazione delle partnership restano di tipo esclusivamente interno, estendendosi al più al coordinamento con gli altri istituti e regimi previsti dal sistema fiscale domestico.

<sup>1002</sup> Circa il differente significato che l'espressione "criteri di collegamento" assume nel diritto tributario rispetto al diritto internazionale privato, v. Croxatto, *L'imposizione delle imprese con attività transnazionali*, Padova, 1965, 128-130; Lupi R., *Territorialità del tributo*, in Enc. giur., XXXI, Roma, 1994, p.3.

<sup>1003</sup> In ambito tributario, i criteri di collegamento sono definiti come quelle regole stabilite da uno Stato «idonee ad individuare un ragionevole legame tra la capacità contributiva manifestata dal presupposto ed il territorio dello Stato che emana il tributo». Per questa ricostruzione, v. Manganelli A., (voce) *Territorialità dell'imposta*, in Dig. disc. priv. sez. comm., XV, Torino, 1998, in part. par.3.

Sui criteri di collegamento intesi come parametro per l'individuazione di fattispecie imponibili regolate da norme interne v. anche: Udina M., *Il diritto internazionale tributario*, Padova, 1949, p. 67 ss.; Fantozzi A., Vogel K., *Doppia imposizione internazionale*, in Dig. disc. priv. sez. comm., V, Torino, 1989, p. 194 ss.; Garbarino C., *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, p. 241 ss.

<sup>1004</sup> Nella sistematica generale, la dottrina è solita distinguere i criteri di collegamento in personali e reali: questi trovano definizione con riferimento alla tassazione dei soggetti per i quali si verifica la territorialità del collegamento personale ma non di quello reale (è questo il caso dei soggetti residenti – o cittadini – che producono redditi all'estero) o, al contrario, con riferimento alla tassazione dei redditi per i quali si verifica la territorialità del collegamento reale ma non di quello personale (è questo il caso dei soggetti non residenti – o non cittadini - che producono redditi nel territorio dello Stato). V. per esempio Garbarino C., (voce) *Tassazione dei soggetti residenti sui redditi prodotti all'estero*, in Digesto

Va ricordato a questo riguardo come la letteratura guardi alla formulazione normativa dei criteri di collegamento come alla declinazione concreta del principio di territorialità di uno Stato cioè come “territorialità materiale”<sup>1005</sup>.

La diversa natura dei criteri di collegamento (personali/reali) oltre che la differente declinazione che essi assumono nella legislazione fiscale degli Stati richiede di chiarire la loro funzione rispetto al partnership approach.

Si è visto sopra come la definizione dell’area soggettiva del *partnership approach* sia in qualche modo legata alla nozione giuridica di partnership e come in base a tale nozione le regole di classificazione soggettiva (*entity recognition rules*) svolgano la funzione di delimitare il *personal scope* del regime impositivo delle partnership di uno Stato. Rispetto ad una partnership per esempio, le regole di classificazione fiscale adottate da uno Stato consentono di inquadrare l’ente fra quelli assoggettati ad imposizione societaria oppure fra quelli tassati per trasparenza per i quali l’imposizione dei redditi è applicata a livello dei soci.

I criteri di collegamento invece intervengono ad individuare il principio di tassazione applicabile a soci e società e in particolare a stabilire se:

- la partnership, in quanto è classificata come società al pari di una corporation secondo *entity recognition rules*, debba essere tassata per la globalità dei suoi redditi o per i soli redditi prodotti nel territorio dello Stato;
- oppure i suoi soci, in quanto la partnership è classificata come entità trasparente in base alle *entity recognition rules* – debbano essere tassati sulla loro quota dei redditi globali della partnership o per la sola quota dei redditi prodotti dalla partnership nel territorio dello Stato.

Detto in altra maniera, i criteri di collegamento personale hanno la funzione di definire i fattori di connessione in base ai quali uno Stato attrae a tassazione la globalità

---

comm., 2012; Garbarino C., (voce) Tassazione dei soggetti non residenti sui redditi prodotti in Italia, in Digesto comm., 2012; Piacentini V., Bernacchi C., Principi generali di tassazione. La residenza, i redditi esteri dei soggetti residenti ed i redditi italiani dei soggetti non residenti, in Dragonetti A., Piacentini V., Sfondrini A. (a cura di), Manuale di Fiscalità Internazionale, IPSOA, 2014, p.373 ss., in part. 435 e 449.

Nella letteratura internazionale la definizione dei criteri di collegamento personali e reali è spiegata con riferimento alla natura del “nexus” con la “*jurisdiction to tax*”: se il nexus definito dalla norma interna intercorre fra reddito e Stato, quest’ultimo si qualifica come “*source jurisdiction*”, se invece il nexus definito dalla norma interna intercorre fra persona e Stato questo si qualifica come “*resident jurisdiction*”; cfr. Arnold B.J., International tax primer, 2002, Kluwer international law, p. 15 ss.

<sup>1005</sup> Tali criteri dunque si configurano come regole di attrazione alla potestà impositiva di uno Stato e di estensione territoriale della sua potestà impositiva, definite in piena espressione della sua sovranità tributaria. Sulla configurazione di tali criteri come fattori di concreta connessione di una fattispecie al territorio di uno Stato e quindi come espressione del principio di territorialità materiale, v. Sacchetto C., Territorialità (dir. tribut.), (voce) in Enc. giur., XLIV, 1992, in part. par.11.

dei redditi di una partnership fiscalmente non trasparente (assimilata ad una corporation) oppure gli utili imputabili per trasparenza ai soci residenti di una partnership fiscalmente trasparente domestica o estera.

I criteri di collegamento reale invece svolgono la funzione di codificare i presupposti affinché si radichi la potestà impositiva di uno Stato sui redditi prodotti da soggetti esteri privi di un collegamento personale con il suo territorio. Nel caso di specie, questi definiscono i fattori di connessione in base ai quali uno Stato attrae a tassazione i redditi prodotti sul territorio da una partnership estera fiscalmente non trasparente (assimilata ad una corporation) oppure i redditi prodotti sul territorio e imputabili per trasparenza a soci non residenti di una partnership trasparente domestica o estera.

Alcune osservazioni si rendono necessarie circa la configurazione dei criteri di collegamento personali validi per le partnership, anche in relazione a quelli generalmente impiegati per le società.

Per stabilire la residenza fiscale delle società – e quindi la tassazione del loro reddito globale nella giurisdizione di residenza – generalmente la legislazione fiscale degli Stati mutua i criteri di collegamento dal diritto internazionale privato<sup>1006</sup>. In quest'ultimo contesto, tali criteri hanno la funzione di determinare la legge regolatrice delle società (*lex societatis*) che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento giuridico in cui sono costituite<sup>1007</sup>.

---

<sup>1006</sup> Sulla differenza fra i problemi della classificazione e della qualificazione nel diritto tributario e nel diritto internazionale privato cfr. infra 3.1.2 in part. nota 1073.

<sup>1007</sup> La sistematica del diritto societario impiega la distinzione fra “teoria dell’incorporazione” e “teoria della sede reale” per individuare la legge applicabile a società ed enti sulla base del criterio di collegamento adottato in via principale da uno Stato.

In base alla teoria dell’incorporazione (*incorporation theory*), le società sono regolate dalla legge dello Stato di costituzione, secondo il criterio formale del *registered office*. Le società assumono la nazionalità in modo permanente, risultando irrilevante qualunque vicenda territoriale successiva, incluso il trasferimento all’estero. Gli Stati che aderiscono alla teoria della incorporazione, infatti ammettono il trasferimento della sede all’estero previa modifica statutaria e senza obbligo di scioglimento della società ma vietano il trasferimento del *registered office*, inammissibile poiché comporterebbe un cambiamento della legge applicabile e quindi della sua nazionalità. Così tali Stati accettano il trasferimento sul proprio territorio della sede gestionale di società estere anche se tale circostanza può incontrare talune limitazioni (c.d. *pseudo-foreign corporations statutes*) idonee ad evitare che l’esercizio dell’attività regolata da una legge estera sul proprio territorio costituisca aggiramento delle regole applicate alle società nazionali (tutela contrattuale, tutela dei soci e dei creditori). I vantaggi di tale teoria sono rinvenibili nella maggiore certezza del corpus normativo applicabile nella sua interezza alle società.

La teoria della sede reale (*real seat theory*) richiede invece di applicare alle società il diritto dello Stato in cui è localizzata la sede effettiva (amministrativa, direzionale, gestionale, oggetto principale dell’impresa ecc.). Essa si fonda sull’idea che le società debbano vantare un legame di tipo reale con lo Stato del cui sistema giuridico pretendono l’applicazione. In mancanza di tale legame (ad es. società straniera o per effetto del trasferimento della sede effettiva), alle società non è più permesso “qualificarsi” secondo il diritto dell’ordinamento di origine ma è necessario un procedimento di riqualificazione nello Stato in cui collocano la sede effettiva. Gli Stati che seguono questo criterio, non

In linea generale, per attrarre a tassazione le società incorporate, tutti gli Stati esaminati applicano il criterio della sede dell'incorporazione (*incorporation test*). Molti Stati inoltre affiancano a tale criterio quello della sede reale (*real seat test*) il quale può assumere diverse declinazioni in rapporto al fattore concreto ritenuto rilevante ai fini del collegamento con il territorio dello Stato (direzione effettiva, oggetto principale, controllo delle attività quotidiane, residenza degli amministratori ecc.)<sup>1008</sup>.

Stabilire la residenza fiscale delle partnership in applicazione dei medesimi criteri di collegamento è più problematico a causa della difforme natura giuridica dell'entità nelle varie legislazioni nazionali<sup>1009</sup>. Di regola le giurisdizioni di civil law includono nell'imposta sulle società solo le persone giuridiche anche se tale regola prevede eccezioni in diversi Stati; così anche le giurisdizioni di common law tendono

---

riconoscono quindi gli enti privi di collegamenti col proprio territorio e negano il riconoscimento delle società localizzate in giurisdizioni diverse da quella in cui è stabilita la sede reale.

La differenza più rilevante fra le due teorie si ha con riguardo alla fattispecie di trasferimento di sede sociale.

In applicazione della teoria dell'incorporazione, una società non può sottrarsi alla giurisdizione dello Stato di costituzione. La società eventualmente emigrante quindi resta sempre assoggettata alla legge dello Stato di incorporazione anche quando la sua attività è svolta esclusivamente in un altro Paese, mentre la società "immigrante" non ne è influenzata.

In applicazione della teoria della sede reale o effettiva invece, il trasferimento ha effetti estintivi perché lo Stato non riconosce più un ente privo di collegamento con il suo territorio: l'emigrazione delle società ne comporta quindi l'obbligo di scioglimento e di successiva ricostituzione nello Stato di arrivo, mentre l'immigrazione e il riconoscimento potrebbe essere negato o consentito entro certi limiti o previo il rispetto di talune formalità.

Per un inquadramento generale delle due teorie v. Luzzatto, Azzolini, Società (nazionalità e legge regolatrice), voce in Digesto comm., XIV, Torino, 1997, p. 136 ss.; Benedettelli M.V., Sul trasferimento della sede sociale all'estero, in RS, n.6/2010, p.1251 ss.; Benedettelli M.V., La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato, in RS, 1997, p.64; Mucciarelli F.M., Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitrari normativi, in Quaderni di giurisprudenza commerciale, Milano, 2010, p.45 ss.; Benedettelli M.V., Mercato comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, in RS, n.4/2003, p. 724ss.; Enriques L., Gelter M., How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law, Law Working Paper n.63/2006, Harvard Olin Fellows' Discussion Paper n. 19/2008, reperibile in <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.887164>.

Per un esame del background storico e delle esigenze politiche che hanno dato origine a tali regole di diritto internazionaleprivatistico v. Frada de Sousa A., Company's Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet Working Paper 07/09, reperibile su <http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/090701.pdf>, in part. p.4-10; Mucciarelli, Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari, in GC, n.6/2000, p.557 ss.

Per un esame comparatistico sulla modalità in cui le due teorie trovano attuazione nella legislazione degli Stati, v. Mucciarelli F.M., Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitrari normativi, in Quaderni di giurisprudenza commerciale, Milano, 2010, p.55 ss. e 65 ss.; Damascelli D., I conflitti di legge in materia di società, Bari, 2004, p. 26 ss.; Petrelli, Formulario notarile commentato, III, tomi II e III, 2003; Wymeersch E., Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo, in Riv. soc., 2003, 4, p. 729 ss.

Per un esame delle diverse ipotesi di conflitto fra criteri di collegamento impiegati dagli Stati di origine e destinazione nel caso di trasferimento v. in part. Righini A., Il trasferimento transnazionale della sede sociale, in Contratto e Impresa, n.3/2006, p. 755 ss.

<sup>1008</sup> Cfr. Rohatgi R., Basic international taxation: 1: Principles of international taxation, Richmond law & tax, 2005, p. 209-220; Arnold B.J., International tax primer, Kluwer international law, 2002, p.19; Thuronyi V., Comparative tax law, Kluwer law international, 2016, p. 290-291; Arnold B.J., International tax primer, Kluwer international law, 2002, p.20.

<sup>1009</sup> Cfr.; Rohatgi R., Basic international taxation: cit., p. 220; Thuronyi V., Comparative tax law, cit., p. 278-281; Arnold B.J., International tax primer, cit., p.20.



generalmente ad applicare la trasparenza fiscale alle partnership sebbene la regola subisca numerose eccezioni in diversi Stati<sup>1010</sup>. Di conseguenza non è possibile stabilire una regola generale per l'applicazione dei criteri di collegamento, i quali a seconda della classificazione fiscale che la partnership riceve nello Stato, dovranno applicarsi alla società o ai soci<sup>1011</sup>.

In ultima analisi, è possibile affermare che le *entity recognition rules*, contribuendo a determinare i criteri per attrarre i redditi di una entità alla tassazione di uno Stato, appartengono logicamente alla sfera funzionale delle regole di collegamento di un sistema fiscale. Di conseguenza, esse rappresentano una forma di esercizio della sua sovranità fiscale, contribuiscono a misurare l'estensione della sua giurisdizione in campo tributario<sup>1012</sup> e svolgono nel contempo un ruolo significativo nella declinazione del principio di territorialità fiscale<sup>1013</sup>. Si può dunque concludere che all'interno di un sistema fiscale le *entity recognition rules* (regole di classificazione soggettiva) e i criteri di collegamento si combinano per definire le concrete modalità di applicazione di regime impositivo delle partnership.

### **2.7.5 Classificazione simmetrica e asimmetrica: domestic partnership approach (DPA), foreign partnership approach (FPA)**

Mantenendo l'impostazione di analisi introdotta nella sezione precedente che distingue fra enti domestici ed enti esteri, è utile svolgere alcune osservazioni sull'utilità di individuare un partnership approach domestico e un partnership approach estero.

Vista la centralità delle *entity recognition rules* ai fini dell'applicazione del partnership approach, occorre distinguere fra Stati che adottano regole classificatorie simmetriche per partnership domestiche ed estere e Stati che invece adottano regole classificatorie asimmetriche.

Fra gli Stati che adottano regole simmetriche per partnership domestiche ed estere, l'esigenza di classificare le partnership domestiche in base a criteri che presentano un nesso con il diritto civile e commerciale comporta specularmente quella di classificare le partnership estere in base ad una sorta di "test di trasparenza" (o di

---

<sup>1010</sup> Cooper G., Gordon R.K., Taxation of Enterprises and Their Owners, in Thuronyi V., Tax Law Design and Drafting, IMF, 1998, p. 888-9.

<sup>1011</sup> Rohatgi R., Basic international taxation: cit., p. 220.

<sup>1012</sup> Beale J.H., Jurisdiction to Tax, in Harvard Law Review, n.6/1919, p. 587 ss.; Mills Alex, Rethinking Jurisdiction in International Law, British Yearbook of International Law, n.1/2014, p.187.

<sup>1013</sup> Tale osservazione tonerà utile nel chiarire la soluzione offerta dall'ordinamento europeo rispetto alle disparità derivanti dall'impiego asimmetrico di tali regole da parte degli Stati. V. infra §4.1.4.

somiglianza, o meglio ancora “partnership test”) mirato a verificare nell’ente estero la sussistenza di quegli stessi elementi giuridici distintivi che caratterizzano quello interno e in definitiva ad appurare l’assimilabilità delle partnership estere a quelle domestiche.

Al contrario, gli Stati nei quali non si riscontra un nesso diretto fra il diritto civile e il diritto fiscale e che determinano la fiscalità delle partnership con metodo assoluto, non vi è l’esigenza di impostare un test di somiglianza. In questi casi infatti le *entity recognition rules* (regole di classificazione soggettiva) e i criteri di collegamento per la tassazione di fattispecie con elementi di estraneità all’ordinamento fiscale si combinano per definire un regime fiscale delle partnership estere differenziato rispetto a quelle domestiche.

Per dare conto di tale differente approccio, il quale può portare a risultati fiscali significativamente differenti, è utile distinguere fra *domestic partnership approach* e *foreign partnership approach*.

Il primo circoscrive quell’insieme ideale di regole fiscali preposte (fra le altre cose) a definire il regime di tassazione delle partnership domestiche - cioè organizzate o amministrare secondo il diritto di quello Stato - le regole e i criteri di classificazione degli enti che ricadono in detto regime e il metodo di imputazione e qualificazione reddituale a questi applicabile. Il *domestic partnership approach* di ciascuno Stato in particolare comprende: le regole di individuazione degli enti soggetti al regime di trasparenza fiscale (*entity recognition rules* e criteri di collegamento), le regole di imputazione reddituale e temporale applicabile alle partnership domestiche e ai loro soci residenti e non residenti, le regole di qualificazione dei redditi della partnership e dei soci, le regole di quantificazione dei redditi imputati alla partnership e/o ai soci, individuazione degli obblighi fiscali della partnership domestica e dei soci.

Specularmente, il *foreign partnership approach* include il set di regole fiscali che governa la classificazione e la tassazione delle partnership organizzate o gestite secondo il diritto di un altro Stato. Questo in particolare comprende: le regole di classificazione fiscale delle partnership estere (*entity recognition rules* ed eventuale test di somiglianza o di assimilazione delle partnership estere a quelle domestiche), le regole di imputazione dei redditi alla partnership estera e ai suoi soci residenti nello Stato in ragione dei criteri di collegamento (definiti nella legislazione fiscale di quello Stato), le regole di qualificazione dei redditi imputati alla partnership estera e ai suoi soci residenti nello Stato, le regole che stabiliscono gli obblighi fiscali della partnership estera e dei suoi soci residenti. La tassazione dei soci residenti di partnership estere

rientra nel *foreign partnership approach* poiché è strettamente dipendente dalla modalità in cui la partnership estera è classificata dall'ordinamento di residenza del socio; il trattamento dei soci non residenti di partnership estera rileverà solo nelle ipotesi triangolari quando lo Stato della fonte disconosce la partnership estera (*disregarded entity*) e si troverà ad applicare i criteri di collegamento direttamente ai soci non residenti.

In linea generale, i due approcci sono indipendenti: la scelta della loro coincidenza o simmetria è quindi rimessa alla scelta discrezionale del legislatore fiscale.

Vi è tuttavia un numero consistente di variabili che rendono preferibile un'analisi differenziata dei due approcci.

## **2.7.6 Domestic partnership approach (DPA)**

### **2.7.6.1 *Transparent approach* e sue configurazioni**

La letteratura tende ad indentificare quattro differenti regimi di tassazione delle partnership domestiche<sup>1014</sup>: la trasparenza fiscale totale, la trasparenza fiscale intermedia, la trasparenza fiscale limitata al solo pagamento dell'imposta.

Nella trasparenza fiscale totale, o pura, la partnership - indipendentemente dal fatto che sia una legal entity o meno - è considerata fiscalmente inesistente al pari di una *conduit*<sup>1015</sup>. La sua unica funzione è quantificare la quota di profitti e perdite imputabili ai singoli soci che sono le uniche unità rilevanti ai fini fiscali. La tassazione è mono-livello sul socio il quale, sotto il profilo fiscale, è considerato il soggetto che svolge (pro quota) l'attività d'impresa promossa dalla società e nella stessa misura è tenuto a dichiarare il reddito in ragione delle regole previste dal singolo ordinamento fiscale. In genere tali regole possono seguire il principio di preservazione<sup>1016</sup>, il

---

<sup>1014</sup> Le Gall J.P., *International Income Tax Problems of Partnerships...* cit, p.662; Della Valle E., La soggettività delle partnerships nel modello OCSE... cit., p. 775; Boria P., Il principio di trasparenza... cit., p. 17-18; Easson E.A., Thuronyi V., *Fiscal Transparency*, cit., p.8.

<sup>1015</sup> Ciò si verifica quando non esiste un nesso fra diritto civile e diritto fiscale di uno Stato: nonostante la partnership sia una legal entity o sia dotata di soggettività, il sistema fiscale non le riconosce soggettività passiva d'imposta.

<sup>1016</sup> Il grado di trasparenza fiscale della partnership è tale da qualificare in capo al socio i redditi della stessa natura della partnership. Così, per es. Se la partnership percepisce una royalty ma questa non converge nel suo reddito d'impresa, il socio dichiara la quota di royalty corrispondente alla sua partecipazione, se invece la partnership somma tutti i suoi redditi qualificandoli complessivamente come reddito di impresa, il socio dichiara la quota proporzionale di reddito di impresa.

principio della partecipazione<sup>1017</sup> o il principio della stabile organizzazione<sup>1018</sup>. Per effetto della tassazione mono-livello sul socio, la natura, la fonte e la parte imponibile dei redditi sarà definita in base al regime fiscale personale applicabile al socio, persona fisica o società. Tale regime include le agevolazioni e il diritto a beneficiare dei Trattati fiscali.

Nel regime fiscale di “trasparenza fiscale limitata al solo pagamento dell’imposta” la prospettiva è ribaltata. La partnership è una *separate entity* che esercita in proprio l’attività di impresa, è dotata di autonomia patrimoniale e spesso anche di personalità giuridica. Essa pertanto si qualifica anche come soggetto passivo d’imposta e residente ai fini dei Trattati fiscali. La tassazione si applica al livello della società ma l’obbligazione tributaria è traslata sui singoli soci. Questo tipo di trasparenza, in sintesi, realizza un trasferimento pro quota ai soci dei soli obblighi liquidatori dell’imposta che è quantificata a livello della società<sup>1019</sup>. Tale regime ha come rappresentante esemplare il sistema fiscale francese.

I regimi di trasparenza fiscale intermedia infine tassano esclusivamente i soci in ragione dei loro diritti di partecipazione nella partnership. Il grado di trasparenza fiscale della partnership dipende solo dalle sue funzioni che, in una certa misura, sono il riflesso della sua parziale soggettività. Talvolta la società è solo un centro di imputazione contabile con l’obbligo di determinare e dichiarare gli utili tassabili di ciascun socio secondo il suo regime fiscale naturale. Le imposte sono tuttavia quantificate solo in base alle caratteristiche personali dei singoli soci. In questi casi la partnership si presenta come un semplice intermediario che quantifica i profitti e le perdite di ciascun socio e le relative imposte. Essa quindi è una mera entità-collettore dotata di una soggettività limitata al solo pagamento delle imposte per conto dei soci. In altri casi è la partnership a svolgere l’attività d’impresa e a dichiarare i propri utili complessivi sui quali ciascun socio paga la propria quota di imposte. Ogni socio paga l’imposta sui profitti di impresa a cui partecipa insieme agli altri soci<sup>1020</sup>. La natura, la fonte e la quantificazione dei redditi, come anche le agevolazioni applicabili, sono determinati a livello della partnership. I soci sono direttamente tassati sulle quote di

---

<sup>1017</sup> Il reddito della partnership segue le qualificazioni ordinarie, mentre il reddito imputato al socio si qualifica sempre come reddito di partecipazione nella partnership.

<sup>1018</sup> La quota di partecipazione del socio qualifica sempre una stabile organizzazione personale dell’impresa, con la conseguenza che se il socio è residente sarà considerato un imprenditore e dovrà dichiarare reddito di impresa mentre se il socio è estero la sua partecipazione configura una stabile organizzazione di una impresa estera.

<sup>1019</sup> Le Gall J.P, *International Income Tax Problems of Partnerships...* cit, p.662.

<sup>1020</sup> *Ibidem*.

partecipazione ai profitti dell'impresa e non come imprenditori pro quota per effetto della loro partecipazione nella società.

Altri autori propongono una classificazione in parte diversa che, oltre la trasparenza fiscale pura, prevede la trasparenza fiscale con obbligo dichiarativo, quella parziale e quella opzionale<sup>1021</sup>. Va notato tuttavia come tale classificazione prenda in considerazione caratteri fra loro non omogenei e riferiti a vicende giuridicamente differenti. L'obbligo dichiarativo infatti non guarda alla soggettività passiva ma ad uno degli obblighi strumentali che la assistono e che, in questo caso, incombono anche sulla partnership. La trasparenza fiscale "parziale" descrive invece una situazione in cui solo una parte del reddito è tassata per trasparenza sui soci mentre l'altra è tassata in capo alla società<sup>1022</sup>. Si tratta quindi di una categoria di trasparenza "parziale" che si realizza per effetto di due diversi metodi di imputazione che la legge applica in due circostanze diverse<sup>1023</sup>. La trasparenza opzionale è anch'essa una categoria che guarda al metodo di imputazione che - anziché essere legislativamente imposto per tipi societari o per nesso civilistico - è lasciato alla libera scelta del contribuente.

Il metodo di imputazione è un ganglio determinante del partnership approach di uno Stato. Ciascun regime di trasparenza infatti realizza risultati differenti in ragione del metodo di imputazione al quale è abbinato. Da questo dipendono le regole di qualificazione e quantificazione reddituale.

La complessità che circonda il tema della tassazione delle partnership internazionali e dell'applicabilità a queste dei Trattati fiscali risente, ad un secondo stadio, della divergenza fra questi regimi domestici di trasparenza fiscale.

---

<sup>1021</sup> Cfr. Baker P., The application of the Convention to partnerships, trusts and other, non-corporate entities, in GITCR, n.1/2002, p. 22 ss.; Eason A., Entity Entitlement to Treaty Benefits: A Conceptual Approach to some Practical Problems, in Arnold B. Sasseville J. (eds.), Special Seminar on Canadian Tax Treaties: Policy and Practice, Canadian Tax Foundation, 2000, p. 12:11 ss. Tali autori propongono una classificazione parzialmente diversa suggerendo l'esistenza di quattro tipi di trasparenza fiscale: la trasparenza fiscale completa, con obbligo dichiarativo, parziale ed opzionale. Nella trasparenza fiscale completa, la partnership non è una legal entity oppure, se lo è, è considerata fiscalmente inesistente al pari di una conduit. La trasparenza fiscale con obbligo dichiarativo si ha invece quando la soggettività passiva resta in capo ai soci/associati ma la partnership mantiene obblighi di fiscal reporting con le autorità fiscali. Con la trasparenza fiscale opzionale, la partnership ha facoltà di optare per il regime di trasparenza o per quello di opacità fiscale. La trasparenza fiscale parziale consisterebbe infine in un regime che consente la tassazione di una parte dei redditi in capo ai soci e della restante parte dei redditi in capo alla entità.

<sup>1022</sup> Questa situazione si verifica ad esempio nei trust discrezionali dove, in temporanea assenza di un beneficiario, il reddito si accumula in capo al trustee; analogamente accade nei sistemi fiscali domestici che tassano per trasparenza i soci accomandatari delle limited partnership e trattano invece i soci accomandanti al pari degli azionisti delle società incorporate, tassando la loro proporzionale quota del reddito in capo alla società.

<sup>1023</sup> Questa categoria di trasparenza sembra ispirarsi alla *transparent entity clause* tipica dell'approccio convenzionale adottato nel modello USA. V. infra, § 3.9. Esso diversifica l'applicazione del Trattato fiscale a seconda che il reddito sia fiscalmente imputato ad un soggetto residente oppure non residente.

### 2.7.6.2 *Tax allocation rules*: i metodi di imputazione reddituale per le partnership domestiche

La trasparenza fiscale in vari gradi applicata alla tassazione domestica delle partnership implica l'applicazione di un principio di base: la tassazione dei redditi della partnership a livello dei soci. In questo principio risiede l'elemento maggiormente distintivo fra la tassazione degli azionisti (shareholders) di una corporation e i soci (partners) di una partnership: la fiscalità diretta tassa gli azionisti sui dividendi ricevuti in conseguenza della distribuzione degli utili societari<sup>1024</sup> mentre tassa i soci di una partnership sui redditi da questa prodotti senza necessità di un formale atto di distribuzione.

Con questa premessa, passiamo ora all'esame dei metodi di imputazione possibili.

Per effetto della *separate entity theory*, della *fractional entity theory* e delle loro possibili combinazioni, l'imputazione ai soci dei redditi della partnership può avvenire in quattro differenti modalità di imputazione diretta, aggregata, separata e selettiva<sup>1025</sup>.

Il regime di opacità fiscale comporta, salvo eccezioni<sup>1026</sup>, l'imputazione dei redditi prodotti dalla società solo in capo alla società<sup>1027</sup>. Possiamo chiamare questo, "metodo delle corporation" e non considerarlo ai fini dell'analisi. Altrettanto vale per il regime di "trasparenza fiscale limitata al solo pagamento dell'imposta"<sup>1028</sup>.

In base alla *aggregate entity theory*, come abbiamo visto, il regime di trasparenza pura considera la partnership inesistente e i soci come unici soggetti passivi di imposta rispetto al reddito prodotto nell'ambito della società. È plausibile pertanto che in tal caso ciascun elemento contabilmente rilevante, sia di natura finanziaria che economica, sia considerato prodotto, percepito o maturato direttamente dai soci. Possiamo

---

<sup>1024</sup> Le modalità in cui il sistema fiscale riconosce l'avvenuta distribuzione possono essere differenti: delibera dell'assemblea dei soci, determinazione dell'amministratore, appostazione in bilancio, semplice pagamento ecc. Tali modalità rilevano per il diritto fiscale degli Stati perché possono essere individuati come modalità di imputazione reddituale. L'imputazione reddituale segna in genere il momento impositivo che poi va collegato, a seconda dei casi, con il principio di cassa o di competenza.

<sup>1025</sup> Easson E.A., Thuronyi V., *Fiscal Transparency*, cit., p.16 ss.

<sup>1026</sup> Per esempio, regole antielusive o di contrasto all'interposizione soggettiva.

<sup>1027</sup> Esso pertanto realizza un regime di non trasparenza fiscale ove una eventuale seconda imputazione riguarda una vicenda reddituale completamente diversa: quella dei dividendi attribuiti al socio all'atto della distribuzione degli utili delle società. Ciò solleva quindi l'ulteriore problema di identificare nel dettaglio la modalità di imputazione ai soci degli utili distribuita dalla partnership. Da un punto di vista tecnico tuttavia lo schema non si discosta di molto dall'imputazione reddituale che si realizza per le società incorporate. Il metodo di imputazione reddituale delle corporation è impiegato per esempio in Norvegia e Finlandia. Le Gall J.P., *International Income Tax Problems of Partnerships...* cit, p.662-663.

<sup>1028</sup> Anche nel regime di "trasparenza fiscale limitata al solo pagamento dell'imposta" l'imputazione reddituale si realizza in capo alla società mentre il socio si qualifica unicamente come obbligato al pagamento, cioè persona gravata finanziariamente dall'obbligazione tributaria che colpisce la società. Questo metodo, come detto, è adottato in Francia.

chiamare questo, “metodo di imputazione diretta”. Esso è tradizionalmente più diffuso nelle giurisdizioni di common law dove, salvo eccezioni<sup>1029</sup>, la partnership è nel diritto civile una mera aggregazione di persone su base contrattuale priva di soggettività e personalità<sup>1030</sup>, in cui il fine comune rende ciascun socio un imprenditore *pro quota* del business societario e comproprietario “in partnership” del patrimonio sociale<sup>1031</sup>. Per effetto dello schema *pass-through*, ciascun socio è qualificato fiscalmente come co-imprenditore e sarà tassato individualmente e proporzionalmente sul risultato reddituale complessivo derivante dalla somma dei singoli elementi contabili (economici e finanziari) confluiti attraverso la partnership che è inesistente fiscalmente.

Nel regime di trasparenza fiscale intermedia si realizza invece una vicenda di imputazione più complessa che può dirsi idealmente disarticolata in due fasi. In base alla *separate entity theory*, se la partnership è munita di sufficiente soggettività per ritenersi imprenditore dotato di un proprio patrimonio che consegue utili in nome proprio, l'imputazione reddituale di primo grado si realizza in capo ad essa. L'imputazione reddituale di secondo livello si realizza invece pro quota in capo ai soci solo in un secondo momento. Questo ideale doppio livello di imputazione non ha nulla a che fare con quello che si realizza nelle società incorporate<sup>1032</sup>. In questo caso, il doppio livello di imputazione è funzionalizzato ad un doppio risultato. L'imputazione di primo livello ha la funzione di qualificare e quantificare fiscalmente il reddito complessivo della società come reddito derivante dalla sua attività propria che consiste nell'esercizio dell'impresa, anche se essa avviene con il congiunto contributo materiale dei soci. L'imputazione di secondo livello ha invece la funzione di attribuire ai soci la loro proporzionale quota del reddito complessivo netto della partnership (in genere sotto forma di reddito di impresa), di consentire loro il cumulo con gli altri redditi e l'applicazione dello specifico regime personale previsto dall'ordinamento fiscale<sup>1033</sup>. Possiamo chiamare questo, “metodo di imputazione separata”<sup>1034</sup>. Esso appare più diffuso nelle giurisdizioni di civil law dove si rende compatibile con una visione

---

<sup>1029</sup> Per esempio, le Delaware RUPA partnership o le Scots partnership.

<sup>1030</sup> Ricordando che nel common law tradizionale i due attributi giuridici, quello della soggettività e quello della personalità, sono strettamente congiunti nella visione della teoria dell'agenzia.

<sup>1031</sup> Per il concetto di *partnership property v. supra*, § 1.4.4.

<sup>1032</sup> All'interno di queste infatti si assiste alla imputazione di due redditi giuridicamente e fiscalmente distinti: quello di impresa imputabile alla società e quello da dividendo imputabile all'azionista a seguito della distribuzione degli utili societari.

<sup>1033</sup> Easson E.A., Thuronyi V., Fiscal Transparency, cit., p. 10.

<sup>1034</sup> L'attributo “separata” sta ad indicare che la parziale soggettività della partnership consistente nell'esercitare l'impresa a proprio nome ha la funzione di pre-qualificare il reddito imputato al socio, in genere come reddito d'impresa.

codicistica in cui la partnership è una entità con un certo grado di soggettività separata dai suoi soci o anche una persona giuridica distinta<sup>1035</sup>.

Con il “metodo di imputazione aggregata”, ciascun componente di reddito è fiscalmente qualificato e quantificato a livello della partnership e poi imputato al socio mantenendo la originaria natura reddituale acquisita con l’imputazione in capo alla partnership (dividendi, locazioni abitative, interessi finanziari ecc.)<sup>1036</sup>. In questo caso il doppio livello di imputazione ha l’esclusiva funzione di qualificare e determinare (al netto dei costi correlati) ogni singolo reddito tassabile in capo alla partnership e poi ripartirlo pro quota ai soci.

Il “metodo di imputazione selettiva” consente l’imputazione solo di alcuni redditi definiti dalla legge (per esempio dividendi da veicoli di investimento collettivo, interessi finanziari da fondi di investimento o assicurativi, ecc.).

L’applicazione dei metodi di imputazione può interessare categorie reddituale aggregate intese come risultato economico di periodo (utili e perdite) oppure singole categorie reddituali. La scelta del metodo di imputazione concretamente impiegato per tali grandezze coinvolge una serie di altre opzioni tecniche che possono avere un impatto rilevante sui risultati complessivi della tassazione delle partnership.

L’imputazione degli utili ai soci è indipendentemente dalla distribuzione effettiva ma può seguire regole diverse avvenendo in proporzione ai conferimenti o sulla base delle clausole previste nel contratto societario o nell’accordo di partnership.

L’accordo potrebbe prevedere l’applicazione di diversi criteri di ripartizione degli utili fra i soci sia in base alla natura del contributo personale che il socio apporta alla società (expertise, know how, capitale finanziario, valore dei conferimenti ecc.) sia in base alla natura degli utili prodotti dalla partnership (dividendi, plusvalenze finanziarie o immobiliari, royalties, ecc.), prevedendo ad esempio l’imputazione di diversi tipi di reddito a soci diversi.

Analogamente accade per l’imputazione delle perdite. L’entity approach favorisce l’attribuzione delle perdite alla società comportandone la deducibilità solo dai futuri profitti di questa<sup>1037</sup>. Il pass through approach suggerisce una loro proporzionale imputazione ai soci in modo simmetrico ai profitti. In quest’ultimo caso,

---

<sup>1035</sup> Questo metodo è impiegato ad es. in Italia (art. 5 TUIR) e Germania.

<sup>1036</sup> Questo metodo è usato per esempio in USA (art. 702 IRC) dove forma un complesso sistema di diverse regole applicabili a diversi tipi di redditi e costi. In forma più semplificata invece è adottato anche in Canada; cfr. Ault H.J., Arnold B.J., *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*, cit. p. 418 ss.

<sup>1037</sup> "Le Gall J.P., *General Report*, cit., p.679.



in genere la deducibilità delle perdite, più o meno ampia nel tempo, è limitata al costo fiscale della partecipazione.

Ulteriore elemento rilevante è la concomitanza del periodo d'imposta fra soci e società: dove essi non combaciano si può realizzare un notevole differimento nell'imposizione.

Relativamente alle regole di imputazione assumono particolare rilevanza le norme antielusive relative alla valorizzazione dei pagamenti *at arm's length* e alla genuinità del contratto di partnership, soprattutto in caso di attività svolte nel settore non-profit<sup>1038</sup>.

### **2.7.6.3 *Income qualification rules*: qualificazione dei redditi prodotti o connessi alle partnership internazionali**

Come diretta conseguenza dei metodi di imputazione reddituale, i redditi prodotti, percepiti o maturati dalla partnership possono essere qualificati in diverse modalità.

Nell'imputazione diretta o pura, il reddito non è qualificato a livello della partnership perché essa è fiscalmente inesistente. Ogni elemento contabile confluisce direttamente ai soci pertanto la qualificazione reddituale di tutti gli elementi contabili non avviene a livello della società ma in capo ai soci. Naturalmente ogni reddito, una volta qualificato in base alla legge fiscale, viene attratto al regime fiscale naturale previsto per ciascun socio (per esempio capital gain per individuals o per *entrepreneurs*, oppure ETB persons ecc.).

Con l'imputazione aggregata il reddito è qualificato a livello della partnership e confluisce in un secondo momento al socio mantenendo tale natura<sup>1039</sup>.

Con l'imputazione separata, il reddito è in genere qualificato in capo alla società come reddito d'impresa, natura tipica del reddito delle società personali che svolgono un'attività economica. In un secondo momento esso confluisce al socio mantenendo la natura di reddito d'impresa.

Con l'imputazione selettiva, solo alcuni tipi di redditi confluiscono al socio in base alla qualificazione che ricevono in capo alla società.

---

<sup>1038</sup> In questo campo la legislazione USA può dirsi all'avanguardia vista l'ampia prassi volta ad evitare comportamenti abusivi della forma giuridica della partnership (Treasury regulation §1.701 e §1.704).

<sup>1039</sup> Questo è per esempio il metodo impiegato in Italia per le società semplici.

Particolare rilievo assumono le regole di qualificazione da applicare a talune fattispecie impositive, in particolare: la qualificazione dei capital gains da cessione delle quote e la qualificazione delle transazioni fra società e soci

#### 2.7.6.3.1 *Capital gains della partnership*

Il trattamento dei capital gain segue un regime fiscale differenziato nella gran parte dei sistemi di fiscalità diretta. In base al loro trattamento possono verificarsi diversi metodi di imputazione. Negli Stati che seguono *la separate entity theory*, in genere, i capital gain sono qualificati e aggregati a livello della società. Il valore netto di tale aggregazione è poi imputato ai soci. L'aggregazione può anche seguire regole specifiche che differenziano i capital gain per origine del reddito: capital gain da cessione di partecipazioni in società, da cessione di titoli finanziari o da cessioni immobiliari ecc. Negli Stati che seguono *la aggregate entity theory* invece l'imputazione dei capital gain segue in genere il metodo diretto<sup>1040</sup>.

#### 2.7.6.3.2 *Transazioni fra società e soci (guaranteed payments)*

Un dato rispetto al quale il partnership approach risulta particolarmente sensibile è la qualificazione civilistica delle operazioni economiche e delle transazioni che la società intrattiene con i soci.

È il caso ad esempio degli stipendi, degli interessi finanziari o dei canoni (per concessione di beni materiali o immateriali) pagati ai soci. Si tratta dei cd *guaratee payments* dovuti sulla base di separati accordi contrattuali.

A seconda della conformazione civilistica della partnership secondo la *separate entity* o la *aggregate entity theory*, ciascun socio può divenire, creditore o debitore contrattuale della società.

In genere, negli Stati che seguono la *separate entity theory* tali pagamenti sono deducibili in modo ordinario<sup>1041</sup> mentre negli Stati che seguono la *aggregate theory* i pagamenti sono imputati ai soci in base al metodo previsto dal regime di trasparenza<sup>1042</sup>. In genere essi sono riqualificati in un acconto di utili<sup>1043</sup>, o nella loro complessità o solo per la parte eccedente il valore normale di tali pagamenti.

Sono tuttavia rari gli Stati che adottano un unico metodo di qualificazione: nella gran parte degli Stati solo alcuni pagamenti sono deducibili mentre altri configurano

---

<sup>1040</sup> Metodo adottato in Regno Unito, v. CGTA art. 60.

<sup>1041</sup> Questo è il metodo impiegato da USA (IRC art. 702 e 707) e dall'Italia.

<sup>1042</sup> Pur essendo uno Stato che segue la *separate entity theory*, la Germania considera tutti i pagamenti ai soci deducibili applicando una particolare tecnica fiscale (ESTG art. 15).

<sup>1043</sup> Easson E.A., Thuronyi V., Fiscal Transparency, cit., p. 13.

costi indeducibili e sono riqualificati come utile societario. Per tale ragione è più opportuno esaminare il metodo applicato da ciascun Paese ai singoli pagamenti<sup>1044</sup>.

Questo è uno degli aspetti in cui si rileva la maggiore difformità fra i sistemi fiscali. Tali difformità hanno parziale origine nella teoria impiegata per classificare, prima civilisticamente e poi fiscalmente, le partnership domestiche e si riflettono nella diversa qualificazione fiscale che assumono i singoli pagamenti dovuti a transazioni fra soci e partnership.

#### 2.7.6.3.3 Modifiche dei diritti di partecipazione nella partnership

In base alla *aggregate entity theory*, essendo la partnership un'aggregazione di persone e il suo patrimonio un insieme di beni in comproprietà fra tutti i soci, la cessione della quota di partecipazioni da parte di un socio genera la cessione della frazione dei diritti su tutti i beni in comproprietà.

La complessità di questo approccio lo rende applicabile raramente nella fiscalità diretta. A questo è preferibile l'approccio che considera l'intera quota di partecipazione un bene autonomo suscettibile di generare plusvalenze o minusvalenze<sup>1045</sup>. La modalità di cessione della quota comporta l'applicazione di ulteriori regole tecniche per la determinazione del suo valore fiscale<sup>1046</sup> e la quantificazione dei proventi della cessione.

Analoghi problemi sorgono seguendo la *aggregate o la entity theory* nel caso di entrata ed uscita dei soci dalla società e di liquidazione della partnership<sup>1047</sup>.

#### 2.7.6.3.4 Qualificazione dei redditi di fonte estera

Ove il socio della partnership domestica sia non residente, ciascuno Stato applicherà i metodi di imputazione reddituale appositamente previsti dalla legge fiscale

---

<sup>1044</sup> In Francia per esempio gli stipendi sono fiscalmente indeducibili e riqualificati in utili, mentre tutti gli altri pagamenti sono deducibili. Nonostante il Regno Unito consideri la partnership un'aggregazione di persone, tutti i pagamenti contrattuali ai soci sono deducibili ma vige uno speciale regime per i capital gain. Cfr. Ault H.J., Arnold B.J., *Comparative Income Taxation...* cit., p. 424; Easson E.A., Thuronyi V., *Fiscal Transparency*, cit., p. 12-13.

<sup>1045</sup> Il Regno Unito segue in questo caso l'aggregate theory mentre taluni Stati come gli USA applicano un metodo misto, prevedendo regole qualificatorie speciali solo per taluni asset della società. V. Ault H.J., Arnold B.J., *Comparative Income Taxation...* cit., p. 425-426; Easson E.A., Thuronyi V., *Fiscal Transparency*, cit., p. 19-21.

<sup>1046</sup> In Germania il riallineamento del valore fiscale della partecipazione è effettuato obbligatoriamente ogni anno in base ad un bilancio complementare a quello della società. In Francia invece il riallineamento è effettuato all'atto della cessione. V. Ault H.J., Arnold B.J., *Comparative Income Taxation...* cit., p. 427; Easson E.A., Thuronyi V., *Fiscal Transparency*, cit., p. 20 e 22.

<sup>1047</sup> Easson E.A., Thuronyi V., *Fiscal Transparency*, cit., p. 12; Ault H.J., Arnold B.J., *Comparative Income Taxation...* cit., p. 427-428.

in caso di soggetti non residenti e tasserà gli utili attribuiti ai soci esteri di una partnership domestica secondo le proprie regole di territorialità.

In linea generale, nei sistemi di fiscalità diretta che adottano il *Worldwide taxation income principle* i redditi di fonte estera entrano nella base imponibile delle persone tassate come fiscalmente residenti.

La prevalenza della *separate o aggregate entity theory* nell'impostazione civilistica o fiscale di uno stato è pertanto in grado di incidere notevolmente sia sull'imputazione che sulla qualificazione dei redditi di fonte estera.

Negli ordinamenti fiscali che seguono la *separate entity theory* e che adottano un regime di trasparenza intermedia con metodo di imputazione separata<sup>1048</sup>, i redditi di fonte estera sono fiscalmente qualificati come tali solo in capo alla partnership. Nel secondo livello di imputazione che si realizza sui soci, il reddito è riconvertito come reddito di impresa di fonte domestica<sup>1049</sup>. Una immediata conseguenza di questo è che, in assenza di regole puntuali, il socio potrebbe perdere il diritto al beneficio (credito o esenzione) contro la doppia imposizione sui redditi esteri. Per tale ragione, in alcuni Stati, i redditi di fonte estera mantengono la loro natura di redditi esteri anche quando imputati ai soci. Questa scelta porta due ulteriori complicazioni: l'eventuale credito d'imposta deve confluire dalla partnership al socio insieme ai redditi di fonte estera e l'eventuale esenzione deve tenere conto, se è assistita da progressione, della complessiva situazione reddituale del socio. Inoltre, quando uno dei soci è non residente il reddito di fonte estera resta esente, mentre se è riconvertito in reddito d'impresa viene tassato nello Stato della partnership.

#### 2.7.6.3.5 Gli obblighi fiscali della partnership (domestica ed estera) e dei soci (residenti ed esteri)

In linea generale i sistemi fiscali che seguono la *separate entity theory* prevedono l'obbligo di dichiarazione fiscale periodica della partnership. In numerosi casi, il regime di trasparenza intermedia con metodo di imputazione separata o aggregata comporta l'obbligo dichiarativo anche in capo ai soci.

---

<sup>1048</sup> Il metodo di imputazione aggregata va escluso perché non comporta in capo al socio una riqualificazione del reddito della partnership.

<sup>1049</sup> Easson E.A., Thuronyi V., *Fiscal Transparency*, cit., p. 18-19.

Al contrario, i sistemi che seguono la *aggregate entity theory* prevedono tale obbligo solo in capo ai soci, sebbene in molti Stati le partnership sono comunque obbligate a depositare presso le autorità fiscali dei prospetti di tipo finanziario<sup>1050</sup>.

In ogni caso le partnership sono tenute ad effettuare le ritenute d'imposta sui redditi corrisposti a soggetti non residenti.

## 2.7.7 Foreign partnership approach (FPA)

### 2.7.7.1 Metodi di classificazione delle partnerships estere e il *foreign partnership test*

Nella legislazione fiscale domestica degli Stati si rinvengono quattro diversi metodi di classificazione delle partnerships estere in applicazione del diritto interno: *all corporate approach*, *personal entity approach*, *optional approach*, *analogy approach*<sup>1051</sup>.

Il *corporate approach* consiste nell'applicare alle società estere lo stesso trattamento fiscale adottato per società incorporate residenti. È quindi un regime di opacità fiscale applicabile alle entità organizzate secondo il diritto di un altro Stato. A questo riguardo, diventano naturalmente rilevanti i requisiti giuridici affinché ciascuno Stato consideri una qualunque entità come estera ai fini del proprio diritto interno<sup>1052</sup>. È inoltre possibile che tale approccio sia applicato indiscriminatamente a tutte le società estere<sup>1053</sup> (*all corporate*) o selettivamente solo ad alcune (*selective corporate*), sulla base di un determinato criterio stabilito dalla legge fiscale domestica<sup>1054</sup>.

Il *personal entity approach* classifica le società estere in base alla loro personalità giuridica<sup>1055</sup>. Presenta l'evidente limite di riferirsi al concetto di personalità

---

<sup>1050</sup> Ciò avviene nel Regno Unito e in USA.

<sup>1051</sup> Cfr. Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships...*, cit., p.305.

<sup>1052</sup> Per comprendere quando, in ciascuno Stato, una entità o una società può dirsi estera, è fondamentale il rinvio ai criteri di collegamento previsti dal diritto internazionale privato di quello Stato.

<sup>1053</sup> Metodo impiegato in Italia, v. TUIR art. 73 c.1 lett.d).

<sup>1054</sup> Metodo impiegato in Svizzera, solo a quelle partnership estere che hanno proprietà immobiliari in Svizzera o per le quali è riconosciuta l'esistenza di una stabile organizzazione in Svizzera. In tal caso l'*all corporate approach* è applicato con adeguamento della partnership estera alla persona giuridica più prossima. V. StHG art. 20 (2): «*Le persone giuridiche, le società commerciali estere e altre comunità estere di persone senza personalità giuridica sono assimilate alle persone giuridiche svizzere con le quali esse, per la loro natura giuridica o la loro forma effettiva, hanno maggior affinità*». V. DBG art. 49: «*3 Le persone giuridiche straniere, nonché le società commerciali e le altre comunità di persone straniere senza personalità giuridica imponibili giusta l'articolo 11, sono assimilate alle persone giuridiche svizzere con le quali esse, per la loro natura giuridica o la loro forma effettiva, hanno maggior affinità*». In tutti gli altri casi, invece, segue la classificazione della legislazione estera ma sempre in base alle categorie giuridiche valide in Svizzera.

<sup>1055</sup> Metodo impiegato in Belgio e Canada.

giuridica valido nello Stato classificatore e non nello Stato di organizzazione della partnership.

L'*optional approach* è in realtà un approccio che offre alla società estera (con determinati requisiti) la facoltà di optare per un metodo di imputazione reddituale (trasparenza/opacità) cui consegue l'applicazione del regime fiscale previsto dalla legge interna per la tassazione della entità scelta<sup>1056</sup>.

L'*analogy approach* propone una classificazione delle società estere in base al maggior grado di analogie che essi presentano con i tipi societari domestici. Esso ha il vantaggio di rendere equa la tassazione di figure giuridiche estere corrispondenti a quelle domestiche pur avendo un elevato livello di complessità nello stabilire il grado di prossimità giuridica di un ente estero rispetto alle partnerships domestiche.

L'*analogy approach* e *personal entity approach* sebbene prendano in considerazione i caratteri giuridici dell'entità estera, presentano un limite oggettivo ed evidente nella unilateralità della loro valutazione: ciascuno di essi infatti è applicato sulla base delle categorie giuridiche adottate dallo Stato classificatore, senza riguardo a quelle valide nello Stato di organizzazione<sup>1057</sup>.

Il risultato dell'operazione di classificazione delle partnership estere comporta l'attrazione della partnership ad uno dei regimi previsti per le società domestiche, opache o trasparenti.

Questo, a sua volta, determina una serie di rilevanti conseguenze di ordine fiscale sulle regole domestiche di imputazione reddituale, qualificazione e quantificazione reddituale e sul momento impositivo.

Naturalmente tali conseguenze si ripercuotono a cascata sulla modalità in cui il medesimo Stato dovrà o potrà applicare un eventuale Trattato fiscale contro le doppie

---

<sup>1056</sup> Metodo impiegato in USA con la *check the box regulation*.

<sup>1057</sup> Questo limite è stato poco valorizzato dalla letteratura ma emerge con forza nel lavoro collettaneo di Avery Jones il quale in molteplici occasioni non manca di sottolineare che anche il riferimento a classificazioni adottate dalla legislazione estera presenta il vulnus di essere unilateralmente inteso in base alle categorie giuridiche valide esclusivamente nello Stato classificatore: «*This approach has its limitations in light of the difficulty of understanding the background and terminology of the other systems of law described in 2. Ideally, a country asking a question needs to know the answer to the question as understood in its system of law, not the other country's system. But some questions can be answered only from the point of view of the other system, which may understand the concepts in the question differently*»; cfr. Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships*, cit., p.303.

«*Legal person – like partnership – is a concept that each country understands within its own legal system, and one tends to assume, wrongly, that it means much the same everywhere. As “legal person” refers to the legal attributes of a person, in some countries, bodies may have varying degrees of legal personality – for example, a body may validly enter into an employment contract with an employee, but may not hold real property. In some countries, bodies which other countries would say had all the attributes of a legal person do not qualify, in the country in which they are created, as a legal person because in the country concerned a legal person has different requirements or attributes*»; cfr. Avery Jones J.F. et al., *Characterization of Other States' Partnerships*, cit., p. 307.

imposizioni ai redditi prodotti sul suo territorio da partnership estere (con o senza stabile organizzazione) e agli utili percepiti dai soci residenti di partnership estere.

#### **2.7.7.2 Metodi di imputazione reddituale.**

Va preliminarmente detto che i metodi di imputazione dei redditi prodotti in uno Stato da partnership estere sono sempre condizionati dalle regole impositive della fonte applicate da quello Stato. In quanto queste dipendono dai criteri di collegamento adottati per i soggetti non residenti, tali metodi di imputazione sono espressione del principio di territorialità.

I metodi di imputazione applicabili variano a seconda che dall'operazione di classificazione della partnership estera emerga una entità cui è applicabile il metodo di imputazione per trasparenza (separata o aggregata o selettiva) o il metodo di imputazione societaria.

Nel caso sia applicabile il metodo di imputazione societaria, l'entità ricade nel regime di tassazione delle società e le verranno applicate le regole domestiche della territorialità previste per le corporation estere che operano sul territorio nazionale (*corporate method*).

Nel caso sia applicabile invece il metodo di imputazione per trasparenza occorre distinguere a seconda che il sistema fiscale si ispiri alla *separate entity theory* o alla *aggregate theory*.

In base alla prima, possono darsi due casi per i quali occorre verificare se lo Stato della fonte rilevi la partnership estera come un'impresa che opera sul proprio territorio mediante stabile organizzazione o meno. In alcuni Stati, la sola presenza del socio di una partnership sul suolo nazionale è in grado di configurare una stabile organizzazione personale dell'impresa estera (*PE method*). In caso contrario, troveranno applicazione le regole di territorialità fiscale previste per le imprese che producono redditi di fonte nazionale senza una stabile organizzazione (*single source method*); quindi il metodo di imputazione segue le regole domestiche della fonte.

Vale la pena notare che mentre con la trasparenza separata lo Stato fonte riconosce la partnership estera come imprenditore e ne tassa il reddito di impresa con o senza stabile organizzazione (in base alle regole domestiche), con la trasparenza aggregata lo Stato fonte imputa i singoli redditi della società (e non il reddito d'impresa) ai singoli soci esteri. L'analisi presenta inoltre delle complicazioni ulteriori

quando uno o più soci della partnership estera risiedono nello stesso Stato della fonte<sup>1058</sup>.

In base alla teoria aggregata invece lo Stato della fonte riconosce tanti imprenditori quanti sono i soci della partnership estera e imputerà a questi la rispettiva quota di reddito di impresa. La corrispondente tassazione seguirà le regole domestiche di territorialità fiscale e potrà variare a seconda che per ciascun socio si configuri o meno una stabile organizzazione nello Stato della fonte. In alcuni Stati la localizzazione di un asset societario conferito da un socio nello Stato della fonte potrebbe configurare una sua stabile organizzazione.

---

<sup>1058</sup> Tale Stato infatti si trova a ricoprire il doppio ruolo di Stato della fonte del reddito della partnership estera e Stato di residenza del socio della partnership estera. A seconda del foreign partnership approach adottato, lo Stato potrebbe non riconoscere la fattispecie come internazionale e quindi applicare il diritto domestico.





### 3 LE PARTNERSHIPS NEI TRATTATI FISCALI

L'analisi svolta nei precedenti capitoli ha mostrato come la figura giuridica della partnership, sebbene presente con funzionalità pressoché uniforme tanto nel *common law* quanto nel *civil law*, sia dotata di una conformazione giuridica nel diritto degli Stati tanto dissimile da non consentire l'identificazione di un modello giuridico comune e come, in definitiva, tale diversità di approcci civilistici abbia il suo punto di ricaduta, nella fiscalità diretta degli Stati, sulla tassazione dei redditi delle partnership e in particolare sulla loro soggettività passiva rispetto all'imposizione.

L'autonomia di ciascuno Stato nel definire i criteri di classificazione e collegamento delle entità ai fini dell'imposizione domestica è valida a configurare la tassazione delle partnership come il “regno delle divergenze” fra legislazioni fiscali domestiche.

Da una parte, nella legislazione di ciascuno Stato è identificabile un set (più o meno ampio) di regole deputate a definire il regime fiscale delle partnership, il “*partnership approach*”. Di questo abbiamo sostenuto la valenza di “sotto-sistema” di un ordinamento fiscale a ragione della specialità delle sue regole (di classificazione, imputazione e qualificazione reddituale) che si combinano intorno ad una struttura logica costante, i cui risultati variano in funzione delle teorie di base applicate alla nozione giuridica di partnership.

Dall'altra, proprio tale variabile configurazione del partnership approach degli Stati si traduce molto spesso nella divergente qualificazione giuridica di una medesima fattispecie reddituale collegata alle partnership internazionali: questa provoca risultati fiscali fra loro asimmetrici<sup>1059</sup> e potenzialmente all'origine di situazioni di doppia imposizione o doppia non imposizione.

La dottrina tradizionalmente guarda a tali divergenze come a situazione di “conflitto” - meglio declinabili come conflitti di classificazione, caratterizzazione o qualificazione fra Stati - per indicare situazioni rispetto alle quali l'applicazione delle regole fiscali domestiche di Stati diversi ad una medesima fattispecie (o meglio ad un medesimo fatto) redditualmente rilevante restituisca una lettura fiscale asimmetrica e divergente fra gli Stati coinvolti.

Le divergenze fra partnership approach domestici frequentemente provocano una doppia imposizione internazionale sia giuridica che economica giacché possono

---

<sup>1059</sup> V. supra, nota 39 e 40.

dar luogo sia a conflitti di attribuzione (o imputazione) sia conflitti di qualificazione del reddito. Questi due tipi di conflitti non condividono una comune struttura logica e vanno affrontati su basi sistematiche diversificate, appartenendo l'uno alla vicenda giuridica dell'imputazione reddituale e l'altro alla vicenda dell'interpretazione delle disposizioni del Trattato.

Rispetto a tali circostanze, un Trattato bilaterale contro le doppie imposizioni non sempre garantisce soluzioni efficaci e soddisfacenti. E ciò per varie ragioni.

La principale è che i Trattati fiscali, pur contenendo talune definizioni, non contengono regole per l'imputazione reddituale ai fini dell'imposizione.

L'introduzione di clausole specifiche per la ripartizione dei diritti impositivi sulle partnership è un dato abbastanza recente nella storia dello standard OCSE.

Il loro inserimento nei Trattati bilaterali segue pertanto una pratica non uniforme degli Stati, rispondente per lo più alla *tax treaty policy* di ciascuno di essi<sup>1060</sup>. In assenza di clausole specifiche, gli Stati possono contare solo sulla prassi interpretativa dell'OCSE che documenta le modalità pratiche in cui le regole standard dovrebbero trovare applicazione alle partnership.

Il Trattato inoltre è uno strumento mirato prevalentemente a risolvere la doppia imposizione internazionale giuridica e solo residualmente la doppia imposizione internazionale economica<sup>1061</sup>, in particolare quella derivante dai conflitti di classificazione delle partnership.

A prescindere dalla negoziazione di clausole espressamente dedicate alle partnership all'interno del Trattato, va rilevato infine che la soluzione dei conflitti è rimessa all'applicazione che gli Stati danno alle disposizioni del Trattato e

---

<sup>1060</sup> Cfr. Thuronyi V., *Comparative tax law*, Kluwer law international, 2016, il quale conclude una breve analisi della funzione di policy demandata all'elaborazione di modelli convenzionali (ONU, USA e OCSE) con il quesito: «*What do the country's treaties show about its treaty policy?*». Sulla definizione concettuale di *tax treaty policy* è significativo l'approccio di Rosenbloom H. D., Langbein S., *United States Tax Treaty Policy: An Overview*, in CJELO, n.19/1981, p.359, il quale riflettendo sulla funzione del mod. USA e sul rapporto di alternatività o complementarietà con il mod. OCSE afferma: «*The existing models do not, however, speak to the question of what tax treaty policy might be. Because they reflect more than half a century of experience among nations, the models tend to assume answers to some fundamental questions. These fundamental questions are: What is the purpose of tax treaties? Are bilateral treaties the optimum means of carrying out those purposes? Is the basic approach employed by existing models the best form of bilateral agreement?*». Per una panoramica delle questioni connesse alla *tax treaty policy* degli stati membri UE con particolare riguardo alle regole di tassazione dei non residenti v. Lang M., *Tax Treaty Policy*, Andersson K., Eberhartinger E., Oxelheim L. (eds), *National Tax Policy in Europe*, Heidelberg, 2007, p. 191 ss. mentre per un'analoga panoramica relativa ai Paesi in via di sviluppo v. Pickering A., *Tax Treaty Policy Framework and Country Model*, Papers on Selected Topics in Negotiation of Tax Treaties for Developing Countries, Paper No. 2-N, United Nations, May 2013. Per un inquadramento dei profili generali di *International Tax Policy* v. Holmes K., *International Tax Policy and Double Tax Treaties*, IBFD, 2014, in part. p. 1-18.

<sup>1061</sup> Uno di questi per esempio è la doppia imposizione economica derivante dalle rettifiche di *transfer pricing* previste dall'art.9 del Mod. OCSE.

all'interpretazione che ne offrono i giudici domestici sia in base alle regole ermeneutiche generali dei Trattati internazionali sia in base alle clausole interpretative contenute nel Trattato stesso, le quali a loro volta poggiano sull'impiego di regole domestiche. In questo senso i conflitti di qualificazione e di classificazione si traducono spesso in asimmetrie di natura interpretativa alimentati da divergenti *tax treaty practice* e *tax treaty jurisdiction* degli Stati.

Un'ultima ragione inoltre risiede nel fatto che, se esiste un Trattato fra due Stati e questo include apposite clausole che contribuiscono a definire l'allocazione dei diritti impositivi sui redditi delle partnership, non sempre tali regole sono utili a risolvere la doppia imposizione internazionale e nel contempo il suo problema inverso: quello cioè della doppia non imposizione internazionale il quale può essere tanto non intenzionale quanto, al contrario, il frutto di una intenzionale ricerca dell'ibridazione del veicolo giuridico finalizzato ad una tassazione ridotta o nulla<sup>1062</sup>.

Rispetto al problema della doppia non imposizione, recentemente il progetto BEPS dell'OCSE ha elaborato una serie di raccomandazioni rivolte agli Stati per l'adozione di contro-misure mirate a neutralizzare gli effetti fiscali indesiderati delle hybrid entities cioè delle entità fiscalmente trasparenti<sup>1063</sup>.

Parte delle indicazioni interpretative contenute nel partnership report del 1999 insieme a talune delle raccomandazioni del progetto BEPS hanno introdotto delle modifiche al modello di Convenzione OCSE 2017 e sono confluite nel relativo Commentario.

Questo capitolo esamina la tassazione delle partnership internazionali all'interno dei Trattati. La prima parte accoglie la discussione di alcune preliminari questioni metodologiche, fra queste: un inquadramento dei conflitti di classificazione e qualificazione e le regole ermeneutiche del diritto internazionale fiscale idonee a superare tali conflitti. L'esame del Partnership Report 1999 è finalizzato ad estrarne i principi-guida confluiti nei successivi Mod. OCSE, mentre l'esame del Mod. OCSE 2017 si concentra sui requisiti richiesti per l'applicabilità dei Trattati alle partnerships. La ricognizione sui Trattati con gli Stati scelti per la comparazione infine mira ad esaminare in concreto come i principi e i requisiti discussi trovano concreta applicazione nei Trattati.

---

<sup>1062</sup> Lüdicke J., "Tax Arbitrage" with Hybrid Entities: Challenges and Responses, in BIT, n.6-7/2014, p. 309 ss.

<sup>1063</sup> Cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Action 2: 2014 Deliverable, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2014. Sulla differenza fra i concetti di entità trasparente e hybrid entity, v. supra, §1.1.1.2.

### **3.1 APPLICAZIONE DEI TRATTATI FISCALI ALLE PARTNERSHIP COME PROBLEMA DI TREATY ENTITLEMENT**

Si è visto in precedenza come il partnership approach di uno Stato condizioni le regole di classificazione fiscale degli enti e quanto queste a loro volta condizionino la tassazione delle partnership internazionali. Ciò avviene in particolare attraverso la stretta relazione che intercorre fra le regole “a monte” di caratterizzazione fiscale soggettiva e la disciplina fiscale “a valle” dell’imputazione reddituale, della qualificazione reddituale e del momento impositivo

È evidente quindi come l’interazione fra i *partnership approaches* degli Stati possa essere all’origine di numerosi conflitti impositivi di matrice interpretativa e generare asimmetrie di diverse tipo.

In generale l’assenza di un Trattato fiscale fra due Paesi lascia inalterata la situazione rimettendo agli Stati, in via unilaterale, l’ipotesi di rimedi specifici con la doppia imposizione internazionale derivante dalla differente caratterizzazione degli enti domestici ed esteri operata dai due diversi ordinamenti giuridici.

La presenza di un Trattato fiscale fra i due Stati tuttavia non offre sempre una soluzione certa a tali problemi per diversi ordini di ragioni. La prima, di ordine funzionale, è che i Trattati ripartiscono il potere impositivo fra Stati ma non contengono regole di imputazione reddituale. Le divergenze classificatorie quindi potrebbero comportare una asimmetrica applicazione del Trattato a partnership che operano in due (o anche tre) Stati poiché ciascuno Stato applica le norme convenzionali all’entità o ai soci dell’entità in funzione delle sue regole classificatorie. La seconda, è di ordine per così dire strutturale, è che la bilateralità dei Trattati non consente di risolvere le frequenti ipotesi in cui le operazioni delle partnership coinvolgono tre Stati. La terza, di ordine interpretativo, è che se il Trattato non prevede clausole apposite, la *tax Treaty practice* degli Stati - definita da prassi amministrative domestiche e da orientamenti delle Corti nell’applicare le disposizioni convenzionali alle partnership - può ugualmente produrre risultati asimmetrici.

Va inoltre aggiunto che l’ipotesi di una soluzione offerta dai Trattati diventa ancora più remota per la combinazione di queste due ragioni<sup>1064</sup>.

---

<sup>1064</sup> Se infatti vi è qualche possibilità che l’applicazione di un Trattato fra due Stati renda possibile l’eliminazione della doppia (non) imposizione fra due Stati, l’ipotesi diventa ancora più remota combinando l’applicazione di due Trattati.

### 3.1.1 Inquadramento del problema

La complessità connessa all'applicazione dei Trattati fiscali e alle entità fiscalmente ibride o trasparenti è dovuta prevalentemente a due ordini di problemi<sup>1065</sup>.

Il primo è la diretta conseguenza del fatto che – almeno nei Trattati ispirati al modello OCSE – le entità fiscalmente ibride, ancorché persone (primo requisito del modello), non si qualificano residenti (secondo requisito del modello) ai fini convenzionali. In tutti i sistemi in cui detti enti sono considerati fiscalmente trasparenti, il requisito della residenza fiscale andrebbe verificato in capo ai soci, assoggettati ad imposta (*liable to tax*) secondo le regole del proprio Stato di residenza, sulla rispettiva quota di reddito derivante per trasparenza dall'entità ibrida.

Lo status fiscale della società trasparente (ibridazione fiscale) sembra provocare idealmente una sorta di dissociazione dei requisiti di *tax treaty entitlement* (legittimazione ai benefici del Trattato): la personalità resta in capo all'entità, mentre la residenza si sposta sui soci. Questo fenomeno di dissociazione dei requisiti convenzionali genera evidenti frizioni con il requisito di imputazione reddituale che il modello richiede alle varie categorie reddituali (clausola del “*paid to*” o “*derived from*”): applicando la lettera del Trattato, infatti, il reddito è pagato all' (o prodotto dall') l'entità che è persona, ma è fiscalmente imputato ad altro soggetto, cioè al socio che potrebbe essere residente o meno. Il primo problema, in sintesi, si concretizza in un difetto dei requisiti al *tax treaty entitlement* in capo all'entità ibrida.

Il secondo problema deriva dal fatto che le disposizioni dei Trattati non sono assistite da regole sulla classificazione fiscale degli enti e ciò provoca, nell'applicazione del Trattato stesso, l'impossibilità per uno Stato di stabilire se e come applicare le disposizioni convenzionali sia in caso di redditi prodotti sul proprio territorio da un'entità estera (prospettiva dello Stato-fonte) sia in caso di soci residenti di un'entità estera (prospettiva della Stato-residenza). Il secondo problema è sintetizzabile in un conflitto di qualificazione (o per meglio dire, più conflitti di qualificazione, come vedremo) originato da un conflitto di classificazione soggettiva.

Rispetto a questi due problemi, sorge come denominatore comune un'esigenza interpretativa volta a verificare se, in ipotesi di trasparenza, sia possibile estendere l'applicazione del Trattato ai soci e a quali condizioni. La soluzione a tale problema

---

<sup>1065</sup> V. Rossi M., *L'applicazione dei trattati fiscali alle “partnership” e agli enti ibridi*, in AA.VV. (coord. da V. Uckmar), *Diritto Tributario Internazionale*, 2005, p. 283 ss.

comporterà di riflesso una serie di altre conseguenze come la qualificazione oggettiva dei redditi e l'individuazione del momento impositivo.

Se tali fattispecie impositive rientrano o non rientrano nei Trattati è prevalentemente una questione di tax policy che riguarda i singoli Stati contraenti<sup>1066</sup>: vi sono infatti Trattati che le includono esplicitamente (vedi Trattato Italia-Stati Uniti), altri invece che le escludono altrettanto esplicitamente (vedi Trattato Italia-Gran Bretagna).

La scelta di includere le partnership nei Trattati manifesta la reciproca volontà politica dei due Stati di concordare precise modalità di eliminazione della doppia imposizione internazionale che derivano da divergenze classificatorie sulle partnership internazionali.

Considerato che la trasparenza è un metodo di imputazione che provoca una divaricazione fra il soggetto considerato produttore del reddito e quello cui il reddito si imputa ai fini fiscali, qualunque soluzione scelta dal Trattato per risolvere la potenziale doppia imposizione internazionale o doppia non imposizione internazionale interviene a “correggere” gli effetti delle divergenze classificatorie fra i due Stati riallineandoli a quelli che si produrrebbero nei casi di applicazione ordinaria del Trattato.

La scelta di non includere le partnership nei Trattati rappresenta, invece, la volontà degli Stati di conservare in pieno la propria sovranità in tale area e di lasciare alla combinazione dei propri approcci fiscali unilaterali la tassazione dei redditi delle partnership col risultato ovvio di giungere quasi sempre ad una doppia tassazione o nessuna tassazione dei redditi in questione.

### **3.1.2 I conflitti di classificazione fiscale: struttura logica e loro estraneità ai conflitti di qualificazione**

Le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sono fonti del diritto internazionale pubblico che governano e limitano i diritti impositivi degli Stati sui redditi internazionali<sup>1067</sup>.

La loro natura giuridica di Trattati internazionali fra due Stati sovrani non ha impedito alla dottrina di riconoscere loro una doppia funzione: da una parte sono

---

<sup>1066</sup> Sulla rilevanza dei criteri classificatori nell'ambito dei Trattati sia per le economie esportatrici di capitali che per quelle importatrici di capitali v. Danon R.J., *Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection*, cit., p. 193; Lang M., Staringer C., *Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection*, cit., p. 19.

<sup>1067</sup> V. Arnold B.J., McIntyre M.J., *International Tax Primer*, Kluwer Law International, 2002, p. 2-7.

accordi reciprocamente vincolanti fra Stati, dall'altra essi integrano il diritto domestico degli Stati contraenti<sup>1068</sup>.

Uno degli aspetti connessi alla natura duale dei Trattati fiscali risiede nell'approccio interpretativo necessario alla loro applicazione giacché, in quanto accordi fra Stati governati dal diritto internazionale pubblico, l'interpretazione delle loro disposizioni è governata dalle speciali regole ermeneutiche previste dagli art. 31, 32 e 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969<sup>1069</sup>.

A fianco di tali strumenti, la dottrina riconosce ormai uniformemente, ancorché entro certi limiti e a determinate condizioni, l'utilità aggiuntiva di altri elementi a fini interpretativi come: l'interpretazione comune<sup>1070</sup>, il modello di Convenzione di riferimento e il relativo commentario<sup>1071</sup>, gli accordi fra Stati derivanti dalla procedura amichevole prevista nei Trattati e, in quanto sintomatici di costante *tax treaty practice* di uno Stato, la prassi esplicativa delle amministrazioni fiscali e il riferimento ad altri suoi Trattati bilaterali<sup>1072</sup>.

Fra le questioni di natura interpretativa più dibattute a livello dottrinario vi sono i cd "conflitti di qualificazione"<sup>1073</sup> sul significato giuridico di termini presenti nelle disposizioni del Trattato ma ivi non espressamente definite<sup>1074</sup> e che sono nel contempo termini propri del diritto sostanziale degli Stati. La soluzione di tali conflitti richiede

---

<sup>1068</sup> Cfr. Vogel K., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, introduction mn. 31-60; Baker P., Double Taxation Agreements and International Tax Law, London, 1991, p.5-12.

<sup>1069</sup> Vogel K. Prokisch R., General Report, in Cahiers de droit fiscal international 1993, Vol LXXVIIIa, Interpretation of double taxation conventions, p. 55 ss.

<sup>1070</sup> Cfr. Ward D.A., Use of foreign court decisions in interpreting tax treaties, in Maisto (ed.), Courts and Tax Treaty Law, IBFD, 2007, p. 175 ss.

<sup>1071</sup> Cfr. Rohatgi R., Basic international taxation, Richmond law & tax, Richmond Law & Tax Ltd, 2005, p. 43 ss.; Lang M., Later Commentaries of the OECD... Not to Affect the Interpretation of Previously Concluded Tax Treaties, in Intertax, n.1/1997; Avery Jones J.F., The Effect of Changes in the OECD Commentaries after a Treaty is Concluded, in BIT, 2002, p. 102 ss.

<sup>1072</sup> Rohatgi R., Basic international taxation, cit., p. 47 ss.

<sup>1073</sup> Sulla differenza fra i problemi della classificazione e della qualificazione nel diritto tributario e nel diritto internazionale privato cfr. Vogel K., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, cit., introduction mn. 28-30 e 119; Vogel K., *Double tax treaties and their interpretation*, in ITBL, n.1/1986, p. 1 ss., in part. p.13-14 e 59-60. Analogamente v. Uckmar V., Diritto tributario internazionale: manuale, Padova, 2012, in part. p.14-16; Fantozzi A., Vogel K., Doppia imposizione internazionale, in Dig. comm., V, Torino, 1989, p. 194 ss.; più recentemente Tarigo P., Diritto internazionale tributario, Torino, 2018, p. 29.

<sup>1074</sup> Le definizioni dei termini generali del Trattato sono riepilogate di regola nell'art. 3(1) Mod. OCSE, le definizioni di alcuni tipi di redditi (come ad es., immobili, dividendi, interessi e royalties) sono invece definiti nelle rispettive disposizioni del Trattato. Ulteriori definizioni infine possono essere contenute come clausole speciali delle varie disposizioni del Trattato o come chiarimenti specifici all'interno dei Protocolli allegati al Trattato stesso.



l'applicazione della *interpretation rule* dell'art. 3(2) del Trattato e il rinvio alla definizione dei termini inclusa nel diritto fiscale domestico degli Stati<sup>1075</sup>.

I conflitti di classificazione delle partnership hanno una struttura logica differente<sup>1076</sup> dai conflitti di qualificazione. Il precedente capitolo ha infatti mostrato che l'attitudine delle partnership a configurarsi come soggetti autonomamente tassabili in uno Stato e come soggetti fiscalmente trasparenti in un altro Stato dipenda in definitiva dalla combinazione di *entity classification rules* e dai criteri di collegamento impiegati dagli Stati ai fini dell'imposizione diretta<sup>1077</sup>. Dalla concreta formulazione delle regole di classificazione dipende logicamente l'intera struttura dell'imposizione applicabile alle partnership la quale coinvolge un insieme di altre regole di imputazione, qualificazione e quantificazione reddituale che a loro volta presentano nessi di vario tipo e consistenza con le teorie (*entity/aggregate*) che ispirano la configurazione civilistica delle partnership. Per altro verso, mentre i criteri di collegamento personali individuano i fattori di connessione giuridica per classificare entità domestiche ed estere ai fini dell'applicazione del relativo principio di tassazione (*worldwide/source*), i criteri di collegamento reale forniscono i fattori di connessione per l'imposizione diretta delle fattispecie con elementi di estraneità definendo in concreto la territorialità fiscale di uno Stato<sup>1078</sup>.

La riconduzione dei conflitti di classificazione fiscale soggettiva (*fiscally transparent/opaque entity*) alle questioni inerenti all'imputazione reddituale rende tali conflitti di principio estranei ai problemi della qualificazione reddituale ai fini del Trattato e alle loro derive interpretative e ne fa invece una componente logica indissolubile del cd *treaty entitlement* di una entità, cioè della sua legittimazione ad invocare i benefici di un Trattato fiscale.

Come vedremo a breve tuttavia<sup>1079</sup>, la ripartizione dei diritti impositivi sui redditi delle partnership non è del tutto immune dai problemi connessi ai conflitti di qualificazione reddituale e alle connesse questioni interpretative. Averne chiarito e delimitato il campo d'indagine e i punti fermi quindi consentirà di isolare e distinguere

---

<sup>1075</sup> Sul dibattito relativo a criteri da impiegare per la soluzione dei problemi di qualificazione reddituale (qualificazione in base alla *lex fori*, alla *lex causae*, autonoma e univoca), v. Vogel K., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, cit., introduction, mn. 118-143; Pozzo A., L'interpretazione delle convenzioni internazionali contro la doppia imposizione, in Uckmar, *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, p. 145 ss., in part. p. 163; Fantozzi A., Vogel K., Doppia imposizione internazionale, in Dig. comm., V, Torino, 1989, p. 194 ss.

<sup>1076</sup> Vogel K., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, p.65 e p.106-112; Vogel K., Double tax treaties and their interpretation, in ITBL, n.1/1986, p. 76.

<sup>1077</sup> V. supra, 2.7.2. e 2.7.3.

<sup>1078</sup> V. supra, §2.7.4.

<sup>1079</sup> V. infra, §3.2.4.

i due problemi, comprenderne l'interazione e soprattutto le soluzioni offerte dal Partnership report 1999 e confluite nel Commentario al mod. OCSE.

### **3.2 IL PARTNERSHIP REPORT DEL 1999: I PRINCIPI GUIDA PER L'APPLICAZIONE DEL MOD. OCSE ALLE PARTNERSHIP**

Per lungo tempo lo standard OCSE non ha previsto clausole specifiche per le partnership – forse proprio a causa dell'ampio spettro di variabilità della loro fiscalità domestica – supplendo a tale mancanza con una prassi che documentasse le modalità pratiche in cui le regole standard avrebbero dovuto trovare applicazione per le partnership. Di conseguenza molti dei Trattati finora sottoscritti, sono sprovvisti di regole specifiche per la ripartizione dei poteri impositivi fra Stati sui redditi delle partnership internazionali.

L'impossibilità di ricondurre la fiscalità delle partnership all'interno del modello standard - forse dovuta allo spettro di variabilità eccessivamente ampio che questa materia assume nella legislazione fiscale degli Stati - ha portato per molto tempo l'OCSE a mantenere una politica di *laissez-faire* sul tema dell'applicazione dei Trattati alle partnership. Solo a partire dal 1999 (quindi a più trent'anni dall'approvazione del primo modello di Convenzione)<sup>1080</sup> l'OCSE è intervenuta sulla materia con un report contenente raccomandazioni specifiche per estendere in via interpretativa l'applicazione dei Trattati fiscali alle entità trasparenti<sup>1081</sup>.

Nonostante le originarie intenzioni, il Comitato per gli affari fiscali dell'OCSE realizzò, quasi immediatamente, la necessità di limitare le indicazioni metodologiche generali del report alle sole partnership, solo cioè ad una porzione del microcosmo delle entità trasparenti<sup>1082</sup>. Restavano quindi escluse altre figure di *non-corporate entities* - come, ad esempio, i trust<sup>1083</sup> e i *collective investment vehicles* (CIVs) – assai

---

<sup>1080</sup> Il primo e strutturato OECD model risale al 1963.

<sup>1081</sup> OECD, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, in Issues in International Taxation, n. 6, 1999.

Nel 1993 l'OCSE costituì, all'interno del Committee on Fiscal Affairs (CFA-Comitato per gli affari fiscali dell'OCSE), *working group* con l'obiettivo di studiare i problemi derivanti dall'applicazione del Modello convenzionale a *trusts, partnership* e *non-corporate entities*. Il *working group* lavorò dal 1993 al 1997 e preparò un report che vide la luce nel 1999 con la nomenclatura "*The application of the OECD model tax convention to partnership*", detto comunemente "*Partnership report del 1999*".

<sup>1082</sup> L'estensione dell'area delle cd non-corporate entities è stata discussa nel § 1.3.

<sup>1083</sup> Già nel 1999 il report poneva il problema delle entità parzialmente trasparenti ai fini fiscali, con particolare riferimento ai trust. Il *working group* optò per un rinvio del problema ad ulteriore futuro approfondimento. Tale approfondimento non prese mai la forma in un report analogo a quello sulle partnership. Oggi, tuttavia, i lavori BEPS dell'action 2 documentano un focus specifico sull'argomento culminato nella modifica dell'art.1 del mod. OCSE che di fatto ricalca la *hybrid entity provision* del Mod. USA. Cfr. Kollmann J., Roncarati A., Staringer C., Treaty Entitlement for Fiscally Transparent Entities..., p. 2 ss.

diffuse nella pratica e con problematiche altrettanto complesse nell'applicazione delle disposizioni convenzionali.

I dichiarati propositi di generalizzare le conclusioni del *partnership report* a tutta la platea delle *non corporate entities* con un report successivo e di maggiore approfondimento si dissolsero a causa di una prolungata inerzia dell'OCSE, interrotta solo dall'adozione di alcune raccomandazioni sui CIV's, dai contenuti peraltro parzialmente divergenti, e sui REITs<sup>1084</sup>. Le conclusioni del *partnership report* – che secondo il *working group* potevano considerarsi rilevanti anche per le altre non corporate entities<sup>1085</sup> - confluirono nella versione 2000 del Commentario OCSE<sup>1086</sup> e, da allora, hanno subito talune variazioni nel 2014 e nel 2017.

Il Partnership report resta un ausilio ermeneutico fondamentale giacché i Trattati contengono regole definitorie funzionali alla ripartizione dei diritti impositivi dei due Stati, ma non contengono regole sull'imputazione reddituale e richiedono spesso il confronto con nozioni e istituti degli Stati fra loro non assimilabili o confrontabili.

Si rende pertanto indispensabile un'analisi accurata con una doppia finalità: in primo luogo, identificare i principi generali che l'OCSE raccomanda per risolvere le diverse frizioni che le entità ibride producono nell'applicazione dei Trattati e, secondariamente, estrapolare dal report i presupposti, gli assunti e i criteri interpretativi che l'OCSE impiega nel metodo della sua analisi per individuarne le criticità ancora aperte.

### 3.2.1 Articolazione del Report e variabili di riferimento

L'OCSE propone un metodo di applicazione dei Trattati fiscali<sup>1087</sup> alle partnerships che richiede di avviare l'analisi primariamente dalla prospettiva dello

---

<sup>1084</sup> Il tema è stato discusso nella parte iniziale del lavoro. In particolare, v. supra, nota n. 2. Sul punto v. anche Scalia R., *L'imposizione delle società di persone nel quadro delle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni (DTCs)*, in n. Preite F., Busi C. (a cura di), *Trattato società di persone*, Tomo II, Torino, 2015, p. 3292 ss., in part. nota 68 e bibliografia ivi citata.

<sup>1085</sup> «*The Committee recognises, however, that many of the principles discussed in its report may also apply with respect to other non-corporate entities and therefore intends to now examine the application of the Model Tax Convention to these other entities in light of this report*». OECD, *The application...cit.*, m.n.1. Sul punto v. anche Baker P., *The application...cit.*, p.21.

L'approccio estensivo era chiaramente ispirato alla *hybrid entity provision* del Mod. USA, applicabile a tutti gli enti ibridi. v. infra, § 3.9.

<sup>1086</sup> OECD Model Convention on Income and on Capital: Commentary (29 Apr. 2000).

<sup>1087</sup> Sebbene non esista un metodo formalizzato, alcune importanti indicazioni metodologiche sulla modalità di applicazione delle disposizioni convenzionali alle partnership sono state introdotte nel commentario all'art.23 nelle versioni successive al Partnership report 1999.

Stato della fonte<sup>1088</sup> per poi passare a quella dello Stato della residenza. Il Partnership report del 1999, da questo punto di vista, può considerarsi l'esordio di tale approccio.

Esso si articola in quattro sezioni. Le prime due esaminano l'applicazione del mod. OCSE alle partnership dapprima nella prospettiva dello Stato fonte del reddito e poi in quella dello Stato della residenza dei soci, fornendo indicazioni sull'attribuzione dei benefici convenzionali nei casi in cui le partnerships siano coinvolte in operazioni fra Stati che impiegano diversi criteri di classificazione soggettiva. Le altre due sezioni, invece, contengono rispettivamente le riserve apposte da alcuni Stati ai principi-guida sviluppati dal report e una lista analitica delle entità giuridiche disciplinate dal diritto domestico di alcuni Stati aderenti all'OCSE – fra i quali, curiosamente, l'Italia non è presente - corredata da una profilazione di tutti gli elementi che possono dimostrarsi utili agli Stati per applicare la propria *foreign entity classification rule* ai fini dell'imposizione fiscale domestica.

Il report adotta un approccio empirico, basato cioè sulla discussione di esempi, mirato a focalizzare i problemi pratici derivanti da diciotto ipotetici scenari differenti<sup>1089</sup>: all'interno di ciascuno di essi, un metodo di ragionamento guida lo sviluppo della soluzione - o delle possibili soluzioni alternative – e conduce a definire dei principi-guida di carattere generale<sup>1090</sup>.

I problemi affrontati dal report sono prima di tutto i requisiti per l'applicabilità del modello convenzionale alle partnerships seguiti da una serie di questioni strettamente connesse all'ipotesi che la partnership configuri:

- una stabile organizzazione dei suoi soci esteri, o, di converso che i suoi soci esteri configurino una stabile organizzazione della partnership (con conseguente applicazione degli art. 5 e 7 mod. OCSE);
- un datore di lavoro, ancorché priva di personalità giuridica nel paese ove è organizzata;
- *beneficial owner* di pagamenti di interessi, royalties o dividendi<sup>1091</sup>.

---

<sup>1088</sup> Il primo in ordine cronologico a rilevare l'eventuale verificarsi di un presupposto impositivo e il primo in ordine logico a dover verificare l'esistenza dei requisiti per l'applicazione del Trattato.

<sup>1089</sup> In questo senso, v. Baker P, *The application of the Convention to partnerships* ...cit. p.4.

<sup>1090</sup> Lang, *The application of the OECD model tax convention to partnerships: a critical analysis of the report prepared by the OECD Committee on fiscal affairs*, 13. Sul punto anche Della Valle, «La soggettività delle partnerships nel Modello OCSE di Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni sul reddito», 762.

<sup>1091</sup> Cfr. Baker P, *The application of the Convention to partnerships* ...cit. p.4. A questo riguardo il report è stato frequentemente indicato dalla letteratura come un'anomala posizione OCSE in tema di beneficiario effettivo giacché in questo caso la nozione non sembra includere il profilo della disponibilità del reddito.

Nel definire l'oggetto di indagine, il report circoscrive la nozione di partnership a quella di entità trasparente ai fini del diritto civile e commerciale domestico dello Stato in cui essa è organizzata<sup>1092</sup>.

Le variabili considerate dal Report rappresentano a tutti gli effetti i diversi fattori di complessità che intervengono nell'analisi condotta dall'OCSE:

- *Entity classification in domestic tax law*, vale a dire le regole domestiche impiegate da ciascun ordinamento fiscale per classificare fiscalmente partnership domestiche ed estere;
- *Partner residence*, la residenza del socio nello Stato di organizzazione della partnership, nello Stato della fonte del reddito oppure in uno Stato terzo;
- *Permanent establishment (domestic law regime) of partnership; all'interno del proprio diritto domestico*, ciascun Paese potrebbe prevedere alcune fattispecie di stabile organizzazione collegate alla figura delle partnership estere o domestiche (ad esempio, il socio estero come agente della partnership domestica oppure la partnership domestica come stabile organizzazione del socio estero).

L'esame della modalità con cui il report introduce e discute tali variabili nell'analisi dei vari casi offre un contributo essenziale al tentativo di ricostruire il metodo generale dell'OCSE per le partnerships, giacché consente di comprendere la prospettiva prioritaria nell'individuazione della rilevante per eliminare i problemi applicativi.

Le raccomandazioni sono orientate a risolvere conflitti di imputazione reddituale (*conflicts of attribution*) e i conflitti di qualificazione (*conflicts of income qualification*) derivanti dalle regole domestiche sulla classificazione delle entità giuridiche ai fini dell'imposizione fiscale interna (*transparency vs opacity regime*).

### 3.2.2 I principi-guida per lo Stato della fonte

Nell'esaminare la prospettiva dello Stato della fonte, il report affronta preliminarmente<sup>1093</sup> il tema delle *entity classification rules*, ovvero le regole di classificazione fiscale delle entità (domestiche ed estere) di cui ciascuno Stato si dota

---

<sup>1092</sup> «In this respect, it should also be noted that the references to “partnerships” in this report cover entities that qualify as such under civil or commercial law as opposed to tax law. Thus the term “partnership”, as used in this report, does not imply anything about the tax treatment of the relevant entity and should not be confused with a reference to entities, whether partnerships or not, which are treated as transparent for tax purposes». OECD, The Application...cit, m.n. 2.

<sup>1093</sup> OECD, The application...cit., m.n. 10-26.

all'interno del proprio sistema fiscale. Relativamente a tali regole, il report segnala l'esistenza di una marcata asimmetria non solo fra i vari sistemi fiscali (relativamente cioè a come ciascun sistema qualifica fiscalmente le entità domestiche oppure le entità estere), ma anche al loro interno (giacché ciascun sistema potrebbe adottare per le entità domestiche regole di qualificazione differenti da quelle impiegate per le entità estere domestiche).

L'asimmetria di tali regole è molto spesso all'origine di situazioni di doppia imposizione o di doppia non imposizione internazionale e tali criticità, secondo il report, richiedono coordinazione nell'applicazione e nell'interpretazione dei Trattati fiscali.

Secondo il report, due aspetti appaiono determinanti nella prospettiva dello Stato della fonte: l'individuazione del titolare dei benefici convenzionali in relazione a redditi prodotti da entità estere fiscalmente trasparenti e l'applicazione delle disposizioni del Trattato quando queste impongono il possesso di specifici requisiti soggettivi all'entità estera che li produce.

### **3.2.2.1 L'individuazione del titolare dei benefici convenzionali in relazione a redditi prodotti da partnership estere opache e trasparenti**

In caso di redditi prodotti da una partnership estera (ipotesi cui sono dedicati i primi dieci esempi del report), lo Stato fonte dovrà verificare che essa abbia i requisiti per chiedere la protezione del trattato, cioè personalità e residenza<sup>1094</sup>.

Il dato rilevante ai fini della ricostruzione dell'approccio metodologico OCSE è che la verifica di entrambe i requisiti deve essere effettuata sempre con riferimento allo Stato in cui la partnership è organizzata, quindi lo Stato della residenza.

Circa i requisiti di personalità e residenza, previsti dall'art. 1(1) del Mod. OCSE per l'accesso ai benefici convenzionali, il report chiarisce ciò che per le partnerships è ormai divenuto un orientamento consolidato<sup>1095</sup> e codificato nei commentari a partire dall'anno 2000.

Ai fini del Trattato, le partnership sono sempre considerate "persone", o perché qualificabili come "*company*" o in quanto rientranti nella categoria degli "*any other body of persons*" ai sensi dell'art. 3(1) lett.a) e b) mod. OCSE.

Ragionamento più complesso invece è previsto per il requisito convenzionale della

---

<sup>1094</sup> Il tema è stato discusso precedentemente in termini generali. V. infra, §3.1.

<sup>1095</sup> V. nota precedente.

residenza. In linea di principio, se lo Stato della partnership tratta l'entità come una *company*, assimilabile ad una società di capitali dotata di *full liability to tax* ai fini del diritto fiscale domestico, le sarà riconosciuta la residenza ai fini del Trattato, sempreché questa sia motivata, come ricorda l'art. 4(1) del mod. OCSE, dal criterio del domicilio o altro analogo criterio di collegamento personale con lo Stato valido a configurare una tassazione in base al *worldwide taxation principle*<sup>1096</sup>. Se invece la partnership è considerata fiscalmente trasparente (e quindi non è *full liable to tax*) nello Stato in cui è organizzata, non potrà beneficiare del Trattato perché priva del requisito della residenza previsto dall'art. 1(1) mod. OCSE. In questo caso, il requisito della residenza va verificato in capo ai soci della partnership, i quali avranno diritto pro quota ai benefici dei Trattati stipulati dai propri Stati di residenza, nella misura in cui i redditi della società siano loro fiscalmente imputati. Ai fini del Trattato, il reddito prodotto dalla partnership fiscalmente trasparente sarà dunque imputato per trasparenza ai soci. Questo principio che potremmo chiamare "trasparenza fiscale convenzionale"<sup>1097</sup> e che è palesemente mutuato dall'approccio *look through*<sup>1098</sup>, è pacificamente considerato una forzatura interpretativa del modello OCSE motivata dal fatto che, in alternativa, i Trattati non troverebbero applicazione; in questo senso, esso sembra dunque fondato su un più generale principio di effettività dei Trattati internazionali<sup>1099</sup>.

Secondo il report, inoltre, il reddito imputato ai soci, dovrebbe mantenere la natura e la fonte originarie del reddito prodotto dalla partnership (principio della conservazione della natura del reddito imputato ai soci delle partnership)<sup>1100</sup>.

In considerazione della numerosità e della varietà di sistemi domestici di trasparenza fiscale<sup>1101</sup>, il report raccomanda di adottare ai fini del Trattato un concetto di *tax liability* che abbia riguardo alla modalità di quantificazione dell'imposta domestica: se questa è determinata in ragione delle caratteristiche soggettive dell'entità (nonostante la presunta trasparenza e l'imputazione del debito fiscale ai soci), l'entità dovrà considerarsi *liable to tax* e quindi residente; se invece l'imposta è determinata in base alle caratteristiche soggettive dei soci (tenendo conto cioè del loro specifico status di soci-persone fisiche oppure soci-società) allora l'entità potrà dirsi fiscalmente

---

<sup>1096</sup> Cfr. OECD, *The application...*cit., m.n.41

<sup>1097</sup> Per una sua applicazione, v. esempio n.1.

<sup>1098</sup> Cfr. OECD, *The application...*cit., m.n.42.

<sup>1099</sup> *Ibidem*, m.n.35 e 51.

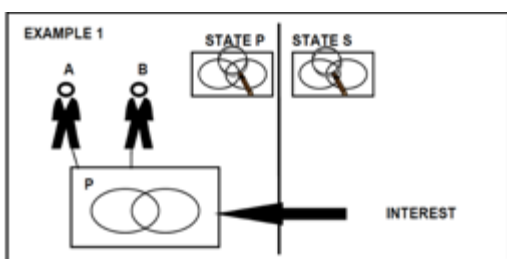
<sup>1100</sup> V. *infra*, esempio n.11.

<sup>1101</sup> Il report discute i due approcci più diffusi e in uso nella tassazione domestica delle società trasparenti, coincidenti a grandi linee con il sistema di trasparenza fiscale italiano e quello francese. Cfr. OECD, *The application...*cit., m.n.38-39.

trasparente nello stato in cui è organizzata, nonostante ad essa sia imputato il debito fiscale<sup>1102</sup>.

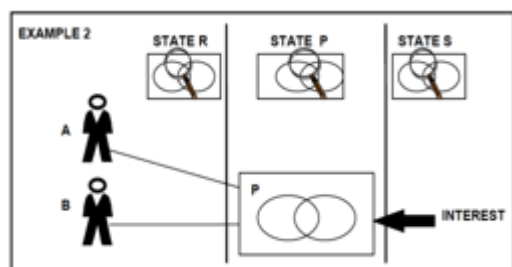
Il report infine raccomanda di introdurre nei Trattati apposite clausole dedicate alle partnerships con la finalità di garantire ai due Stati un trattamento reciproco ed evitare situazioni di doppia non tassazione o di restrizione della potestà impositiva dello Stato fonte in assenza di tassazione nello Stato della partnership altri problemi sostanziali connessi a fattispecie triangolari<sup>1103</sup>.

Il report passa quindi in rassegna i vari casi in cui, nella prospettiva dello Stato fonte, la partnership estera è considerata non residente, dunque i soci dovrebbero essere considerati legittimati a godere dei benefici convenzionali<sup>1104</sup>.



L'esempio n.1 chiarisce l'applicazione del "look through approach" convenzionale: se per entrambe gli Stati la partnership è fiscalmente trasparente, il reddito prodotto alla fonte dalla partnership estera va imputato pro-quota ai soci residenti nello stato di organizzazione della

partnership (*principio guida n. 1: look through approach se la partnership estera è considerata fiscalmente trasparente*).



L'esempio n.2 estende il primo principio, coinvolgendo tre Stati in cui la partnership è considerata fiscalmente trasparente. Per lo Stato della fonte è irrilevante che i soci siano residenti in uno Stato terzo da quello della partnership che ha prodotto il reddito. Alla partnership sono

negati i benefici di tutti i Trattati (S/P e S/R) poiché entità non residente ai sensi dell'art. 4(1) Mod. OCSE nello Stato in cui è organizzata. Le autorità fiscali applicheranno il Trattato S/R a condizione che abbiano sufficienti informazioni sulla legittimazione dei soci a godere dei benefici convenzionali.

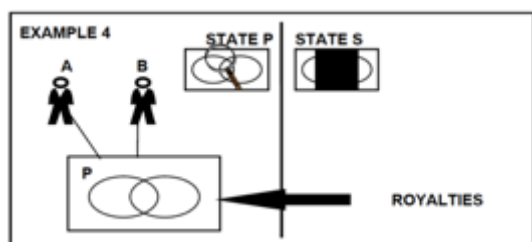
<sup>1102</sup> Cfr. OECD, *The application...*cit, m.n.40.

<sup>1103</sup> Ad esempio, l'esistenza di stabili organizzazioni dei soci nello Stato della partnership o in Stati terzi, la modalità di applicazione dei Trattati ad entità parzialmente trasparenti ai fini fiscali, oppure la possibilità per un socio residente in un terzo Stato di avvalersi di un Trattato di cui non è parte quando la partnership costituisce una sua stabile organizzazione per il diritto domestico. Cfr. OECD, *The application...*cit, m.n.45.

<sup>1104</sup> A questa casistica sono associati tre esempi, cfr. OECD, *The application...*cit, m.n.47-57.



Nell'esempio n.3, lo Stato di residenza dei soci R è l'unico a considerare la



partnership estera come entità tassabile<sup>1105</sup> e ciò comporta uno stallo: il Trattato nega i benefici convenzionali sia alla partnership (priva del requisito di residenza nello Stato P) che ai suoi soci (ai quali lo stato R non imputa il reddito).

Il report propone quindi uno sforzo interpretativo nella direzione individuata dalla finalità dei Trattati di eliminare la doppia imposizione e prevenire la doppia non imposizione<sup>1106</sup>. Nella misura in cui il reddito pagato a - o percepito da - una partnership non è considerato pagato a - o percepito da - un socio, lo Stato di residenza dei soci preclude loro il diritto a beneficiare dei Trattati rispetto al reddito della partnership. Sebbene mediante due diversi approcci<sup>1107</sup>, il report converge quindi verso una comune soluzione: nel verificare se e quale trattato applicare ai redditi prodotti da partnership estere con soci residenti in altri Stati, lo Stato fonte dovrebbe verificare sempre il trattamento dei redditi percepiti dai soci nel loro Stato di residenza. Se questo imputa i redditi della partnership per trasparenza ai soci, essi dovrebbero poter invocare i benefici del Trattato concluso dallo Stato di cui sono residenti<sup>1108</sup> (***principio guida n. 2: prevalenza del principio dell'imputazione fiscale dello Stato della residenza dei soci***).

Negli esempi da 4 a 10, il report passa in rassegna i vari casi (bilaterali e trilaterali) in cui, nella prospettiva dello Stato fonte, la partnership estera è considerata residente e i risultati che derivano dall'applicazione del principio guida n.2<sup>1109</sup>.

Nell'esempio n.4, lo Stato fonte considera la partnership opaca, ma se impiegasse l'entity classification dello stato della residenza, concluderebbe che il Trattato è inefficace perché P, in quanto trasparente, non è residente ai fini convenzionali. Applicando il principio guida n.2 (*prevalenza del principio dell'imputazione fiscale*

<sup>1105</sup> La situazione dello Stato R è assimilabile a quella dell'Italia.

<sup>1106</sup> Cfr. OECD, *The application...*cit, m.n.52.

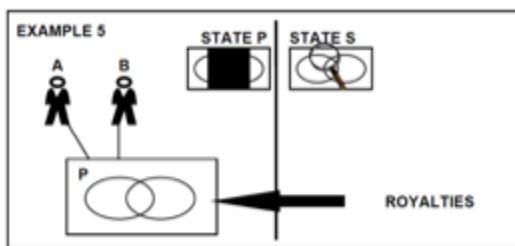
<sup>1107</sup> Il primo approccio consiste nel ritenere implicito al modello un principio interpretativo secondo il quale lo Stato della fonte, nell'applicare il Trattato alle partnership dovrebbe considerare, come parte delle circostanze di fatto, il modo in cui un reddito prodotto alla fonte è trattato nello stato di residenza dei soci che chiedono i benefici convenzionali. Se lo Stato di residenza dei soci imputa loro (*flows through*) il reddito per trasparenza, tali soci dovrebbero essere ammessi a godere dei benefici convenzionali nel loro Stato di residenza. Cfr. OECD, *The application...*cit, m.n.53.

Il secondo impiega l'argomentazione relativa al *beneficial owner* per i redditi da dividendi, interessi e royalties. A prescindere dalla *entity classification* dello Stato fonte, se lo Stato della residenza qualifica la partnership come soggetto tassabile, questa sarà il beneficiario effettivo dei redditi (e non i soci residenti). Analogamente dovrebbe avvenire per i redditi d'impresa: lo Stato della fonte dovrebbe stabilire se sono attribuibili ad una impresa dello Stato della residenza sulla base del trattamento fiscale che questo accorda all'impresa. Cfr. OECD, *The application...*cit, m.n.54.

<sup>1108</sup> Il caso in esame ha comportato nell'anno 2000, l'introduzione nel Commentario all'art.4, del punto n. 8.13.

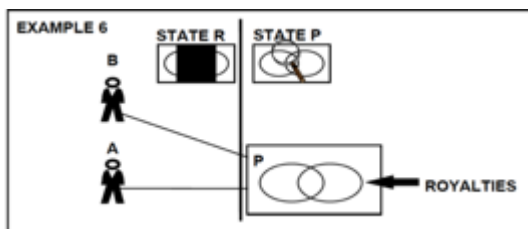
<sup>1109</sup> Cfr. OECD, *The application...*cit, m.n.58-78.

dello Stato della residenza dei soci), lo Stato S dovrà considerare che i i soci (e non la p.) sono i percettori ultimi del reddito e anche i beneficiari effettivi in quanto tassati nel loro Stato di residenza sul reddito mondiale. L'obiezione che la clausola interpretativa dell'art. 3(2) mod. OCSE<sup>1110</sup> vincoli ad un'interpretazione basata sul diritto domestico dello Stato che applica il Trattato è inconsistente. Lo Stato fonte, infatti, non adotta una particolare interpretazione avanzata dallo Stato R ma considera il regime fiscale della partnership domestica nello Stato in cui è organizzata una circostanza fattuale sulla base della quale applicare le disposizioni del Trattato. Se ne induce quindi un ulteriore principio questa volta di carattere in **interpretativo**: se un'interpretazione basata sul diritto domestico conduce al caso in cui il reddito tassato in capo a soggetti residenti di uno Stato non beneficia del Trattato, si deve ritenere questo risultato contrario alla finalità del Trattato stesso e il contesto della Convenzione deve essere interpretato in modo diverso (**principio guida n.3: prevalenza dell'interpretazione sulla base del diritto domestico che conduca a risultati compatibili con l'applicazione dei Trattati**).



L'esempio n.5 dimostra che, pur adottando il *look-through approach*, lo Stato fonte applicherebbe il Trattato ai soci residenti nello Stato R. Per lo Stato R, invece, la partnership è *liable to tax* e, in quanto beneficiaria effettiva delle royalties, residente

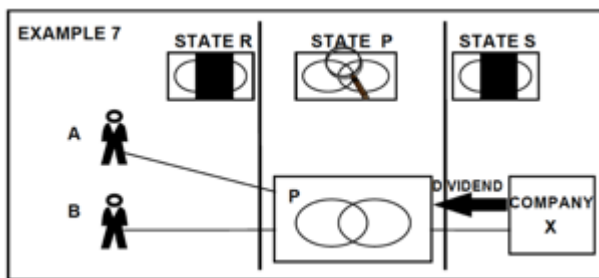
nello Stato in cui è organizzata. Quindi, si potrà concludere che il principio guida n.3 deve prevalere sul principio guida n.1 (**principio guida n.4: il principio n.2 prevale sul n.1**). Quando i soci sono residenti nello stesso Stato della partnership, tuttavia, la prospettiva dello Stato fonte diventa irrilevante.



L'esempio n.6 chiarisce che se lo stato della partnership e lo Stato fonte coincidono, tale Stato non dovrebbe concedere i benefici

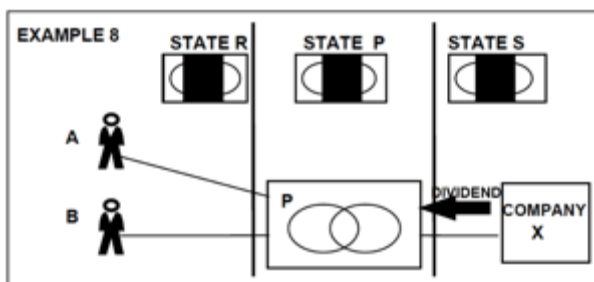
<sup>1110</sup> OECD model 2017, Art.3(2): «2. As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires or the competent authorities agree to a different meaning pursuant to the provisions of Article 25, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State».

convenzionali per diverse ragioni<sup>1111</sup>. In primo luogo, per lo Stato R, la partnership non è residente in nessun senso. I soci, secondo le regole di imputazione del loro Stato di residenza R, non sono tassati sui redditi prodotti dalla partnership, quindi non hanno titolo ai benefici convenzionali. In secondo luogo, i soci non hanno diritto ai benefici perché non sono considerati beneficiari effettivi ai fini del Trattato. Nella prospettiva dello Stato P, il reddito è stato pagato alla partnership che non si qualifica residente né nello Stato P né nello Stato R. In questo stadio di analisi, il trattamento fiscale dei soci è irrilevante. In ultimo, sorgono ragioni di abuso dei Trattati e carenza di buona fede: le regole distributive del Trattato sono basate sull'assunto che ai soci va imputato il reddito insieme ai benefici convenzionali: in assenza di questo abbinamento (reddito/benefici) queste considerazioni dovrebbero consentire allo Stato della partnership di resistere alla richiesta dei benefici da parte dei soci<sup>1112</sup>.



Con l'esempio n. 7, il report avvia l'esame dei casi trilaterali. In questo caso, nessun Trattato è applicabile e lo Stato fonte avrà il diritto di tassare senza restrizioni. Per lo Stato di residenza dei soci, la partnership è residente nello Stato in cui è organizzata quindi né i soci, né la partnership hanno

diritto al Trattato S/R. Per lo Stato P, la partnership non è *liable to tax*, quindi il Trattato S/P è inapplicabile. La prospettiva dello Stato fonte è irrilevante: se anche vedesse la partnership come trasparente, nessun Trattato sarebbe applicabile ai dividendi, in quanto la partnership non è beneficiario effettivo dei dividendi.

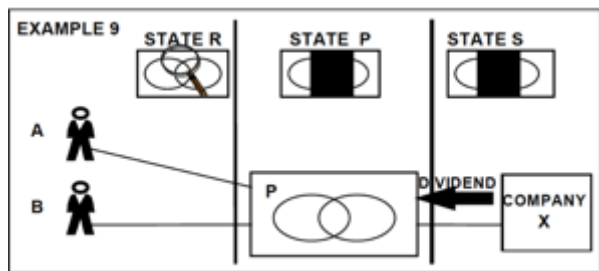


L'esempio n. 8 prospetta il caso in cui per tutti gli Stati, la partnership è residente nello Stato in cui è organizzata: essa pertanto è percettore e beneficiario effettivo del reddito e, in quanto *liable to tax*, è titolare dei benefici del Trattato S/P in relazione ai

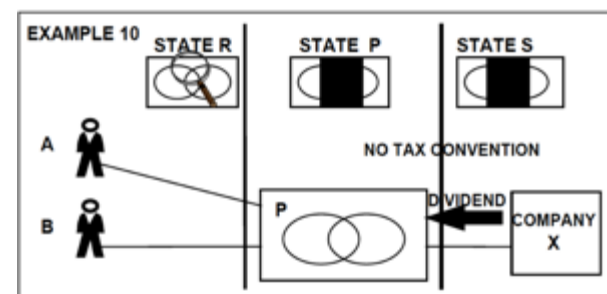
<sup>1111</sup> Nella logica del report, l'esempio n.6 presenta una evidente anomalia: esso è inserito nella casistica mirata a discutere la prospettiva dello stato fonte ma il caso si caratterizza proprio per il fatto che il reddito ha fonte nello stesso Stato della partnership. Lo Stato P pertanto non può considerarsi Stato della fonte se non per il fatto che esso imputa il reddito direttamente ai soci. Il report invece tace sul fatto che lo Stato R – la cui situazione è in questo caso assimilabile all'Italia – potrebbe considerare che, in assenza di formale delibera di distribuzione dei dividendi, i soci non abbiano mai percepito i redditi della partnership estera.

<sup>1112</sup> Per l'analisi della successiva fase di distribuzione degli utili sotto forma di dividendi, si rinvia all'esempio 18.

dividendi. Lo Stato della fonte applicherà il Trattato S/P anche se il reddito sarà pagato ai soci<sup>1113</sup>.



Nell'esempio n.9 il report affronta il caso di doppia titolarità dei benefici convenzionali rispetto ai quali lo Stato della fonte dovrebbe accordare l'aliquota minore prevista dai due Trattati (S/P e S/R). La partnership è residente nello Stato in cui è organizzata e in quanto *liable to tax* è beneficiario effettivo dei dividendi rispetto al Trattato S/P. I soci, nella prospettiva fiscale dello Stato in cui sono residenti, possono invocare i benefici convenzionali del Trattato S/R rispetto ai redditi prodotti dalla partnership. La prospettiva fiscale dello Stato fonte è irrilevante (sia che tassi il reddito percepito dai soci che il reddito percepito dalla società) ed entrambe i Trattati restringono i suoi diritti impositivi. Il report in questo caso propone quindi che lo Stato fonte applichi l'aliquota minima prevista dai due Trattati, per dare modo ai soci residenti in terzi Stati di recuperare il credito d'imposta relativo all'aliquota più bassa prevista dai vari Trattati.



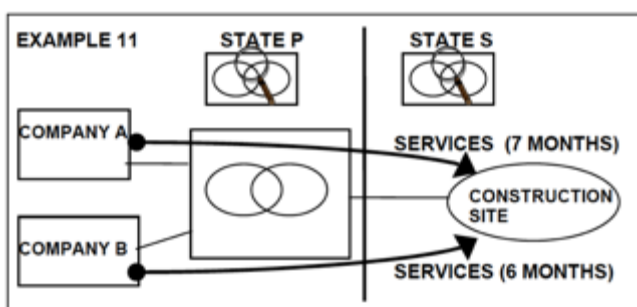
In analoga situazione – ma in assenza di Trattato fra lo Stato fonte e lo Stato della partnership – l'esempio n.10 propone conclusioni identiche a quelle dell'esempio n.9. Se lo Stato della partnership fosse un paradiso fiscale, l'applicazione del Trattato dipenderebbe dalla possibilità per lo Stato

fonte di disporre di tutte le necessarie informazioni dai soci residenti all'estero che chiedono i benefici convenzionali. Di principio, gli Stati non dovrebbero concedere benefici convenzionali nel caso in cui non possano verificare se una persona ha veramente titolo a tali benefici (***principio guida n.5: Gli stati non applicano i Trattati in assenza delle informazioni necessarie***). Lo Stato fonte potrebbe cautelarsi a riguardo, impiegando la procedura di applicazione indiretta del Trattato (rimborso) in sostituzione di quella diretta (aliquota ridotta).

<sup>1113</sup> A questo riguardo, originariamente il report raccomandava allo Stato fonte di negare l'aliquota convenzionale (ultraridotta) prevista dall'art. 10(2) lett.a) sui dividendi di partecipazioni qualificate pagate a partnership estere, in assenza di una clausola convenzionale espressa che accordasse i benefici alle partnership tassate come companies. La raccomandazione è da considerarsi obsoleta ed esplicitamente abrogata dal Commentario versione 2017 all'art. 10, n. 11 e 11.1 che invece ammette espressamente questa ipotesi: l'aliquota super ridotta va applicata alla fonte anche alle p. fiscalmente opache nel Paese in cui sono organizzate.

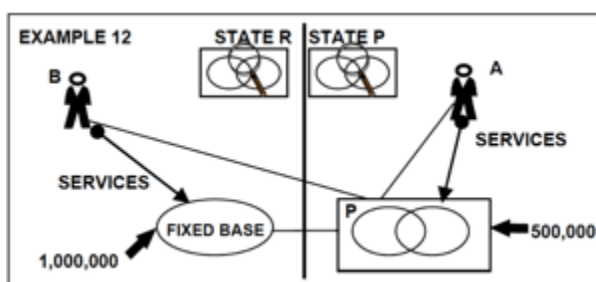
### 3.2.2.2 Applicazione del Trattato dove i benefici dipendono da specifiche caratteristiche o attributi del contribuente (n.79-92)

Nell'esame dei casi in cui il Trattato richiede alla partnership estera il possesso di specifici requisiti soggettivi<sup>1114</sup>, il report raccomanda che lo Stato fonte applichi il Trattato ai soci come se avessero percepito direttamente il reddito (principio della conservazione della natura del reddito imputato ai soci delle partnership) affinché la classificazione convenzionale dei redditi passati attraverso la partnership non muti natura e fonte.



Con l'esempio n.11, il report apre il capitolo sui conflitti di qualificazione derivanti dall'applicazione delle regole fiscali domestiche sulla entity classification. In questo caso il report suggerisce che il periodo impiegato dai dipendenti delle società A e B nello Stato

S configurino un cantiere della partnership di durata superiore ai 12 mesi. In base alla *contruction clause* dell'art.5(3) mod. OCSE, il cantiere sarà considerato stabile organizzazione della partnership: la quota di profitti percepiti da ciascun socio in relazione al cantiere nello Stato S sarà considerata pertanto come il profitto di una autonoma stabile organizzazione dei due soci nello Stato fonte.



L'esempio n.12 affronta il problema della *entity classification* ai fini dell'applicazione degli art. 7 e 14 del mod. OCSE (redditi d'impresa e professionali). Il report conclude che la base fissa nello Stato R dovrebbe essere considerata una base fissa di entrambe i soci ai sensi dell'art. 14 mod. OCSE; analoga conclusione dovrebbe valere per una stabile organizzazione che realizza *business profits* ai sensi dell'art. 7 mod. OCSE<sup>1115</sup>.

<sup>1114</sup> Cfr. OECD, *The application...* cit, m.n.79-92.

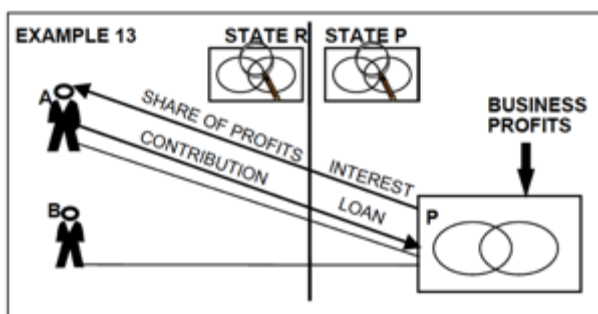
<sup>1115</sup> L'esempio inoltre solleva la questione della misura in cui le attività di una partnership possono essere imputate a ciascun socio ai fini dell'art. 14 «*which requires that the fixed base be regularly available to a person "for the purpose of performing his activities"*». Secondo il report, vi sono due ipotesi. Secondo la meno quotata, «*his activities*» va riferito a ciascun socio e le attività della partnership non sono imputabili direttamente ai soci (lo stato R non potrebbe tassare A sulla sua quota perché non ne dispone ai fini delle sue attività. Secondo la prevalente ipotesi, le attività della partnership vanno imputate ai soci nella stessa misura in cui la base fissa della partnership è imputata a ciascuno di loro (R quindi

Il report discute infine l'ipotesi che una partnership possa essere considerata un datore di lavoro residente ai sensi dell'art. 15 (2) lett. b) e lett. c) e conclude che, alla luce della finalità di tali disposizioni (evitare la tassazione alla fonte per impieghi all'estero di breve periodo), è da preferire una interpretazione dove il concetto di datore di lavoro residente sia da attribuire al socio piuttosto che alla partnership. Eventuali criticità, connesse a soci residenti in stati diversi, dovrebbero confluire ed essere discusse nell'ambito di *mutual agreement procedures* (MAP).

### 3.2.3 I principi-guida per lo Stato della residenza

Nella prospettiva dello Stato della residenza<sup>1116</sup>, cui spetta concedere i rimedi contro la doppia imposizione (credito oppure esenzione), il coinvolgimento delle partnerships solleva due diversi ordini di problemi: i conflitti di qualificazione<sup>1117</sup> e i conflitti di imputazione<sup>1118</sup>.

I conflitti di qualificazione sorgono quando i due Stati applicano disposizioni diverse del Trattato sulla base della loro diversa qualificazione reddituale domestica<sup>1119</sup>.



L'esempio n.13 illustra un tipico conflitto di qualificazione oggettiva. La partnership organizzata nello Stato P svolge un'attività economica mediante una stabile organizzazione. Entrambe gli Stati considerano la partnership fiscalmente trasparente e tassano il reddito d'impresa ai

sensi dell'art.7 mod. OCSE. Mentre il diritto domestico dello Stato P riconosce un pagamento di interessi al socio a fronte di un prestito concesso alla partnership, il diritto domestico dello Stato R non riconosce il prestito fra socio e società e riconduce i flussi finanziari alla vicenda conferimento/quota di profitti. Lo Stato fonte P considera il socio come beneficiario effettivo dell'interesse finanziario e applica l'art. 11 Mod. OCSE, mentre lo Stato di residenza del socio R considera il pagamento come una

---

come Stato fonte potrebbe tassare A e B per la loro rispettiva quota di redditi prodotti mediante base fissa e come Stato residenza potrebbe tassare la quota di B di ciascun reddito prodotto dalla partnership).

Rispetto alle due soluzioni interpretative possibili, il report rinvia la discussione ai lavori del Comitato affari fiscali sull'art. 14 mod. OCSE.

<sup>1116</sup> Cfr. OECD, *The application...* cit, m.n.93-139.

<sup>1117</sup> Ibidem, m.n.94-123.

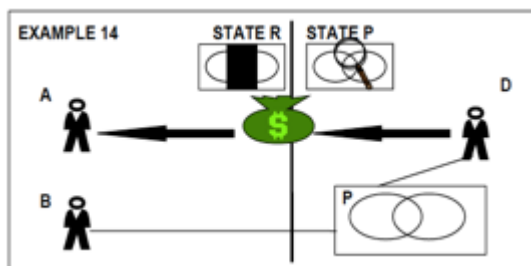
<sup>1118</sup> Ibidem, m.n.124-139.

<sup>1119</sup> Ibidem, m.n.94.

distribuzione di utili prodotti dalla partnership mediante una stabile organizzazione nello Stato P e tassati in base all'art. 7 mod. OCSE. Il comportamento dello Stato della fonte rispetta formalmente le indicazioni interpretative dell'art. 3(2) del mod. OCSE: nell'applicare il Trattato lo Stato P ha interpretato la definizione di interessi contenuta nell'art. 11(3) Mod. OCSE in accordo con il suo diritto domestico, concludendo che quel pagamento va qualificato come un rimborso sul quale sono dovuti interessi ed ha applicato l'art. 11(2) Mod. OCSE. Visto che lo Stato di residenza qualifica il prestito come distribuzione di utili della partnership, le conseguenze del conflitto vanno discusse in base a due ipotesi diverse: che come rimedio alla doppia imposizione sui dividendi il Trattato preveda il *credit method* oppure *l'exemption method*.

Se nel Trattato lo Stato R ha optato per *l'exemption method*, una tassazione alla fonte al 10% in base all'art. 11(2) mod. OCSE potrebbe comportare una parziale non tassazione del reddito; l'aliquota del 10% sugli interessi infatti è generalmente più bassa dell'aliquota corporate domestica cui sono assoggettati i business profit imputati ad una stabile organizzazione. Resta in ogni caso l'ipotesi di esenzione del reddito in capo al socio se lo Stato R adotta una particolare *exemption rule*<sup>1120</sup> domestica (esenzione progressiva) o un regime domestico di *participation exemption o branch exemption*.

Se lo Stato R ha optato per il *credit method* dovrebbe tassare comunque i redditi



(o come dividendi art. 10 o come altri redditi art. 21), evitando salti d'imposta<sup>1121</sup>.

Rispetto al problema dei conflitti di qualificazione nell'applicazione dei Trattati fiscali, il report conduce un'analisi interpretativa e propone uno specifico approccio

metodologico<sup>1122</sup>.

Il presupposto di partenza è la indiscussa sovranità degli Stati nel governare la fiscalità domestica, cioè tutti i profili relativi al metodo di tassazione e all'imputazione dei redditi ai soggetti passivi, inclusa la definizione di soggetto passivo. Rispetto alla sovranità fiscale domestica, i Trattati fiscali possono esclusivamente limitare i diritti

<sup>1120</sup> Alcuni Paesi adottano una *exemption rule* che obbliga lo Stato ad una esenzione progressiva del reddito tassato alla fonte in altro Stato. La base imponibile del contribuente quindi non include il reddito tassato all'estero ma questo rileva ai fini del calcolo dell'aliquota progressiva.

<sup>1121</sup> Questa conclusione, verosimile nel 1999, ad oggi appare largamente insoddisfacente, perché molti Paesi adottano varie forme di *participation exemption* anche per dividendi esteri.

<sup>1122</sup> Cfr. OECD, *The application...* cit., m.n.102-105.

impositivi degli Stati quando un medesimo reddito subisce doppia tassazione internazionale. In linea di principio, il potere impositivo dello Stato fonte è limitato dagli art. 6-21 mod. OCSE, mentre il potere impositivo dello Stato della residenza (se si escludono le eccezioni dell'art. 8 e 19 mod. OCSE è limitato dall'art. 23 Mod. OCSE in base al quale lo Stato residenza è tenuto o ad esentare il reddito che lo Stato fonte può tassare in base al Trattato o concedere un credito per l'imposta prelevata dallo Stato fonte su quel reddito. Nella tassazione di un reddito, lo Stato della fonte impiegherà la qualificazione prevista dalla legge fiscale domestica limitata dalle restrizioni convenzionali. Ai fini della tassazione di un reddito nello Stato fonte, la qualificazione convenzionale dello Stato della residenza è del tutto irrilevante. Non è tuttavia vero il contrario: il modo in cui lo Stato della residenza elimina la doppia imposizione dipende, in qualche misura, da come lo Stato fonte ha applicato la Convenzione.

Il report conclude quindi affermando che l'espressione letterale dell'art. 23 Mod. OCSE "*in accordance with the provisions of the Convention*" è rispettata dando prevalenza alla qualificazione reddituale effettuata dallo Stato fonte in base alla sua legge fiscale. Se quindi lo Stato fonte – a causa delle differenze nella legge fiscale domestica dei due Stati – applica ad un reddito una disposizione convenzionale diversa da quella che avrebbe applicato lo Stato della residenza, l'espressione letterale dell'art. 23 Mod. OCSE deve considerarsi rispettata (***principio guida n.6: prevalenza della legge fiscale domestica dello Stato fonte nei conflitti di qualificazione oggettiva***).

L'esempio n.14 esamina i risultati di tale approccio con riguardo ad una cessione di quote di una partnership estera. Per lo Stato di residenza del cessionario R, la partnership è opaca, quindi la cessione di quote rappresenta un capital gain azionario esente alla fonte in base all'art. 14(3) mod. OCSE. Per lo Stato fonte, la partnership è fiscalmente trasparente e la cessione di quote rappresenta una cessione di asset (parte della stabile organizzazione) mediante cui la partnership svolge attività d'impresa nello Stato; tali redditi pertanto sono tassabili alla fonte in base all'art. 13(2) oppure l'art. 13(3) mod. OCSE. Applicando il principio guida n.5, lo Stato R concederà il rimedio previsto in convenzione in relazione all'art. 13(1) oppure 13(2) mod. OCSE applicato dallo Stato P. La qualificazione reddituale dello Stato della residenza è irrilevante ai fini della tassazione convenzionale applicata dallo Stato della fonte in base alla sua legge domestica.

La discussione di questo caso offre al report l'occasione di fissare la corretta dimensione interpretativa dell'espressione "*in accordance with the provisions of the*



*Convention*”<sup>1123</sup>. L’espressione non obbliga lo Stato residenza a concedere i benefici convenzionali in tutti i casi in cui lo Stato fonte applica una norma convenzionale diversa da quella che avrebbe applicato lo Stato della residenza. I conflitti di qualificazione oggettiva che comportano la prevalenza interpretativa dello Stato fonte in base al principio-guida n.5 sono solo quelli in cui la divergenza si basa su disposizioni differenti della legge domestica dei due Stati. In tutti i casi, invece in cui il conflitto derivi da una diversa interpretazione dei fatti (per esempio l’esistenza o meno di una sede fissa di affari) oppure da una diversa interpretazione delle disposizioni convenzionali (per esempio includendo nella stabile organizzazione alcuni asset che l’altro Stato esclude), lo Stato della residenza potrebbe sostenere che lo Stato fonte non abbia tassato il reddito “*in accordance with the provisions of the Convention*” e negare il rimedio contro la doppia imposizione. In tal caso, lo Stato della residenza potrebbe impiegare la MAP *procedure* dell’art. 25 Mod. OCSE motivando una errata interpretazione delle disposizioni del Trattato o una errata interpretazione dei fatti.

In altri casi, l’espressione “*in accordance with the provisions of the Convention*” va interpretata in relazione a casi di non tassazione associati al rimedio dell’esenzione negoziato dallo Stato della residenza. Così, se lo Stato della fonte si considera non legittimato a tassare in base a convenzione, lo Stato della residenza, considerando che il reddito non sia stato tassato in base a convenzione, non è tenuto ad esentare il reddito in base all’art. 23 mod. OCSE. Un esempio di tale situazione può essere dato invertendo i ruoli degli Stati dell’esempio n.14 (Stato P vede la partnership come una company e lo Stato R vede la partnership fiscalmente trasparente). Per lo Stato P, infatti, la cessione di quote societarie produrrebbe un reddito esente in base all’art. 13(4) mod. OCSE, mentre per lo Stato R l’operazione configurerebbe una cessione di asset della stabile organizzazione estera. Se il Trattato prevede il rimedio dell’esenzione, si porrebbe il problema se lo Stato della residenza R sia obbligato a esentare o meno. Rispetto a tale problema, il report elabora altri due rilevanti principi.

Se lo Stato fonte ha tassato (o esentato) il reddito applicando la regola qualificatoria del suo diritto domestico e limitando il suo diritto impositivo in base alla convenzione - in questo caso impiegando l’art. 13(4) anziché il 13(2) – ha trattato il reddito “*in accordance with the provisions of the Convention*” e ha ceduto implicitamente il suo diritto impositivo allo Stato della residenza. Quest’ultimo quindi non è obbligato ad esentare il reddito dall’art. 23 mod. OCSE (***principio guida n.7: se***

---

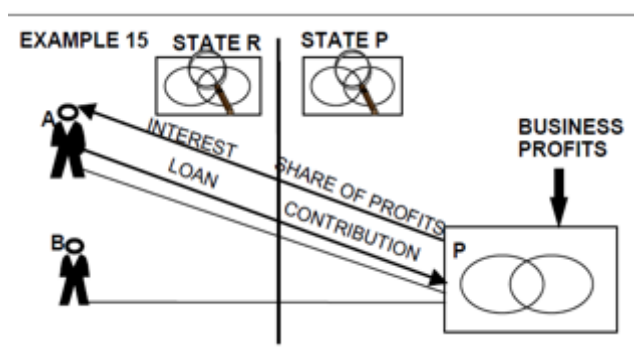
<sup>1123</sup> Cfr. OECD, *The application...*cit, m.n.109-115.

**lo Stato fonte omette di tassare per effetto della sua qualificazione domestica, lo stato della residenza è tenuto ad esentare).**

La situazione è completamente diversa se, pur avendo diritto esclusivo a tassare, lo Stato della fonte esenta il reddito a causa di una disposizione fiscale domestica. In tal caso, lo Stato fonte sta disponendo del suo diritto impositivo e decide di non esercitarlo: se ha negoziato in convenzione il rimedio dell'esenzione, lo Stato della residenza resta tenuto a esentare il reddito (**principio guida n.8: se lo Stato fonte rinuncia alla tassazione per espressa disposizione interna, lo stato della residenza resta tenuto ad esentare**).

In tutti casi, infine, in cui la differente interpretazione dei fatti può condurre a doppia non tassazione, il report propone l'impiego della *safe clause* (oggi codificata nell'art. 23(4) mod. OCSE) che attribuisce allo Stato della residenza il diritto residuale a tassare, utile nell'unico caso in cui entrambe gli Stati esentano il reddito nella convinzione di interpretare correttamente la convenzione rispetto ai fatti.

In base a questi principi-guida, la parziale non-tassazione dell'esempio n.13 dovrebbe essere evitata se allo Stato R non sarà chiesto di esentare ciò che P considera un interesse. Dato che lo Stato P qualifica il reddito in base al suo diritto domestico e tassa quella parte di reddito della partnership in base all'art. 11(2) mod. OCSE, lo Stato R potrà concedere il corrispondente credito ai sensi dell'art. 23A(2) o 23B(1) del mod. OCSE.

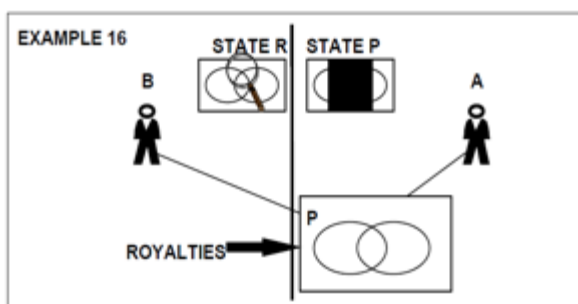


Nell'esempio n.15 i fatti sono simili all'esempio n.13 ma la qualificazione del reddito è invertita fra lo Stato P e lo Stato R. Nello stato fonte P, il reddito è trattato in conformità alla convenzione perché qualificato secondo il diritto fiscale domestico di P come distribuzione di utili prodotti e tassati in P senza restrizioni in base all'art. 7 Mod. OCSE. Il diritto domestico di dello Stato di residenza R qualifica l'operazione come incasso di interessi attivi; se il Trattato prevede il rimedio del credito d'imposta, R potrà tassare gli interessi attivi e riconoscere (eventualmente) un credito solo per l'imposta alla fonte trattenuta in base all'art. 11(2) mod. OCSE. Se P non tassa in base all'art. 11, il credito riconosciuto dallo Stato R sarà in ogni caso pari all'aliquota convenzionale prevista dall'art. 11 del Trattato (parziale doppia imposizione). Se invece il Trattato esclude la tassazione alla

fonte degli interessi si avrà doppia imposizione ineliminabile poiché il conflitto conduce ad una asimmetrica ripartizione del potere impositivo fra i due Stati.

Sulla base dei principi-guida sviluppati in precedenza, la doppia imposizione dovrebbe essere evitata: lo Stato R sarà obbligato ad esentare ciò che ritiene un interesse finanziario oppure a concedere un credito per l'intero importo dell'imposta prelevata dallo Stato P su tale reddito perché l'imposta che lo Stato P applica in base all'art. 7 del Trattato è riscossa qualificando il reddito alla luce del diritto tributario dello Stato P.

I conflitti di imputazione del reddito derivano dalla differente classificazione soggettiva di una stessa entity in due diversi Stati (uno la considera trasparente e l'altro no, oppure uno la considera soggetto passivo d'imposta e l'altro fiscalmente trasparente). Se il reddito è tassato dai due Stati in capo a due differenti contribuenti, tali conflitti generano particolari problemi per lo Stato della residenza<sup>1124</sup>.



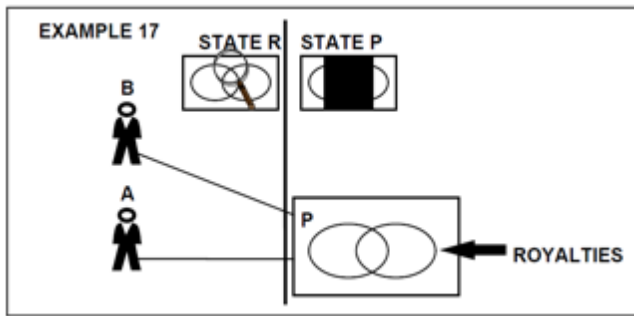
Nell'esempio n.16, la partnership si qualifica persona *liable to tax* e quindi residente nello Stato P. In base all'art. 12 del Trattato R/P, lo Stato R non avrebbe diritto impositivo sulla royalty pagata alla partnership ma accampa diritti impositivi sulla quota di redditi del socio B che è un suo

residente.

Su questo caso il report rileva una discordanza di opinioni. Secondo l'opinione minoritaria il Trattato trova applicazione: in base all'art. 12 mod. OCSE lo Stato R dovrà esentare la royalty e lo Stato P avrà la tassazione esclusiva del reddito imputato ad un suo residente che è anche beneficiario effettivo (salvo CFC rule o speciali disposizioni, come "saving clause" da USA model). Secondo l'opinione maggioritaria, invece, la fattispecie impositiva è domestica e non internazionale: nessun Trattato fiscale quindi potrebbe impedire allo Stato R di tassare un suo residente per redditi prodotti sul proprio territorio. Questa impostazione fa leva sul fatto che l'art. 12 Mod. OCSE non riguarda la tassazione basata sulla residenza ma quella basata sulla fonte del reddito. Se lo Stato R quindi ritenesse di dover tassare il socio B come un proprio residente per un reddito nazionale, dovrebbe naturalmente concedere il rimedio contro le doppie imposizioni previsto dal Trattato per la tassazione che la partnership ha subito

<sup>1124</sup> Cfr. OECD, *The application...* cit, m.n.124.

nello Stato P in cui è residente<sup>1125</sup> (**principio guida n. 9: un Trattato non può impedire ad uno Stato di tassare un socio residente se il reddito della partnership estera è stato prodotto sul suo territorio**). La concessione del rimedio potrebbe sollevare diverse difficoltà perché lo Stato della partnership preleva imposte sia sul reddito da questa prodotto che da questa distribuito ai soci<sup>1126</sup>.



L'esempio n. 17 evidenzia le potenziali criticità derivanti dall'applicazione dell'art. 23 nel caso in cui lo Stato fonte prelevi l'imposta sulla partnership e non sul socio. Lo Stato della fonte P tassa la royalty nazionale prodotta dalla partnership domestica, senza

applicare il Trattato. Lo Stato della residenza R, invece, tassa il reddito della partnership in capo ai soci. La doppia imposizione è causata da una diversa regola domestica di imputazione reddituale nei due Stati. Secondo l'opinione maggioritaria, nonostante il *principio guida n.2*<sup>1127</sup>, il reddito è da considerarsi nazionale e nessun del Trattato potrebbe restringere il diritto impositivo dello Stato P. Secondo opinione meno sostenuta, invece, l'applicazione del Trattato e del *principio guida n.2* dovrebbe eliminare la doppia imposizione: in base all'art. 12 Mod. OCSE, lo Stato fonte sarebbe quindi obbligato ad esentare la royalty mentre lo Stato della residenza avrebbe il diritto impositivo esclusivo di tassarla.

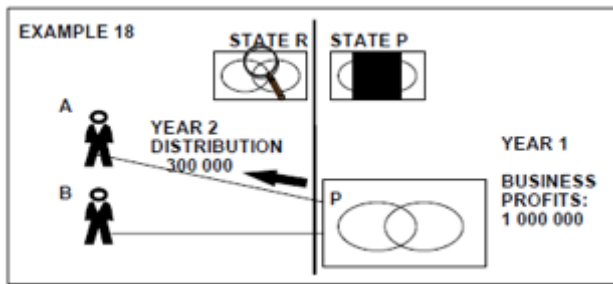
<sup>1125</sup> Il report suggeriva di introdurre nel commentario una raccomandazione interpretativa che consentisse allo Stato di residenza del socio di tassare, direttamente in capo al socio residente, come reddito domestico, un reddito prodotto sul suo territorio dalla partnership estera. Cfr. OECD, *The application...* cit., m.n.128.

L'indicazione del report comportò l'inserimento della seguente raccomandazione all'interno del Commentario Mod. OCSE 2000 all'art. 1 (6.1): «*One issue is the effect that the application of the provisions of the Convention to a partnership can have on the taxation of the partners. Where a partnership is treated as a resident of a Contracting State, the provisions of the Convention that restrict the other Contracting State's right to tax the partnership on its income do not apply to restrict that other State's right to tax the partners who are its own residents on their share of the income of the partnership. Some states may wish to include in their conventions a provision that expressly confirms a Contracting State's right to tax resident partners on their share of the income of a partnership that is treated as a resident of the other State*». Cfr. Sfrondrini A., *Le partnership e la trasparenza fiscale...*, cit., p. 926.

La raccomandazione è oggi inserita nel Comm. Mod. OCSE 2017 all'art.1: «15. As confirmed by paragraph 3, paragraph 2 does not restrict in any way a State's right to tax its own residents. This conclusion is consistent with the way in which tax treaties have been interpreted with respect to partnerships (see paragraph 6.1 of this Commentary as it read after 2000 and before the inclusion of paragraph 3 in 2017)».

<sup>1126</sup> V. infra, esempio n.18.

<sup>1127</sup> Principio guida n. 2: prevalenza del principio dell'imputazione fiscale dello Stato della residenza dei soci.



L'esempio n.18 mostra le potenziali criticità derivanti dall'applicazione dell'art. 23 mod. OCSE nel caso in cui un conflitto di imputazione fa sì che alla fonte, il prelievo sia effettuato sia sulla produzione che sulla distribuzione del reddito. Lo Stato P tratta la partnership

come una company, ne tassa quindi il reddito d'impresa nell'anno 1 e la distribuzione dei dividendi alla fonte nell'anno 2. Lo Stato di residenza dei soci R tratta la partnership come trasparente, quindi tassa i soci per la quota di reddito loro imputabile dalla partnership estera (la successiva distribuzione invece è indifferente). Ai fini dell'eliminazione della doppia imposizione sorgono tre diversi ordini di problemi:

- a) *Object mismatch*: i presupposti sulla base dei quali i due Stati tassano i redditi sono diversi (P tassa la produzione del reddito d'impresa e la distribuzione, R invece tassa l'imputazione per trasparenza);
- b) *Timing mismatch*: per i due stati il momento impositivo è diverso, per lo Stato P è l'anno 2 e per lo Stato R è l'anno 1);
- c) *Tax Liability mismatch*; il prelievo avviene su due soggetti diversi, lo Stato P riscuote l'imposta sulla società mentre lo Stato R la riscuote l'imposta sul socio.

Quanto al primo problema, occorre distinguere fra generazione dei profitti e la distribuzione degli utili.

Sulla generazione dei profitti, lo Stato R dovrà esentare o concedere un credito d'imposta. Almeno teoricamente, il Trattato obbligherebbe lo Stato R a concedere il rimedio contro la doppia imposizione sulla distribuzione degli utili. Per lo Stato R, tuttavia, la distribuzione è un'operazione fiscalmente irrilevante perché i redditi della partnership estera fiscalmente trasparente sono tassati in capo ai soci solo all'atto della produzione. È chiaro che, se per la sua legge domestica, tale distribuzione non è tassata, nessun rimedio è dovuto. La ritenuta alla fonte sui dividendi operata dallo Stato P pertanto non comporterà per lo Stato R alcun obbligo poiché non c'è doppia imposizione.

Il secondo problema, se lo Stato R non tassa la distribuzione, diventa irrilevante.

Il terzo problema va risolto ritenendo che lo Stato R sia obbligato a concedere al socio residente nel suo territorio il rimedio previsto dal Trattato per l'imposta che lo Stato P ha prelevato sui profitti della partnership residente nel proprio territorio. Nella misura in cui lo Stato R imputa per trasparenza i redditi della partnership estera al socio

residente nel proprio territorio, così dovrà imputare per trasparenza anche le imposte estere pagate dalla partnership (*principio guida n.10: se uno Stato ignora l'opacità di una partnership estera per tassare la quota di redditi imputabile al socio residente nel proprio territorio, dovrà ignorare tale opacità anche ai fini dell'imputazione pro quota al socio delle imposte pagate dalla partnership nel suo Stato di residenza*).

### 3.2.4 Le frizioni interne e le criticità aperte del Partnership report

Le indicazioni contenute nel partnership report sono state oggetto di numerose critiche da parte della letteratura, molte delle quali attendono ancora dei chiarimenti definitivi.

Una delle questioni sollevate dalla dottrina riguarda il valore giuridico del Commentario OCSE<sup>1128</sup> ai fini interpretativi<sup>1129</sup>. Da una parte, infatti, il report sembrerebbe uno strumento inadatto ad influenzare la *tax treaty practice* degli Stati e quindi il suo inserimento nel Commentario sarebbe insufficiente per modificare i criteri interpretativi<sup>1130</sup>. Dall'altra si pone il problema concreto dell'efficacia delle modifiche del Commentario intervenute *medio tempore* rispetto ai Trattati già conclusi.

Un altro fronte di criticità riguarda i criteri impiegati dall'OCSE per la soluzione dei conflitti di qualificazione derivanti dall'applicazione delle norme del Trattato. In particolare, per la dottrina resta immotivato l'assunto pregiudiziale in base al quale i conflitti di qualificazione reddituale debbano essere risolti sulla base delle regole impiegate dallo Stato della fonte<sup>1131</sup> e i conflitti di classificazione invece debbano

---

<sup>1128</sup> A questo riguardo la critica si pone nel solco di quella già sollevate in relazione all'impiego del commentario allo standard OCSE rispetto ai Trattati effettivamente conclusi fra gli Stati. Si v. per es. Ault H., *The Role of the OECD Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties*, Intertax, 1994, p. 146 ss.; Maisto G., *The Observations on the OECD Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties*, in BIT 2005, p. 14 ss.; Wattel P., Marres O., *The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretation of Tax Treaties*, in ET, n.7/2003, p. 222 ss.; Engelen F., *Some Observations on the Legal Status of the Commentaries on the OECD Model*, in BIT, 2006, p. 105 ss.; Ward D., *The Role of Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Process*, in BIT, 2006, p. 97 ss.; Ellis M., *The Influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation – Response to Prof Dr Klaus Vogel*, in BIT, 2000, p. 618 ss.; Avery Jones J. F., *The Effect of Changes in the OECD Commentaries after a Treaty is Concluded*, in BIT 2002, p. 102 ss.; Lang M., Brugger F., *The Role of the OECD Commentary in Tax Treaty Interpretation*, in Australian Tax Forum, n.23/2008, p. 95 ss.; Engelen F., *Some Observations on the Legal Status of the Commentaries on the OECD Model*, IBFD Bulletin 2006, p. 105 ss.

<sup>1129</sup> Cfr. Lang M., *The application of the OECD model tax convention to partnerships: a critical analysis of the report prepared by the OECD Committee on fiscal affairs*, Linde: The Hague, Kluwer law international, 2000, p. 15 ss.

<sup>1130</sup> Cfr. Engelen F., Pötgens F.P.G., *Report on "the application of the OECD Model tax convention to partnerships" and the interpretation of tax treaties*, in ET, n.7/2000, p. 267 ss.

<sup>1131</sup> Cfr. Lang M., *The application of the OECD model tax convention to partnerships...* cit, p. 20 ss.

essere risolti sulla base delle regole impiegate dallo stato della residenza del socio<sup>1132</sup>. Similmente resta immotivato il presupposto per consentire le eccezioni a tali criteri sulla base del fatto che il “contesto” - inteso come requisito per adottare una interpretazione alternativa del Trattato – andrebbe identificato nell’eliminazione contestuale sia della doppia imposizione che della doppia non imposizione<sup>1133</sup>.

Anche ammettendo la validità e la comune accettazione di tali criteri che dovrebbe risolvere definitivamente la doppia imposizione derivante dai conflitti di attribuzione<sup>1134</sup> e che si mostrano validi a prevenire numerosi casi di doppia non imposizione<sup>1135</sup>, la dottrina rileva che questi lasciano tuttavia irrisolta la doppia imposizione in diverse situazioni, come ad esempio i casi triangolari che coinvolgono le stabili organizzazioni, i conflitti residenza-residenza e i conflitti fonte-fonte<sup>1136</sup>.

Va ricordato infine che i Trattati, pur allocando i diritti impositivi fra gli Stati, sono privi di regole di imputazione reddituale le quali restano prerogativa degli Stati nazionali e quindi sono di base inadatti a risolvere i problemi derivanti dalla tassazione dei redditi delle partnership<sup>1137</sup>.

Mentre le questioni relative alla commistione (o meglio connessione) fra conflitti di imputazione e conflitti di qualificazione del reddito<sup>1138</sup> sembrerebbero superate dalle soluzioni offerte dall’action 2 del BEPS, le critiche sulla presunta assenza di un più stretto collegamento fra la titolarità dei benefici convenzionali e il reddito (anziché con

---

<sup>1132</sup> Cfr. Lang M., *The application of the OECD model tax convention to partnerships...* cit, p. 37 e p. 92. Secondo questa ricostruzione, dal momento che il Trattato ha la funzione di restringere i diritti impositivi degli Stati sulla base di un principio di reciprocità, se lo Stato fonte tassa i non residenti sulla base del diritto nazionale sarebbe suo compito individuare il soggetto tassabile. Sulla base di questo assunto, l’A propone una diversa soluzione al caso n. 16 del partnership report che si basa sul criterio classificatorio della fonte. Contra, Danon R.J., *Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection*, in BIT, n.4-5/2014, p. 198 ss.

<sup>1133</sup> V. ad es. Partnership Report, mn. 15, mn.44, mn.52, mn.99, mn.109, mn.113. Uno delle principali preoccupazioni sia del Partnership Report che del Commentario in tema di entità ibride sono i casi di doppia non imposizione che alimentano l’erosione di base imponibile. Cfr. Steindl M., Stiašny M., *The Impact of the OECD Partnership Report (1999) on Tax Avoidance in Outbound Cases*, in BIT, n.2/2014, p.112 ss.

<sup>1134</sup> Nella prospettiva OCSE lo Stato fonte supera i conflitti di imputazione provocati dalla entity classification se, nell’applicare la corrispondente regola distributiva, adotta i principi di imputazione reddituale dello Stato della residenza. V. Partnership Report 1999, mn.54.

<sup>1135</sup> Questi casi si verificano quando il conflitto di attribuzione è ribaltato (reverse hybrid) cioè per esempio, quando lo Stato fonte ignora la sua partnership e imputa il reddito ai soci esteri mentre lo Stato di residenza dei soci imputa il reddito alla partnership estera. V. a riguardo Partnership Report 1999, mn. 51 (esempio 3), mn. 64 (esempio 6) e mn. 69 (esempio 9).

<sup>1136</sup> Cfr. Danon R.J., *Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection*, in BIT, n.4-5/2014, p. 195, 198-199. I conflitti residenza-residenza si hanno nel caso in cui un reddito prodotto nello Stato fonte (S) è attribuito contemporaneamente ai soci dal loro Stato di residenza (R) e alla società dal suo stato di stabilimento (P). I conflitti fonte-fonte invece si verificano quando sia lo Stato dei soci (R) che quello del percettore del reddito (C) classificano la partnership nello Stato P come trasparente, mentre lo Stato P la classifica come opaca.

<sup>1137</sup> Cfr. Schaffner J., *The OECD Report on the Application of Tax Treaties to Partnerships*, in BIT, n. 5/2001, p.219 ss.; Steindl M., Stiašny M., *The Impact of the OECD Partnership Report (1999) on Tax Avoidance in Outbound Cases*, in BIT, n.2/2014, p.112 ss.

<sup>1138</sup> V. in part. l’esempio n.18 del Partnership Report 1999.

la persona)<sup>1139</sup> sembrano superate grazie all'avvicinamento del modello COSE al modello USA<sup>1140</sup>.

Va quindi evidenziato che le indicazioni del report non ricevono uniforme applicazione in tutti gli Stati<sup>1141</sup>. Inoltre, l'impiego di modelli convenzionali alternativi a quello OCSE o di apposite clausole convenzionali di tipo definitorio (come per esempio l'inclusione o l'esclusione espressa delle partnership nella definizione di impresa o persona residente) o di tipo distributivo possono spesso condurre a risultati significativamente differenti<sup>1142</sup>.

### 3.3 LE PARTNERSHIPS NEL MOD. OCSE 2017

La versione 2017 del modello OCSE rappresenta l'esito di un processo evolutivo molto complesso.

Con riguardo al tema dell'applicazione dei Trattati alle entità fiscalmente ibride (*hybrid entities*), l'attuale versione del Modello OCSE eredita le conclusioni del Partnership Report 1999 sulle partnerships ed assorbe molte delle innovazioni proposte

---

<sup>1139</sup> Cfr. Wheeler J., *The Missing Keystone of Income Tax Treaties*, in WTJ, n. 2/2011, p. 247 ss. e più ampiamente in *The Missing Keystone of Income Tax Treaties*, IBFD, 2012. In letteratura non vi è accordo sulla relazione fra imputazione personale del reddito come requisito delle *distributive rules* e il concetto di *tax liability* dell'art. 4 mod. OCSE. Secondo alcuni commentatori il fatto che le distributive rules richiedono un collegamento fra reddito e residente implica una soggettività passiva "oggettiva" nell'art. 4 mod. OCSE; cfr. Lang M., *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships...*, p. 51 (esempio n.3), p. 60 (esempio n.6) and p. 63 (example 7). Secondo altri invece, l'imputazione personale ("paid to" e "derived by") è requisito "oggettivo" specifico delle distributive rules, mentre la *tax liability* è requisito "soggettivo" specifico dell'art. 4 mod. OCSE. Cfr. Danon R., *Qualification of Taxable Entities* cit., p. 196.

<sup>1140</sup> L'assenza di unanime consenso intorno ai principi del PR1999 ha inevitabilmente condotto all'attuale policy di codificazione espressa all'interno del mod. OCSE e UN model, di disposizioni simili a quelle dell'art. 1(6) dell' US Model. L'inclusione di principi simili contenuti in tale disposizione è stata ampiamente annunciata dai lavori della Commissione di esperti di cooperazione internazionale in materia fiscal dell'ONU. Cfr. Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, *U.S. Approach to Application of Income Tax Treaties to Payments through Hybrid Entities*, Note by H. Louie, p. 4 (2013), available at [http://www.un.org/esa/ffd/tax/ninthsession/CRP1\\_HybridEntities.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/tax/ninthsession/CRP1_HybridEntities.pdf). Il report concludeva suggerendo l'introduzione nell'UN model di una clausola simile alla seguente: «*For the purposes of this Convention, an item of income, profit or gain derived by or through an entity that is treated as wholly or partly fiscally transparent under the taxation laws of either Contracting State shall be considered to be derived by a resident of a Contracting State, but only to the extent that the item is treated for purposes of the taxation law of such Contracting State as the income, profit or gain of a resident*».

Tale clausola, inclusa nel mod. OCSE 2017 con formula molto più ampia di quanto suggerito, ha codificato le raccomandazioni generali del PR 1999 e le ha di fatto estese a trust, patrimoni e altre entità ibride US Model: Technical Explanations, p. 7 (2006).

<sup>1141</sup> Cfr. Scalia R., L'imposizione delle società di persone nel quadro delle Convenzioni internazionali ...cit, p. 3293 in part. p. 3294 e bibliografia ivi citata. Secondo Danon R.J., *Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection*, cit., p. 199-200, la riluttanza degli Stati sarebbe spiegata da un doppio ordine di ragioni. In primo luogo, l'OCSE, invece di affrontare il tema dei conflitti di imputazione in modo generale, ha optato per un approccio esemplificativo e casistico che offre soluzioni non coerenti fra loro. La sua limitazione alle partnership inoltre ne ostacola l'impiego come strumento interpretativo per le altre entità ibride. Non ultimo, l'applicazione del criterio classificatorio dello Stato della residenza è limitato ai soli casi di conflitti di classificazione delle entità, il che sembra confermato dal fatto che la nozione di beneficiario effettivo ai fini dell'applicazione del report diverge da quella ordinaria del modello OCSE.

<sup>1142</sup> Cfr. Lang M., Staringer C., *Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection*, cit., p. 62.



dal BEPS action plan (action 2, 3 e 6) generalizzandone la portata applicativa a tutti gli enti fiscalmente assimilabili.

Nel quadro delle profonde innovazioni apportate al modello OCSE 2017, l'obiettivo di contrastare l'evasione fiscale<sup>1143</sup> introdotto e sviluppato all'interno dell'action plan n.6 occupa uno spazio logico molto rilevante ed ha prodotto un impatto non solo sul wording e su un numero elevato di clausole aggiuntive ma soprattutto sui criteri interpretativi alla luce dei quali il modello stesso e i futuri trattati dovranno essere interpretati.

Fra gli aggiornamenti più significativi tuttavia rilevano le nuove indicazioni interpretative introdotte nel Commentario.

In primo luogo, il Commentario si premura di sottolineare che la residenza fiscale in uno dei due Stati contraenti (insieme alla personalità) non attribuisce automaticamente i benefici del Trattato. Devono infatti ricorrere tutti gli altri eventuali requisiti previsti dalle altre disposizioni del Trattato siano essi generali, come ad esempio quelli previsti dall'art. 29<sup>1144</sup>, siano essi specificamente previsti per alcune categorie reddituali (come per esempio la *beneficial ownership* nel caso di dividendi, interessi e royalties degli art. 10, 11 e 12).

### 3.3.1 Entità ibride e benefici del Trattato (art. 1 e 3 Mod. OCSE)

L'applicazione del mod. OCSE alle partnerships rappresenta tradizionalmente un problema per due ordini di ragioni.

In primo luogo, l'applicazione del modello richiede il simultaneo possesso di determinati requisiti soggettivi<sup>1145</sup> (personalità e residenza) di cui le partnerships sono sprovviste a causa della loro natura fiscale ibrida, il cui carattere di ibridazione varia peraltro da Stato a Stato. Il contemporaneo possesso dei requisiti soggettivi rappresenta uno dei nodi più delicati e critici dell'intero sistema convenzionale poiché eventuali pratiche classificatorie o anche interpretative<sup>1146</sup> asimmetriche da parte degli Stati contraenti sono in grado di compromettere l'efficacia funzionale del Trattato (permanenza della doppia imposizione) o di consentirne uno sfruttamento abusivo (*treaty abuse*).

---

<sup>1143</sup> OECD model 2017, *introduction*, p.15.6.

<sup>1144</sup> OECD Commentary on article 1, p.1.

<sup>1145</sup> Affinché le regole distributive del Trattato trovino applicazione, il possesso dei requisiti soggettivi deve coesistere con quello dei requisiti oggettivi (imposte considerate art. 2. Mod. OCSE).

<sup>1146</sup> Sul ruolo dell'interpretazione nell'ambito dei conflitti di classificazione e qualificazione, v. supra § **Error!**  
**Reference source not found.**

In secondo luogo, l'assenza di norme di classificazione fiscale degli enti all'interno del modello lascia completa arbitrarietà agli Stati nel classificare enti domestici ed esteri ai fini della tassazione nazionale, con inevitabili ripercussioni sul piano convenzionale.

Si pone quindi il problema di valutare l'ampiezza del requisito convenzionale di resident rispetto al caso particolare delle partnerships.

### 3.3.1.1 La Partnership come *person* ai fini del Trattato

L'applicazione del modello convenzionale alle partnerships richiede preliminarmente di verificare che tali figure si qualificano *resident person* ai fini del Trattato<sup>1147</sup>.

La verifica del requisito della personalità va effettuata in conformità alla nozione di *person* contenuta nelle definizioni generali<sup>1148</sup>, art. 3(1) del Mod. OCSE.<sup>1149</sup>

A questo riguardo, vi è concorde opinione<sup>1150</sup> nell'attribuire alle partnerships dello status di *person*. Nel caso in cui la legislazione domestica dello Stato in cui è organizzata assimili la partnership a «*any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes*» essa rientra nella definizione di *company* dell'art. 3(1) lett. b). Nel caso contrario invece, cioè quando la legislazione domestica dello Stato in cui è organizzata consideri la partnership come ente fiscalmente

---

<sup>1147</sup> Sul punto la letteratura è copiosa. Per una panoramica esaustiva si rinvia a: Vogel K., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, cit., art. 1 mn.14-28 e art 4 mn. 32-36 e alla bibliografia ivi citata.

<sup>1148</sup> La letteratura tende a riferirsi al modello OCSE come ad uno *structural framework* con sezioni dedicate a specifiche finalità: definizioni (art. 1-5), regole distributive (art. 6-22), rimedi (art. 23) e regole procedurali (art. 24-31). Cfr. Garbarino C., Manuale di tassazione internazionale, Milano, 2008; Valente P., Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, Milano, 2016.

<sup>1149</sup> OECD Model 2017, Art. 3(1): « 1. For the purposes of this Convention, unless the context otherwise requires:

- a) the term “person” includes an individual, a company and any other body of persons;
- b) the term “company” means any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes;
- c) the term “enterprise” applies to the carrying on of any business;
- d) the terms “enterprise of a Contracting State” and “enterprise of the other Contracting State” mean respectively an enterprise carried on by a resident of a Contracting State and an enterprise carried on by a resident of the other Contracting State; (...)

- g) the term “national”, in relation to a Contracting State, means:
  - (i) any individual possessing the nationality or citizenship of that Contracting State; and
  - (ii) any legal person, partnership or association deriving its status as such from the laws in force in that Contracting State;

- h) the term “business” includes the performance of professional services and of other activities of an independent character».

<sup>1150</sup> V. Partnership Report 1999 n.29-32 e Commentario on art. 3 n. 2. Cfr. Lang M., *The application...*, cit. p.31 ss.; Baker P., *The application of the Convention to partnerships, trusts and other, non-corporate entities*, in GIRC Review, n.1/2002, p.2ss, Nella dottrina italiana cfr. Della Valle E., *La soggettività delle partnerships nel modello OCSE...*, cit., p. 753 ss.; Scalia R., *L'imposizione delle società di persone nel quadro delle Convenzioni ...*cit. p. 3292 ss.

trasparente, questa rientra - mediante un inevitabile sforzo interpretativo - fra gli *any other body of persons* dell'art. 3(1) lett. a).

Se tale verifica appare quindi piuttosto semplice per il requisito della personalità, essa si rivela più complessa invece per il requisito della residenza.

### 3.3.1.2 La Partnership come “resident” ai fini del Trattato

La verifica del requisito della residenza va effettuata in conformità alla nozione convenzionale di *resident*, come definita dall'art. 4(1) del Mod. OCSE<sup>1151</sup>, la quale poggia su due componenti fondamentali rappresentate dal concetto di *liability to tax* e dalla locuzione *by reason of*, rappresentativa del criterio di collegamento territoriale con lo Stato<sup>1152</sup>.

Per *individuals e corporation* (persone fisiche e società incorporate) il concetto di *liability to tax* assume il significato di astratta assoggettabilità a tassazione, vale a dire uno status che espone la persona (fisica o giuridica) ad obbligazioni fiscali illimitate, quasi sempre in base al *worldwide income taxation principle*<sup>1153</sup>.

Per le *partnership*, invece, il concetto di *liability to tax* deve essere contestualizzato rispetto alla loro natura fiscale. A questo riguardo, come ricordato sopra, l'evoluzione del modello OCSE ha giocato un ruolo significativo. Fino alla versione del 2014, nel mod. OCSE non vi è traccia di alcuna disposizione espressa in tema di *partnerships*. Ai fini dell'applicazione dei Trattati, tuttavia, il relativo Commentario raccomandava che alla figura della *partnership* dovesse essere riconosciuta *tax liability* solo e unicamente se considerata fiscalmente opaca (non trasparente) dallo Stato in cui è organizzata<sup>1154</sup>.

Come indicazione di ulteriore dettaglio il Partnership Report aggiunge che il criterio dirimente per stabilire se una *partnership* possa considerarsi *liable to tax* nello

---

<sup>1151</sup> OECD MC 2017, art. 4(1):«*For the purposes of this Convention, the term “resident of a Contracting State” means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, and also includes that State and any political subdivision or local authority thereof. This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein.*».

<sup>1152</sup> In questo senso Salomé H., *international taxation of partnerships: divergences in the personal attribution of income ... cit.*, p.52

<sup>1153</sup> In alcuni Paesi, la *fully liability to tax* espone le persone ad obbligazioni derivanti dall'applicazione di un principio di tassazione su base territoriale e non mondiale. L'attuale versione del Commentario ha aggiunto un ulteriore componente di gradualità nel riconoscimento della residenza alle *partnership* e in generale a tutti gli enti fiscalmente trasparenti: in base ad essa è ammissibile parlare di una *liability to tax* come fattore parzialmente abilitante ai benefici convenzionali che consente cioè di applicare le disposizioni del Trattato a quei redditi o a parte di questi nella misura in cui essi sono imputati ad un residente di tale Stato.

<sup>1154</sup> OECD MC 2010 Commentary on art.1, n.5.

Stato della sua organizzazione è la modalità di quantificazione delle imposte sul reddito della partnership: se la determinazione dell'imposta segue le regole domestiche previste per i soci, ancorché l'obbligazione di pagamento dell'imposta gravi sulla partnership, deve considerarsi fiscalmente trasparente, priva di autonoma liable to tax e non *resident* ai fini convenzionali; se al contrario la determinazione dell'imposta della partnership segue le norme fiscali domestiche appositamente previste per questa, allora la partnership avrebbe dovuto considerarsi un contribuente dotato di autonoma *tax liability* e di qui residente ai fini del Trattato<sup>1155</sup>. Se dunque lo Stato applica l'imposta a livello della partnership e ne quantifica l'ammontare in base alle sue caratteristiche personali, la partnership si qualifica come soggetto passivo, *liable to tax* e *resident* ai fini del Trattato; al contrario, se lo Stato della partnership applica all'imposta a livello dei soci tenendo conto unicamente delle loro caratteristiche personali, ancorché sia la partnership a versarla, la partnership deve considerarsi fiscalmente trasparente e non *resident* ai fini del Trattato.

Nella versione 2014 del modello convenzionale tuttavia l'OCSE raccomandava che l'applicabilità del Trattato alle partnership in virtù della loro *tax liability* domestica operasse con approccio “*all in*” oppure “*all out*” e non contemplava le situazioni intermedie, cioè di parziale *tax liability*<sup>1156</sup>.

Col fine di regolare tali situazioni intermedie, la versione 2017 del modello OCSE ha introdotto una disposizione mutuata dall'US model<sup>1157</sup>, detta *transparent entity provision*<sup>1158</sup> che realizza nel contempo una doppia finalità: 1) in caso di conflitto di *entity classification* fra i due Stati, assicurare che lo Stato della fonte applichi il Trattato ad un reddito se, e nella misura in cui, lo Stato di organizzazione dell'entità

---

<sup>1155</sup> Cfr. Partnership report, mn.40. Tale indicazione è stata inclusa nel Commentario solo a partire dalla versione 2017.

<sup>1156</sup> In considerazione del fatto che alcuni regimi di trasparenza fiscale comportavano spesso conseguenze asimmetriche per i diversi soci o partecipanti all'entità ibrida, sia il Partnership Report 1999 che la dottrina segnalavano l'esigenza di chiarimenti OCSE sull'approccio da adottare nell'applicazione dei Trattati alle cd *partly fiscally transparent entities*: vale a dire tutte quelle entità rispetto alle quali la trasparenza fiscale generava situazioni intermedie in cui l'entità fosse considerata fiscalmente opaca solo in parte, quindi *liable to tax* solo per alcuni redditi e non per altri. Fra queste: le general partnerships e soprattutto i trust, ma anche le cd non corporate entities come le *joint ventures*, *economic groupings*, *estates*, *limited liability companies* e, non ultimi, le varie forme di *collective investments schemes*. Sul punto, v. Partnership Report 1999, mn.37; Baker P., *The application of the Convention ... cit.*, p. 12 e 21ss. e in particolare la letteratura richiamata alle note 57 e 63.

<sup>1157</sup> Cfr. US Model 2016, art. 1(6): «*For the purposes of this Convention, an item of income, profit or gain derived by or through an entity that is treated as wholly or partly fiscally transparent under the taxation laws of either Contracting State shall be considered to be derived by a resident of a Contracting State, but only to the extent that the item is treated for purposes of the taxation laws of such Contracting State as the income, profit or gain of a resident*».

<sup>1158</sup> OECD model 2017, art. 1(2): «*For the purposes of this Convention, income derived by or through an entity or arrangement that is treated as wholly or partly fiscally transparent under the tax law of either Contracting State shall be considered to be income of a resident of a Contracting State but only to the extent that the income is treated, for purposes of taxation by that State, as the income of a resident of that State*» (previsione introdotta per effetto del BEPS Action Report n.2 Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, cap. 14).

consideri che tale reddito sia stato percepito<sup>1159</sup> da un proprio residente; 2) evitare la concessione dei benefici convenzionali quando in nessuno dei due Stati la legislazione fiscale domestica tratta il reddito dell'entità come reddito percepito da un proprio residente<sup>1160</sup>.

Il suo inserimento nell'art. 1 del mod. OCSE, cioè all'interno della disposizione tradizionalmente dedicata ai requisiti applicativi del Trattato, risponde a due esigenze: assicurare che l'applicazione dei Trattati alle entità ibride segua puntualmente i principi interpretativi contenuti nel Partnership Report 1999<sup>1161</sup> ed estendere le conclusioni di tale report, inizialmente valide per le sole partnership<sup>1162</sup>, a tutte le fattispecie di trasparenza fiscale intermedia (sia integrale che parziale)<sup>1163</sup>. In linea con le indicazioni dell'action 6<sup>1164</sup>, il commentario chiarisce inoltre l'esigenza – peraltro già avvertita dal Partnership Report 1999<sup>1165</sup> – di negare i benefici del trattato sia in assenza dei requisiti previsti (quando cioè nemmeno uno dei due Stati considera quel reddito come imputabile ad un suo residente), ma soprattutto nei casi in cui gli Stati non siano in grado di verificare se una persona è veramente legittimata a beneficiare del Trattato<sup>1166</sup>.

Rispetto alla *transparent entity provision*, il commentario si premura di definire alcuni particolari concetti.

Il termine *income*<sup>1167</sup> è impiegato in una accezione ampia, di volta in volta da ascrivere ai redditi delle singole categorie previste dalle regole distributive convenzionali (art. 6-22 del Mod. OCSE).

---

<sup>1159</sup> Come rilevato dalla dottrina, il sistema convenzionale è carente del cd nesso di imputazione che collega la persona tassabile al reddito oggetto delle sourcing rules. Il motivo di tale carenza va ascritto alla funzione distributiva del potere impositivo dei Trattati che esclude per definizione la individuazione dei criteri di collegamento. Questi al contrario sono inclusi nella riserva di sovranità fiscale degli Stati poiché rappresentano un nesso indispensabile affinché si realizzi il meccanismo della imputazione reddituale, vale a dire la relazione che intercorre fra oggetto della tassazione e persona sui grava l'imposizione. La nozione domestica di reddito "percepito" o "prodotto" va pertanto contestualizzata nei trattati di volta in volta in modo diverso a seconda delle varie categorie reddituali previste dal Trattato stesso: paid to, income derived by e profit of an enterprise. Cfr. Kollmann J., Roncarati A., Staringer C., Treaty Entitlement for Fiscally Transparent Entities: Article 1(2) of the OECD Model Convention, in Lang M., Pistone P., Rust A., Schuch J., Staringer C. (eds), Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). The Proposal to Revise the OECD Model Convention, Linde, 2016, p. 8 ss.

<sup>1160</sup> Cfr. Vogel K., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, cit., p.103.

<sup>1161</sup> OECD model, Commentary on article 1, n.2.

<sup>1162</sup> Come ricordato in precedenza, il Report forniva con approccio casistico di indicazioni esemplificative e pratiche su come le disposizioni convenzionali dovessero essere applicate alle partnership nei vari casi. Le conclusioni valide per le partnership dovevano essere estese ai CIVs (Commentary on article 1, p.22-48), mentre i trust in quanto entità non societarie erano esclusi dal report e andavano trattati a parte.

<sup>1163</sup> Commentary on article 1, n.3-4. Su punto, v. Vogel, *Double taxation conventions*, cit. 2014, cit. p. 102-103.

<sup>1164</sup> Cfr. OECD (2015), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<sup>1165</sup> Cfr. Partnership Report 1999, mn. 78.

<sup>1166</sup> Cfr. OECD MC 2017, Commentary on article 1, n.5-6. Se per esempio occorre uno scambio di informazione per verificarlo, lo stato fonte potrebbe usare il meccanismo del rimborso invece dell'applicazione diretta.

<sup>1167</sup> Cfr. OECD MC 2017, Commentary on article 1, n.8.

Il commentario riferisce la nozione di *fiscally transparent*<sup>1168</sup> a tutti i casi in cui la legislazione domestica di uno degli Stati contraenti consideri un reddito imputabile alla persona, e non all'entity alla quale questa partecipa: la tassazione del reddito in questo caso dipenderà dalle caratteristiche della persona (del socio, nel caso di una partnership) cui il reddito è imputato per trasparenza, le quali contribuiranno a definire il regime fiscale complessivo applicabile alla totalità dei redditi della persona stessa (detrazioni, deduzioni, esenzioni, regole della territorialità, criteri di collegamento e momento impositivo)<sup>1169</sup>. Nel caso della partnership, quindi, se l'ammontare dell'imposta dovuta è determinata in base alle caratteristiche dei soci ai quali il reddito è imputato per trasparenza, il fatto che la legislazione domestica dello Stato qualifichi la società come debitore dell'imposta è del tutto irrilevante ai fini del regime impositivo previsto da ciascuno stato per i soci residenti: la qualificazione del reddito (*income qualification*), come la fonte (*source of income*) come anche il momento impositivo (*timing of realisation*) del reddito saranno determinati in base al regime fiscale naturale per questi previsto dal proprio Stato di residenza. Il che è in perfetta analogia con quanto previsto dal Partnership Report 1999<sup>1170</sup>.

Una delle novità di maggiore rilievo introdotte dalla codificazione della *transparent entity provision* è l'inclusione a godere dei benefici convenzionali non solo delle entità totalmente trasparenti (*wholly fiscally transparent*) ma soprattutto di quelle parzialmente trasparenti (*partly fiscally transparent*). Il nuovo approccio OCSE autorizza cioè un'applicazione "parziale" del Trattato per garantire i benefici convenzionali solo in riferimento a quella porzione del reddito (*wholly or partly*) che, in base al regime domestico di trasparenza fiscale di uno Stato, è imputato ad un residente di quello Stato<sup>1171</sup>.

Secondo il Commentario, anche la locuzione *income derived by or through an entity or arrangement*<sup>1172</sup> dovrebbe assumere un'accezione ampia al punto da includere

---

<sup>1168</sup> OECD MC 2017, Commentary on article 1, n.9-10.

<sup>1169</sup> Si tratta del concetto espresso dal Partnership Report 1999 mn. 40, cui si faceva riferimento in precedenza e che non era stato incluso in alcun Commentario.

<sup>1170</sup> Cfr. Partnership Report 1999 mn.37-40.

<sup>1171</sup> Cfr. OECD MC 2017, Commentary on article 1, n.10 che fa espresso riferimento al caso dei trust e delle limited partnerships. Se l'entità è parzialmente trasparente in base alla legge fiscale domestica, solo una parte del reddito è fiscalmente imputata al socio (per es. trust che distribuiscono solo una parte dei redditi ai beneficiari o solo ad alcuni beneficiari, mentre il resto si accumula in capo all'entity o al trustee; o per es. limited partnership in cui gli utili sono imputati e tassati in capo al general partner per la sua quota mentre sono imputati e tassati in capo all'entity per la quota dei limited partners).

<sup>1172</sup> OECD MC 2017, Commentary on article 1, n.7. La locuzione *income derived by or through* ha significato ampio: non riguarda il luogo di stabilimento dell'entity ma il modo in cui ciascuno stato considera ai fini fiscali domestici l'entità percettrice del reddito (personalità legale o persona art.3 c.1 a)). La norma si applica anche a entity stabilite in stati terzi se e nella misura in cui, in base alla legge domestica di uno stato contraente l'entità è trattata come completamente o parzialmente trasparente e il reddito è attribuito a un residente di tale stato (report '99 es. 2).

l'ipotesi che solo uno degli Stati coinvolti (due nei casi bilaterali e tre in quelli triangolari) consideri l'entità come (in tutto o in parte) fiscalmente trasparente.

Il commentario si premura infine di precisare che l'introduzione della *transparent entity provision* non intende alterare principi e approcci acquisiti e ormai da tempo consolidati dal Modello. In particolare questa:

- come tutte le altre disposizioni del Trattato, trova applicazione separatamente per ciascun tipo di reddito definito dalle singole regole distributive<sup>1173</sup>;
- non pregiudica la qualifica di *beneficial owner*<sup>1174</sup> che quindi resta l'esito di un'analisi fattuale;
- non obbliga gli Stati a modificare il loro partnership approach<sup>1175</sup>;
- non restringe il diritto impositivo degli Stati sui propri residenti<sup>1176</sup>;
- non altera l'obbligo degli Stati di adottare i rimedi contro le doppie imposizioni negoziati nel Trattato (*method article*) nel caso in cui un medesimo reddito, imputato al residente di Stato e così tassato, possa essere ugualmente considerato come reddito imputato ad un residente di un altro Stato e così tassato in base alle disposizioni della Convenzione stipulata fra i due (cd *conflitto residenza-residenza*)<sup>1177</sup>.

Il secondo elemento rilevante della nozione di residenza ai fini convenzionali è rappresentato dalla locuzione *by reason of*, espressiva del criterio di collegamento fra la *liability to tax* e lo Stato di residenza<sup>1178</sup>.

La disposizione dell'art. 4 Mod. OCSE definisce la residenza ai fini del Trattato; infatti le norme del Trattato stesso impiegano la tecnica del rinvio diretto alla legislazione tributaria dei due Paesi, limitandosi al più a prevedere uno o più metodi

---

<sup>1173</sup> Cfr. OECD MC 2017, Commentary on article 1, n.11.

<sup>1174</sup> Cfr. OECD MC 2017, Commentary on article 1, n.13.

<sup>1175</sup> Cfr. OECD MC 2017, Commentary on article 1, n.14.

<sup>1176</sup> Cfr. OECD MC 2017, Commentary on article 1, n.15 in relazione a quanto previsto dal Partnership Report 1999 trasfuso nel OECD MC 2000 Commentary on article 1, n.6.1.

<sup>1177</sup> Questo accade per esempio, quando uno stesso reddito è tassato da due Stati come reddito fiscalmente imputato ad un proprio residente. In tal caso, occorre capire quale reddito è tassato secondo convenzione: in base a quell'imposta si calcola il rimedio. In altre parole, il recupero della doppia imposta è dovuto in base all'art. 23 dallo stato residenza solo se una disposizione convenzionale è stata usata alla fonte. Cfr OECD MC 2017, Commentary on article 1, n.16.

<sup>1178</sup> La portata e la consistenza giuridica di tale elemento, indispensabile a definire il requisito della residenza ai fini convenzionali, sono stati al centro di un intenso dibattito dottrinario che ad oggi non può dirsi completamente esaurito e che è centrata sulla posizione di Vogel secondo cui la residenza fiscale non è una nozione coincidente con quella di assoggettamento a tassazione in uno Stato; cfr. Salome H., *International partnership ...* cit. p. 56-58; Vogel K., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, cit., Art. 4, mn. 13 ss e con particolare riguardo alle partnership mn. 32.36; Lang M., *Taxation of income in the hands of different taxpayers from the viewpoint of tax treaty law*, in BIFD, 2000, p. 596 ss.; DWard D.A., Avery Jones F.J., de Broe L. and van de Wiele M., Ellis M.J. and van Raad K., Lenz R. and Torrione H., Miyatake T., Roberts S.I. and Goldberg S., Strobl J. and Killius J., Uckmar V., Giuliani F., Maisto G., *A Resident of a Contracting State for Tax Treaty Purposes: A Case Comment on Crown Forest Industries*, in *Canadian tax journal*, n.2/1996, p. 408 ss.

per la risoluzione dei conflitti, nel caso in cui le regole domestiche sulla residenza fiscale delle persone convenzionali (individuals, corporations e other bodies of persons) dei due Paesi conducano a risultati coincidenti.

### 3.3.1.3 Partnerships e imputazione del reddito ai fini convenzionali

All'interno della struttura del tributo, l'imputazione reddituale rappresenta, l'anello di congiunzione fra il presupposto (o anche oggetto) dell'imposta e il contribuente soggetto passivo di una potenziale imposizione.

Essa non rientra né nell'oggetto dei Trattati fiscali<sup>1179</sup> né fra le finalità delle regole distributive che si sovrappongono allo schema impositivo domestico con la sola finalità di ripartire il potere impositivo fra gli Stati. Ci si attende pertanto che le regole distributive, non alterino il funzionamento delle regole di imputazione domestica.

Cionondimeno, l'imputazione reddituale rappresenta una componente strutturale indispensabile non solo delle norme impositive domestiche ma anche nella codificazione delle regole distributive. Lo schema logico generale al quale ciascuna di tali regole si conforma infatti prevede che il potere impositivo su un reddito di fonte estera imputabile al residente di uno Stato sia attribuito in esclusiva ad uno dei due Stati (tassazione esclusiva dello Stato della fonte o dello Stato della residenza) o, in alternativa, ripartito fra essi (tassazione concorrente). Lo svolgimento di tale schema inevitabilmente segnala che l'imputazione reddituale, sebbene definita in termini molto blandi e con termini diversi dalle regole distributive, giochi in realtà un ruolo affatto trascurabile all'interno del modello soprattutto in riferimento alle partnerships. Il modello OCSE infatti prevede che lo Stato della fonte debba applicare il Trattato se l'altro Stato tratta il reddito di una partnership domestica come il reddito di un proprio residente.

Nell'ambito del Modello OCSE, il requisito dell'imputazione personale è cristallizzato<sup>1180</sup> nell'uso delle locuzioni: *derived by*<sup>1181</sup>, *of*<sup>1182</sup>, *accrued to*<sup>1183</sup>, *payd to*<sup>1184</sup>, *beneficial owned*<sup>1185</sup>, *recives*<sup>1186</sup>. In assenza di tale requisito, al reddito non sono applicabili le regole distributive. Spetta quindi agli Stati dettagliare con proprie regole

---

<sup>1179</sup> Vogel K., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, cit., Art. 4, mn.2-5.

<sup>1180</sup> Il concetto è espresso da Salomé H., international partnership... cit..., p. 63.

<sup>1181</sup> OECD MC 2017, Art. 6(1), 13(1), 15(1), 16(1), 17(1).

<sup>1182</sup> OECD MC 2017, Art. 7(1), 21(1).

<sup>1183</sup> OECD MC 2017, Art.9(1) lett.b.

<sup>1184</sup> OECD MC 2017, Art.10(1), 11(1), 18, 19(1) lett.a.

<sup>1185</sup> OECD MC 2017, Art.12(1). Secondo Salomé H., international partnership... cit..., p. 63, il termine è frutto di una confusione fatta dall'OCSE nel Partnership Report.

<sup>1186</sup> OECD MC 2017, Art.20.



interne le modalità con le quali si definisce l'imputazione reddituale (percezione, produzione, ecc.). L'imputazione personale del reddito all'interno delle regole distributive ha quindi una natura volutamente generica e ambigua che si ritrova in tutte le categorie reddituali del modello. A tale formulazione intenzionalmente ambigua gli Stati dovranno dare uno specifico significato all'interno della legge domestica. Da questa dettagliata codificazione possono dunque derivare delle divergenze e risultati fiscalmente asimmetrici (doppia imposizione e doppia non imposizione).

### 3.4 LE PARTNERSHIPS NEL TREATY NETWORK ITALIANO

I Trattati dell'Italia seguono di base lo standard OCSE. Nell'ambito delle Trattative diplomatiche, l'Italia non propone uno schema alternativo al rispetto al modello OCSE *pro tempore* vigente<sup>1187</sup> ma conduce negoziazioni calibrate rispetto ai singoli Stati includendo talora clausole presenti in altri modelli<sup>1188</sup>.

Tale osservazione trova conferma con riguardo alle speciali clausole convenzionali applicabili alle partnerships nei Trattati con Germania, Francia, Regno Unito e USA: queste rappresentano un'eccezione sia rispetto al modello OCSE sia rispetto al treaty network italiano. Non si riscontrano invece speciali clausole convenzionali applicabili alle partnerships nel Trattato con la Svizzera.

L'Italia non ha presentato riserve al partnership Report 1999.

Ha però presentato osservazioni e riserve al mod. OCSE fra le quali in particolare:

- la riserva per disciplinare con apposita disposizione convenzionale i redditi derivanti da attività professionale (art. 14 servizi indipendenti);
- la riserva di attribuire alla giurisdizione domestica la valutazione dei singoli casi in cui possa ritenere esistente una stabile organizzazione di soggetti esteri in Italia in base ai requisiti previsti dall'art. 5 del mod. OCSE.

Ai fini IRAP tutte le società trasparenti, sia quelle in trasparenza fiscale naturale e opzionale, integrano i requisiti di applicazione del Trattato<sup>1189</sup>. Ciò rende tutto il

---

<sup>1187</sup> Diversamente invece fanno Germania e USA che adottano un modello di convenzione proprio. La *partnership clause* presente nel Tratto italo-tedesco è segnalata anche nel PR99 cap. II, n. 43-46. Nei Trattati dell'Italia invece è riscontrabile una tendente conformità con il modello vigente all'epoca della negoziazione: per esempio il Trattato con la Svizzera del 1976 si ispira al modello del '63, come anche quello con la Francia o il Regno Unito, i quali contengono ancora disposizioni compatibili con l'imputazione del credito d'imposta sui dividendi societari vigente in Italia nel sistema fiscale ante 2004.

Fa eccezione l'esperienza delle negoziazioni convenzionali con gli USA ove la successione di tre Convenzioni (1964, 1999 e 2009) manifesta in ciascuna la presenza di clausole ampiamente derogatorie a quelle del modello *pro tempore* vigente.

<sup>1188</sup> Si pensi ad esempio alle numerose clausole presenti nella Conv. fra Italia e Stati Uniti che seguono il mod. USA. Vi sono infine altre clausole non derivanti da alcun modello, come la Stabile organizzazione "da servizi" o "leggera", impiegata ad esempio nella Convenzione con la Cina. V. sul punto Sfrondrini A., *La stabile organizzazione*, in Dragonetti A., Piacentini V., Sfrondrini A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2010, p. 979 ss., in part. p.1016; Pijl H., *The OECD Services Permanent Establishment Alternative*, in ET, n.4/2008 p. 472 ss. Oppure talune clausole sui "servizi tecnici" presenti ad esempio nei Trattati con l'India ed il Messico; v. OECD Model Convention, Commentario art.12 (11.1-11.6); United Nations Model Convention, Commentario art.12 (12) che rinvia al primo; cfr. Pickering A., *Taxation of non-resident service providers*, in United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries, UN, 2013, p. 221 ss., in part. 236 ss.

<sup>1189</sup> V. Rolle G., Belloni M., *Profili fiscali derivanti dalla partecipazione di non residenti ...cit.*, par.3.

Treaty network italiano astrattamente applicabile all'IRAP. In concreto tuttavia non tutti i Trattati includono l'IRAP come imposta ammessa ai benefici convenzionali. Sia nei Trattati più antichi che in quelli più recenti occorre verificare che l'IRAP sia inclusa o per effetto di una sua espressa enunciazione fra le imposte considerate dall'art. 2 del mod. OCSE o perché lo Stato estero ha accettato espressamente in via diplomatica la notifica italiana sulla sostituzione dell'ILOR con l'IRAP a decorrere dal 1997<sup>1190</sup>.

Come osserva la dottrina, l'applicazione dell'IRAP alle imprese estere che operano in ambito internazionale solleva diversi ordini di problemi.

L'IRAP pone prima di tutto un problema di creditabilità del tributo assolto in Italia prevalentemente sui redditi (di impresa e lavoro autonomo) prodotti da soggetti non residenti dotati di autonoma organizzazione (stabile organizzazione e base fissa). In altre parole, se il soggetto potrà beneficiare dello sgravio nel suo Stato di residenza

---

<sup>1190</sup> L'inclusione dell'IRAP fra le imposte del Trattato non pone un problema di applicabilità, quanto invece il problema di individuare quali Trattati includono l'IRAP. In tema di relazioni fra principio di trasparenza e natura reale/personale delle imposte v. Boria P., *Il principio di trasparenza cit.*, p.20 e Della Valle E., *La soggettività delle partnerships ...cit.*, p. 758.

L'IRAP contiene un'apposita norma che prevede la sostituzione di questa imposta con l'ILOR ai fini della successione delle due imposte nel Trattato prevista dall'art. 2(4) mod. OCSE. L'art. 44 del Dlgs n.446/1997 prevede infatti che: «*ai fini dell'applicazione dei trattati internazionali in materia tributaria, l'imposta regionale sulle attività produttive è equiparata ai tributi erariali aboliti*». L'applicabilità dei trattati all'IRAP, stabilita unilateralmente dall'Italia, ha quindi per effetto la concessione dell'eventuale esenzione alla fonte anche ai fini IRAP, se prevista dai Trattati ai fini ILOR.

Come rileva la letteratura, tuttavia tale norma unilaterale è insufficiente a modificare l'oggetto dei Trattati se tale sostituzione non è espressamente accettata dall'altro Stato. Cfr. Piazza M., *Guida alla fiscalità internazionale*, cit. p. 529-530 e 656.

L'elenco dei Trattati che attualmente includono l'IRAP fra le imposte considerate si ottiene esaminando l'oggetto dei Trattati stipulati dopo l'entrata in vigore dell'IRAP e dall'esame della lista degli Stati che includevano l'ILOR e che hanno comunicato l'accettazione della sostituzione dell'imposta italiana.

Per esempio, prevedono espressamente l'IRAP i Trattati con Georgia, Mozambico, Oman, Bielorussia, Danimarca, Canada, Ghana, Siria, Senegal, Usa (convenzione del 2009), Lussemburgo (protocollo del 21 giugno 2012), Corea (protocollo del 3 aprile 2012), Singapore (protocollo del 24 maggio 2011), Federazione russa (protocollo del 13 giugno 2009), Cipro (protocollo del 4 giugno 2009), Malta (protocollo del 13 marzo 2009), Qatar (protocollo del 19 marzo 2007), Arabia Saudita (convenzione del 13 gennaio 2007), Bielorussia (convenzione dell'11 agosto 2005), Azerbaijan (convenzione del 21 luglio 2004), Giordania (convenzione del 16 marzo 2004), Ghana (convenzione del 19 febbraio 2004), Islanda (convenzione del 10 settembre 2002), Moldova (convenzione del 3 luglio 2002), Armenia (convenzione del 14 giugno 2002), Canada (convenzione del 3 giugno 2002), San Marino (convenzione del 21 marzo 2002), Slovenia (convenzione dell'11 settembre 2001), Siria (convenzione del 23 novembre 2000), Libano (convenzione del 22 novembre 2000), Georgia (convenzione del 31 ottobre 2000), Uganda (convenzione del 6 ottobre 2000), Croazia (convenzione del 29 ottobre 1999), Mozambico (convenzione del 14 dicembre 1998), Oman (convenzione del 6 maggio 1998).

I Trattati che non includono l'ILOR invece sono Albania, Australia, Bangladesh, Cipro, Filippine, Indonesia, Kenia, Kuwait, Malaysia, Malta, Mauritius, Messico, Nuova Zelanda, Pakistan, Senegal, Singapore, Sud Africa, Tanzania, Trinidad e Tobago.

Come evidenziato dalla circ. n.33/ 2002, Canada, Francia, Regno Unito, Lussemburgo, Danimarca, Portogallo, Spagna, Paesi Bassi, Germania, Austria, Croazia, Federazione Russa, Thailandia e Vietnam hanno riconosciuto in via interpretativa l'applicabilità delle convenzioni vigenti, attribuendo all'Irap natura sostitutiva dell'ILOR.

Per un elenco puntuale delle Convenzioni che includono l'IRAP aggiornato al 2016, v. Valente P., *Convenzioni internazionali ... cit.*, p. 208 ss.

solo se è una *resident person* ai fini del Trattato<sup>1191</sup>. Peraltro, tale problema si limita esclusivamente a tutti quei casi in cui la doppia imposizione sui redditi assoggettati ad IRAP in Italia è eliminata col *credit method*, giacché *l'exemption method* elimina alla radice il problema<sup>1192</sup>.

Un secondo profilo riguarda l'Italia come Stato della fonte: l'assoggettabilità ad IRAP delle imprese estere che operano in Italia può essere ostacolata dal Trattato o per effetto di una diversa configurazione del criterio di collegamento convenzionale<sup>1193</sup> o per effetto della limitazione del potere impositivo dello Stato italiano<sup>1194</sup>.

Un ulteriore profilo riguarda la doppia imposizione delle imprese residenti in Italia dovuta all'inclusione nella base imponibile IRAP di componenti positivi del valore della produzione di fonte estera<sup>1195</sup>. A questo profilo naturalmente si correlano le perplessità in ordine al riconoscimento ai fini IRAP del credito convenzionale per le imposte assolute all'estero<sup>1196</sup>.

---

<sup>1191</sup> V. Ludovici P., Recenti orientamenti di prassi amministrativa in merito all'applicazione dell'IRAP nei rapporti internazionali, in: RDT., 1999, p. 41; Pandolfini I., *IRAP: the Regional tax on productive activities*, in ET 1999, p.253; Mayr, *IRAP per i non residenti: considerazioni contro corrente*, in CT n. 1/1998, pag. ; Valente P, Smith J., *L'IRAP e rischi di doppia imposizione in ambito internazionale*, in CT, n.5/1997, p 161 ss.; Valente P, *IRAP e soggetti non residenti: collegamento con il territorio dello Stato*, in CT n.10/1998, p. 278 ss.; Valente P, *Fiscalità internazionale - Irap, doppia imposizione in agguato*, in CI, n. 5/1997, p. 692; Fanelli R., *IRAP: i chiarimenti dal ministero*, in PC, n.7/1998, p.297.

<sup>1192</sup> Come afferma Contrino A., *La Convenzione Italia-Svizzera contro le doppie imposizioni*, in Garbarino C. (a cura di), *Le Convenzioni internazionali in materia di imposte su reddito e patrimonio*, Milano, 2002, cit. p.888, per le partnership svizzere la creditabilità dell'IRAP è uno pseudo problema visto che la stessa convenzione prevede per i residenti in Svizzera l'esenzione come rimedio alla doppia imposizione.

<sup>1193</sup> Non vi è infatti perfetta sovrapposizione fra il criterio di territorialità adottato dal legislatore IRAP e le positive/negative list previste per le fattispecie di stabile organizzazione e di base fissate dall'art. 5 e 14 del Trattato. Quanto alla individuazione dei presupposti IRAP per i non residenti, v. nella prassi circ. n.188/1998 e n. 263/1998 a parziale modifica degli orientamenti espressi nella circ. n.141/1998. v. Marzorati G., *L'attività produttiva svolta all'estero ai fini Irap*, in CT n. 48/1999, pag. 3582 e D'Alfonso G., *L'IRAP nelle attività con l'estero*, in IF, n.13/1999, p. 4493 ss.

<sup>1194</sup> V. Mayr S., «Riforma Visco» e soggetti non residenti: IRAP e redditi di capitale e diversi, in CT, n.45/1998, p.3332 il quale osserva che l'applicazione dell'IRAP può essere ostacolata dalla Convenzioni nel caso in cui il presupposto impositivo IRAP trovi una limitazione alla tassazione in Italia, sia a causa di una diversa definizione contenuta nella Convenzione, sia perché, nonostante l'esistenza di un presupposto identico, la tassazione dello stesso è comunque esclusa in Italia. Ciò si verifica prevalentemente nel caso di uffici dotati di organizzazioni che non integrano i requisiti di una stabile organizzazione convenzionale ai sensi dell'art 5 del Trattato, oppure nel caso di attività svolta in Italia da imprese di navigazione marittima ed aerea residenti in uno Stato estero con il quale esiste una Convenzione che sono tassate in modo esclusivo in tale Stato. In questo senso anche D'Alfonso G., *L'Irap nelle attività con l'estero*, in IF, n.13/1999, p. 4493 ss.

<sup>1195</sup> Le convenzioni italiane, infatti non sono in grado di limitare concretamente l'applicazione dell'Irap su componenti reddituali di fonte estera. L'esclusione dalla base imponibile Irap resta ancorata alla norma interna, così come il criterio di imputazione del valore della produzione del D.Lgs. n. 446/1997art. 4, c.2. Piazza M., *Guida alla fiscalità internazionale cit.*, p. 933.

<sup>1196</sup> Sul punto in particolare, cfr. Rolle G., *Profili internazionali dell'Irap e configurabilità del credito per imposte estere su basi convenzionali*, in IF, n.9/2015, p. 846, il quale basandosi sulla dottrina della complementarietà di tipo integrativo fra rimedio domestico dell'art. 165 TUIR e rimedio convenzionale dell'art. 23 Mod. OCSE(Contrino A., *Contributo allo studio del credito per imposte estere*, Torino, 2012, p. 35), sostiene la necessità di riconoscere un apposito credito ai fini Irap nella misura in cui un soggetto residente non abbia diritto al rimborso delle imposte estere perché esente da IRES o IRPEF.

### 3.4.1 Le partnerships nella *tax treaty practice* italiana

Questa sezione è dedicata a discutere l'applicazione dei trattati alle partnerships in base alla *tax treaty practice* italiana.

L'Italia, come visto in precedenza, adotta un partnership *approach* non omogeneo che si configura come *pass-through approach* per le partnership domestiche fiscalmente residenti in Italia (art. 5, 115 e 116 TUIR) e come *all corporate approach* per le partnership fiscalmente non residenti in Italia.

Le regole allocative domestiche derivanti dall'applicazione del principio domestico di trasparenza prevedono che, all'approvazione del rendiconto, l'utile delle partnerships residenti sia imputato *pro quota* ai soci indipendentemente dalla loro residenza fiscale (quindi sia residenti che non residenti) e indipendentemente dalla materiale percezione dell'utile societario. La qualificazione di tale utile in base all'art. 6 TUIR segue il cd principio di conservazione: se l'utile è prodotto da snc, sas, società di armamento, società di fatto non commerciali e società in trasparenza opzionale questo ha sempre natura di reddito d'impresa determinato per competenza (o maturazione); se invece l'utile è prodotto "attraverso"<sup>1197</sup> società semplici, associazioni e società di fatto non commerciali segue la regola della fonte originaria (ciascuna fonte ha regole autonome).

Le società trasparenti estere, in quanto classificate dall'ordinamento fiscale italiano come soggetti passivi d'imposta, sono considerate alla stregua di persone giuridiche dotate di *tax liability* residenti in un altro Stato<sup>1198</sup>. L'*all corporate approach* applicato alle partnership estere comporta invece regole allocative differenti: disconoscendo il regime di imputazione degli utili societari per trasparenza e assimilando la società estera ad un soggetto tassabile, il sistema fiscale italiano rileverà come redditi prodotti all'estero del socio italiano solo quelli previsti dalla lettura a specchio dell'art. 23 c.1 lett.b) TUIR (per effetto dell'art. 165 c.2 TUIR). Gli utili imputati per trasparenza da partnership estere a soci italiani sono quindi tassati per cassa come redditi di capitale<sup>1199</sup> con tutte le conseguenze viste in tema di (negazione del) diritto alla detrazione dell'imposta estera.

---

<sup>1197</sup> L'immagine dello schermo societario trasparente è ripresa da Lang M., *The application of the OECD model tax ...cit.*

<sup>1198</sup> V. Uckmar, G. Corasaniti, P. Capitani Di Vimercate, *Diritto Tributario Internazionale*, Milano 2009, pag. 151. V. Rolle G., Belloni M., *Profili fiscali derivanti dalla partecipazione di non residenti ...cit.*, par.3; Mayr S., *Società di persone estere: trattamento fiscale ai fini convenzionali*, in CT, n. 11/1997, p. 788. V. § 2.1.1.2.1

<sup>1199</sup> Si ricorda inoltre che, in assenza di Trattato, tale qualificazione impedisce il riconoscimento del diritto a detrazione dell'imposta estera pagata dal socio sull'utile poiché tale utile, ai sensi dell'art. 165 c.2 TUIR non risulta prodotto dal socio ma dalla società

I capital gain da cessione di partecipazioni in partnership internazionali sono fiscalmente rilevanti ai sensi dell'art. 23 c.1 lett. f) solo quando la partnership è italiana<sup>1200</sup>, mentre la cessione di partecipazioni in partnership estere qualifica il socio residente in Italia solo come beneficiario di un credito detraibile (art. 165 tuir) per l'eventuale imposta pagata all'estero su tale capital gain.

Nel trasporre le conclusioni raggiunte in tema di fiscalità domestica<sup>1201</sup> sul piano convenzionale emergono talune criticità, complicate dal fatto che l'Italia, pur non avendo posto riserve alle raccomandazioni del PR99<sup>1202</sup>, mostra di adeguarsi solo parzialmente a queste<sup>1203</sup>.

La sintesi delle indicazioni OCSE in tema di applicazione dei Trattati alle partnership, come visto prima<sup>1204</sup>, converge verso due enunciati di portata generale<sup>1205</sup>: il primo afferma che lo Stato della fonte dovrebbe rispettare le regole di imputazione reddituale dello Stato di residenza dei soci; il secondo afferma che lo Stato della residenza dei soci, nell'eliminare la doppia imposizione, dovrebbe rispettare la qualificazione reddituale dello Stato della fonte. In base alle casistiche previste dal Partnership report e recepite nel Commentario, i soci di una partnership stabilita in uno Stato beneficiano del Trattato nella misura in cui sono considerati residenti in quello Stato o in un altro Stato che applica un analogo regime di trasparenza fiscale<sup>1206</sup>. Nel considerare l'utile della partnership imputabile ai soci inoltre il reddito mantiene la sua qualifica originale come se la partnership fosse inesistente<sup>1207</sup>.

---

<sup>1200</sup> Nel caso in cui la plusvalenza derivi la cessione di partecipazioni non qualificate da parte di soggetti residenti in Stati con i quali vige un Trattato, detta plusvalenza è esente ai sensi del Dlgs n. 461/97 art.5 c.5.

<sup>1201</sup> V. § 2.1.1

<sup>1202</sup> V. Rolle G., Belloni M., Profili fiscali derivanti dalla partecipazione di non residenti...cit. par. 3

<sup>1203</sup> Cfr. Lang M., Staringer C., General Report, cit., p. 63, i quali sostengono che in generale gli Stati sono riluttanti a seguire le soluzioni proposte dall'OCSE nel Partnership report. Tale osservazione tuttavia va letta nel contesto della fiscalità domestica degli Stati che obbliga a determinate scelte prevalentemente in ragione del nesso con la legislazione civilistica. Inoltre, occorre considerare che qualunque soluzione o approccio domestico adottato dagli Stati, per effetto della mancanza di coordinamento con gli altri ordinamenti, presenta delle asimmetrie non solo rispetto agli altri ma anche rispetto alle soluzioni proposte dal Commentario e dal Partnership report. V. Rolle G., Belloni M., Profili fiscali derivanti dalla partecipazione di non residenti ...cit., par.3.

<sup>1204</sup> V. § 3.2.

<sup>1205</sup> V. Salom J., Income in Swiss and International Tax Law, in Bit, n.7/2011, p. 401.

<sup>1206</sup> Così il Commentario 2010 all'art. 4 (8.8), oggi sostituito dal Commentario 2017 all'art. 4 (8.13): «8.13 Where a State disregards a partnership for tax purposes and treats it as fiscally transparent, taxing the partners on their share of the partnership income, the partnership itself is not liable to tax and may not, therefore, be considered to be a resident of that State. In that case, however, paragraph 2 of Article 1 clarifies that the Convention will apply to the partnership's income to the extent that the income is treated, for purposes of taxation by that State, as the income of a partner who is a resident of that State. The same treatment will apply to income of other entities or arrangements that are treated as fiscally transparent under the tax law of a Contracting State (see paragraphs 2 to 16 of the Commentary on Article 1)». Sul punto cfr. V. Rolle G., Belloni M., Profili fiscali derivanti dalla partecipazione di non residenti ...cit., par.3; Rossi M. 289 e Baker P.; Di Dio A., Fresca M., Trust istituito in Italia e partnership estere, in IF, n.20/2016, par. 4

<sup>1207</sup> V. Comm. Mod. OCSE 2017 art. 1. Sul punto v. Sfrondrini A., Le partnership e la trasparenza fiscale, cit., p. 927 Della Valle E., La soggettività delle partnerships nel modello OCSE ...cit., p.767.

Alla luce di questi elementi esamineremo l'applicazione da parte dell'Italia di un Trattato di standard OCSE ai redditi di fonte italiana prodotti da partnership estera, agli utili di partnership italiana imputati per trasparenza a un socio estero e agli utili di partnership estera imputati per trasparenza a un socio italiano. L'obiettivo sarà comprendere come l'applicazione del Trattato secondo le indicazioni OCSE interferisce con il partnership approach italiano.

### **3.4.1.1 Partnership estera: redditi di fonte italiana**

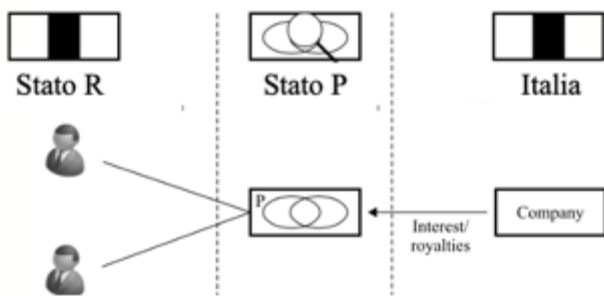
Secondo il principio guida n.3 del Partnership report (prevalenza dell'interpretazione sulla base del diritto domestico che conduca a risultati compatibili con l'applicazione dei Trattati), se lo Stato di residenza dei soci tratta la partnership (domestica o estera) come trasparente i soci sono pienamente legittimati a beneficiare del Trattato fra l'Italia il loro Stato residenza<sup>1208</sup>. Se lo Stato di residenza dei soci applica la trasparenza, l'Italia applicherà il Trattato ai soci esteri. Ciò avviene sia quando i soci risiedono nello Stato della partnership sia quando risiedono in un terzo Stato che tratta le partnership estere come trasparenti.

Quando l'Italia è Stato della fonte, l'applicazione del Trattato si traduce in una deroga ai criteri di collegamento dell'art. 23 TUIR. Così l'eventuale produzione di reddito d'impresa in Italia da parte di una partnership estera è subordinata all'esistenza di una stabile organizzazione in Italia ai sensi dell'art. 5 mod. OCSE; la produzione di un reddito professionale da parte di una partnership sarà subordinata all'esistenza di una base fissa ai sensi dell'art. 14 mod. OCSE<sup>1209</sup>; la produzione di dividendi in Italia sarà vincolata alla definizione di dividendo convenzionale dell'art. 10 e soggetta alla eventuale riserva della stabile organizzazione (assoluta o relativa) in Italia della partnership estera. Se quindi l'Italia è lo Stato S, in qualità di stato della fonte del reddito (outbound income) deroga all'*all corporate approach* per individuare il soggetto beneficiario del beneficio convenzionale.

---

<sup>1208</sup> Come visto nell'analisi del Partnership report, secondo il principio guida n. 2 la classificazione fiscale della partnership effettuata nello Stato della fonte è del tutto irrilevante. La classificazione fiscale della partnership condiziona non solo regole allocative e qualificatorie e di riflesso l'individuazione del Trattato da applicare, quindi di principio il PR99 sostiene la rilevanza della classificazione dello Stato di residenza dei soci. Tuttavia, in questi casi l'applicazione del principio 2 porterebbe a risultati inaccettabili. V. 3.2.2, in particolare esempio n.4.

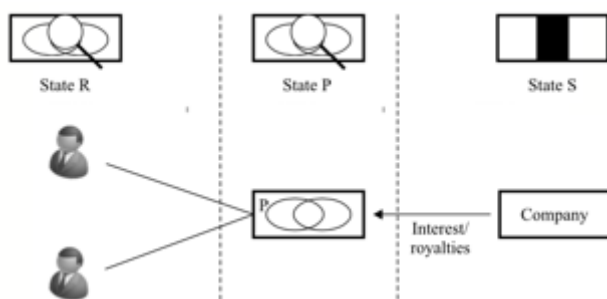
<sup>1209</sup> Nell'evoluzione del mod. OCSE l'art. 4 è stato soppresso perché ritenuto ridondante rispetto all'art. 7. Nella gran parte dei sistemi fiscali domestici infatti non si riscontra l'esigenza di distinguere le attività professionali dalle attività d'impresa. Inoltre, nel mod. OCSE la nozione di base fissa valida per i servizi indipendenti attinge alla nozione sostanziale di stabile organizzazione. L'Italia, come si è visto, si è riservata di conservare la *sourcing route* sui redditi professionali che impiega, come criterio di collegamento territoriale, nello stato fonte la nozione di base fissa.



Se lo Stato R di residenza dei soci tratta la partnership nello Stato P come trasparente, ma lo Stato P tratta la sua partnership come opaca, l'Italia come Stato della fonte S può trovarsi in un caso di “doppio beneficio” derivante dal fatto che sia i soci nello Stato R, sia la

partnership nello Stato P potrebbero chiedere i benefici convenzionali. Tale circostanza, ad oggi, non è coperta da alcuna prassi o giurisprudenza rilevante. In questo l'OCSE propone di applicare il metodo della ritenuta all'aliquota minima fra i due Trattati. Altri Stati, come la Svizzera, applicano l'aliquota massima con imputazione alla partnership del diritto primario di rimborso (della ritenuta eccedente) e diritto di rimborso secondario ai soci, fino ad eventuale concorrenza dell'aliquota convenzionale loro applicabile<sup>1210</sup>.

Se l'Italia è nel contempo Stato fonte del reddito e Stato di residenza dei soci il Trattato è inapplicabile ai soci ma è applicabile alla partnership estera se questa è considerata opaca nel suo Stato di stabilimento, al pari di una società di capitali estera<sup>1211</sup>.



Se lo Stato R di residenza dei soci e lo Stato P di stabilimento della partnership riconoscono la trasparenza, l'Italia come Stato della fonte S applicherà il Trattato con lo Stato R.

A favore di questi orientamenti si sono espresse sia la prassi che la giurisprudenza. Malgrado la carenza del requisito della residenza convenzionale delle partnership, la circ. n.306/1996 ha riconosciuto l'applicazione dei trattati alle partnership secondo il mod. OCSE quando i soci sono

<sup>1210</sup> V. § 3.5

<sup>1211</sup> Questa soluzione è prevista dalla regola OCSE secondo cui uno Stato di residenza del socio non può essere limitato nel tassare i redditi dei propri residenti che hanno fonte nello stesso Stato. V. Comm. Art. 1, il quale suggerisce di inserire apposita clausola per gli Stati che riconoscono la trasparenza estera. Per l'Italia tale soluzione deriva dall'approccio classificatorio: la partnership estera è considerata opaca pertanto ogni reddito di fonte italiana prevede l'applicazione delle regole dell'art. 23 e semmai del corrispondente Trattato. Per questo motivo l'Italia non ha avuto necessità di inserire clausole apposite nei suoi Trattati. Cfr. Piazza M., Guida alla fiscalità internazionale, cit., p. 561 e 563 e 564.



residenti a fini convenzionali e beneficiari effettivi dei redditi<sup>1212</sup>. La risoluzione n.17/2006 ha infatti negato l'applicazione del Trattato ad un fondo comune irlandese, classificato come trasparente secondo la legislazione locale, perché carente della clausola che prevedesse l'obbligo di trasferire annualmente l'utile ai beneficiari<sup>1213</sup>. La Ris. n.167/2008 ha negato l'applicazione del trattato Italia-Lussemburgo ad un veicolo lussemburghese che trasferiva annualmente per trasparenza gli utili ad un fondo olandese e nel contempo ha riconosciuto l'applicazione del trattato Italia Olanda al fondo olandese, considerato opaco in Olanda<sup>1214</sup>. Nella sentenza n. 4600/2009 la Cassazione si trovò ad affrontare il trattamento convenzionale di dividendi pagati ad una società statunitense a loro volta imputati per trasparenza ad un fondo giapponese. In tal caso la società italiana applicò ai dividendi il Trattato Italia-Giappone argomentando l'inapplicabilità del Trattato Italia-Usa a causa della trasparenza delle società statunitensi, ma la Corte sostenne l'inapplicabilità del Trattato Italia-Giappone perché – in carenza della clausola del beneficiario effettivo - i dividendi non furono materialmente pagati alla società giapponese<sup>1215</sup>. L'analisi di tutti questi casi in cui l'Italia è Stato della fonte, fa emergere che i criteri impiegati non tengono conto di come lo Stato della residenza dei soci qualifica la partnership nello Sato P.

---

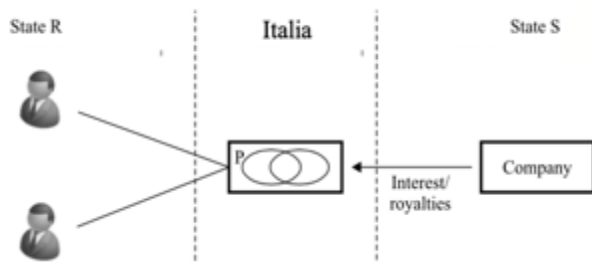
<sup>1212</sup> cfr. Circ. 306/1996, par. 8 (Ambito soggettivo di applicazione): «E', comunque, orientamento comune, in sede internazionale, che qualora le società di persone, in conformità delle legislazioni interne degli Stati contraenti, siano assimilate a persone giuridiche ("società") si deve ritenere che anche ai fini della Convenzione esse si configurino come società e, di conseguenza, sono considerate, sempre ai fini della Convenzione, come persone giuridiche rientranti nella definizione di "persone". In caso contrario (ossia qualora le società di persone non siano assimilate alle società secondo la normativa tributaria interna degli Stati contraenti), ai fini della Convenzione saranno considerati come residenti i singoli soci».

Se l'Italia è fonte del reddito e i soci stanno in uno stato che classifica la partnership italiana come entità trasparente, si dovrebbe applicare il trattato anche se è difficile individuare la natura del reddito convenzionale. Sul punto v. Piazza M., Guida alla fiscalità... cit., p. 563 e Circ. 306/1996 cap. VIII, par. 8.

<sup>1213</sup> Scalia R., L'imposizione delle società di persone nel quadro delle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni (DTCs), in Preite F., Busi C. (a cura di), Trattato società di persone, Tomo II, Torino, 2015, p. 3292 ss., in part. 3309 e letteratura ivi citata.

<sup>1214</sup> Sul punto Crazzolaro A., Italian branch report, ...cit., p. 449 sostiene che le autorità fiscali italiane sono riluttanti ad abbandonare l'approccio *all corporate* e nell'adottare l'approccio *look through* richiedono l'obbligo di distribuzione automatica dei redditi ai beneficiari dei redditi. In questo senso l'approccio *look through* richiede come presupposto il concetto di beneficiario effettivo. Cfr. inoltre Corasaniti G., *L'Amministrazione finanziaria italiana riconosce l'applicabilità delle Convenzioni contro le doppie imposizioni anche ai fondi pensione*, in DPTI, n. 2/2008, p. 936; Gusmeroli M., *Applicabilità della Convenzione con lo Stato dei soci di un fondo trasparente*, in CT, n. 12/2009, p. 965 ss.; Grilli S., *Applicazione delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni ai dividendi incassati da una partnership e ruolo del commentario Ocse nell'ambito degli strumenti interpretativi delle convenzioni alla luce di una recente sentenza di cassazione*, in DPTI, n. 2/2008, p.983 ss.; Avolio D., *Condizioni per l'applicazione del regime convenzionale delle «partnerships*, in CT, n.18/2009, p. 1453.

<sup>1215</sup> Gusmeroli M., *The Supreme Court Decision in the Government Pension Investment Fund Case: A Tale of Transparency and Beneficial Ownership (in Plato's Cave)*, in BIT n.4/2010; Gusmeroli M., *Trasparenza e beneficiario effettivo nella caverna di Platone - riflessioni sul caso government pension investment fund (Cassazione n. 4600 del 26 febbraio 2009)*, in BTI, n.6/2010, p.413ss.



Se invece lo Stato di residenza dei soci non applica la trasparenza, l'Italia non applicherà il Trattato ai soci esteri<sup>1216</sup> giacché, secondo la classificazione dello Stato di residenza dei soci, l'Italia non è nella condizione di individuare correttamente il beneficiario del reddito.

In conclusione: l'Italia applicherà sempre il Trattato ai redditi di fonte italiana a meno che i soci della partnership estera non siano residenti in Italia.

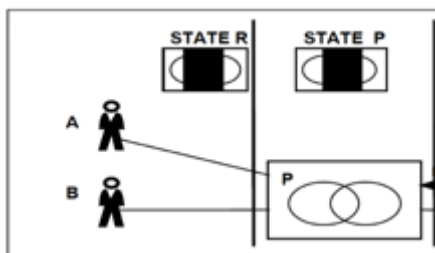
Se lo stato di residenza dei soci applica la trasparenza alle partnership domestiche e tale Stato coincide con lo Stato della partnership l'Italia applica il Trattato direttamente ai soci.

Se lo stato di residenza dei soci applica la trasparenza alle partnership stabilite in un terzo Stato e anche lo Stato della partnership applica la trasparenza, l'Italia applica il Trattato direttamente ai soci. Se invece lo Stato della partnership applica l'opacità si può verificare un caso di "doppio beneficio", rispetto al quale l'Italia dovrebbe applicare la ritenuta con aliquota minore, o con ritenuta diretta o con ritenuta massimo e rimborso.

Se invece lo Stato di residenza dei soci non applica la trasparenza, l'Italia non applicherà mai il Trattato ai soci esteri. In tal caso infatti la partnership estera è considerata opaca e al più l'Italia come stato fonte potrà applicare a questa il Trattato solo se lo Stato di stabilimento la tratta come soggetto opaco.

### 3.4.1.2 Partnership estera: utili imputati per trasparenza ai soci italiani

Applicando i principi generali del mod. OCSE, la classificazione soggettiva dello Stato fonte è irrilevante ai fini del Trattato. Salvo eccezioni di incoerenza, rileva esclusivamente la regola classificatoria dello stato di residenza dei soci.

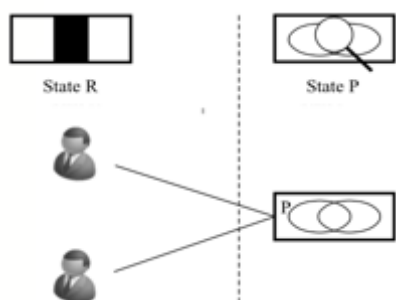


Se entrambe gli Stati classificano le partnership domestiche ed estere come opache, al pari delle società di capitali il Trattato troverebbe applicazione ai soci italiani e vi sarebbe perfetta simmetria fra i due Stati nel qualificare gli utili come dividendi<sup>1217</sup>.

<sup>1216</sup> Piazza M., Guida alla fiscalità internazionale, cit. p. 562.

<sup>1217</sup> Ibidem, p. 564.

Se lo Stato fonte classifica la partnership come trasparente, imputando gli utili al socio italiano per trasparenza, l'Italia non potrà applicare il Trattato ai soci perché considera la partnership estera come opaca. Ai fini della tassazione degli utili percepiti



dal socio italiano di una partnership estera infatti l'Italia (che in questo caso è Stato R) adotta l'all corporate approach. La classificazione della società trasparente estera come soggetto IRES determina una serie di altre conseguenze rilevanti sul piano fiscale: la qualificazione come dividendi dell'utile imputato al

socio italiano, la modifica del momento impositivo e l'impossibilità di considerare le perdite della società partecipata estera.

Si è visto in precedenza come, in assenza di Trattato, il disconoscimento della trasparenza estera sia in grado di variare la regola di imputazione reddituale e comporta quindi l'individuazione di un soggetto passivo diverso da quello individuato dallo Stato fonte, con connessa variazione delle regole allocative, di qualificazione reddituale e del momento impositivo. Gli utili imputati per trasparenza a soci italiani di partnership non residenti sono qualificati nell'ordinamento come redditi di capitale (art.44). A prescindere dalla tipologia<sup>1218</sup>, questi concorrono al reddito complessivo dei soggetti residenti secondo un principio di cassa, cioè solo quando materialmente percepiti. A fronte di una imposizione estera sugli utili imputati per trasparenza al socio, ciò porta a negare (in radice o solo parzialmente) il diritto del socio italiano allo sgravio contro la doppia imposizione.

La letteratura non ha mancato di segnalare questa come un'asimmetria in grado ostacolare il recupero delle imposte pagate all'estero, svantaggiando così gli investimenti nazionali all'estero<sup>1219</sup>. La dottrina in particolare ha tentato quindi di riallineare gli effetti di tale asimmetria ricorrendo ad una ricostruzione compatibile con il riconoscimento del rimedio convenzionale contro le doppie imposizioni<sup>1220</sup>.

<sup>1218</sup> Per la classificazione oggettiva dell'utile imputato al socio italiano da partnership estera v. note n. 546, 547 e 548.

<sup>1219</sup> V. Sfrondrini A., *Le partnership ...cit.*, p. 113.

<sup>1220</sup> Comm. Art.23 «32.3 (...) *Where, due to differences in the domestic law between the State of source and the State of residence, the former applies, with respect to a particular item of income or capital, provisions of the Convention that are different from those that the State of residence would have applied to the same item of income or capital, the income is still being taxed in accordance with the provisions of the Convention, as interpreted and applied by the State of source. In such a case, therefore, the two Articles require that relief from double taxation be granted by the State of residence notwithstanding the conflict of qualification resulting from these differences in domestic law*». Cfr. R. Russo, E. Pedrazzini, "The Only Way Out Is the Way Through: Taxation of Partnership in Italy", *European Taxation*, 2005, p. 146; Rolle, cit., par. 4.

Il dibattito sulle regole convenzionali da applicare per la qualificazione dell'utile da partnership estera imputato a soci italiani<sup>1221</sup> in vista del riconoscimento della detrazione ha condotto ad escludere la qualificazione di tale utile come dividendo da art.10 mod. OCSE e a preferirne la qualificazione di *business profits* da art. 7 del Mod. OCSE<sup>1222</sup>.

L'art. 10 (1)(2) mod. OCSE prevede che i dividendi pagati da un residente ad un altro residente siano soggetti a tassazione concorrente dei due Stati. L'art. 10(3) mod. OCSE contiene una specifica definizione di dividendo<sup>1223</sup> dalla quale gli utili delle partnership sono esclusi visto il difetto di residenza delle partnership stesse. A conferma di ciò il relativo Commentario<sup>1224</sup> include nella definizione di dividendo solo gli utili distribuiti da partnership fiscalmente opache assimilate fiscalmente a società di capitali nello Stato di costituzione; in caso contrario, il Commentario indica che gli

---

<sup>1221</sup> Sul punto v. Della valle, op. cit., p.767; Piazza M., Guida alla fiscalità ..., cit. p. 565 e Garbarino C., Manuale...cit. p.1412.

<sup>1222</sup> Questa differente qualificazione è in grado di produrre effetti tutt'altro che irrilevanti sulla tassazione convenzionale del socio italiano di partnership estera. Infatti, nel caso di utili di partnership qualificati *business profits* e in assenza di stabile organizzazione della partnership nello Stato di residenza del socio, l'allineamento fra regole allocative, qualificazione oggettiva, momento impositivo (competenza) e regole di quantificazione dei due Stati consentirebbe di eliminare la doppia imposizione in modo efficace sul socio. L'FTC italiano inoltre oltre che spettante (perché riferito al medesimo reddito prodotto all'estero) sarebbe anche riferito alla medesima grandezza imponibile al lordo delle imposte societarie (il reddito infatti ha subito esclusivamente l'imposizione estera sul socio e non anche quella sul reddito societario).

Nel caso invece di qualificazione domestica come reddito di capitale invece si produrrebbero fisiologicamente due tipi di scompensi: un diverso momento impositivo (l'allocatione dell'utile in capo al socio italiano avviene solo alla materiale percezione dell'utile distribuito) comporta il differimento della inclusione nel reddito mondiale del socio fino al momento in cui l'utile è pagato dalla società al socio (momento di produzione del reddito) in base all'art. 23 c.1 lett.b); la non spettanza del credito giacché l'imposta pagata dal socio è relativa ad un utile che, per l'approccio italiano, è prodotto dalla società. L'unico credito spettante in tal caso riguarderebbe solo la ritenuta alla fonte eventualmente applicata quando gli utili sono materialmente pagati dalla società estera. L'indetraibilità dell'imposta estera ha come effetto finale l'inclusione nel reddito mondiale del socio di un utile al lordo delle imposte pagate all'estero con conseguente doppia imposizione economica. Sul punto v. Piazza M., Guida alla fiscalità..., cit. p. 563

<sup>1223</sup> Art. 10(3): «*The term "dividends" as used in this Article means income from shares, "jouissance" shares or "jouissance" rights, mining shares, founders' shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident*». La presenza di una nozione espressa di dividendo comporta l'obbligo sia di "riqualificare" il flusso domestico in uscita in base alla nozione contenuta all'interno dello specifico Trattato e nel relativo protocollo che possono derogare alla nozione standard contenuta nel modello OCSE. Su tale necessità v. Valente P., Convenzioni .... Cit. art. 10.

<sup>1224</sup> Comm. Art. 10: «*27. Distributions of profits by partnerships are not dividends within the meaning of the definition, unless the partnerships are subject, in the State where their place of effective management is situated, to a fiscal treatment substantially similar to that applied to companies limited by shares (for instance, in Belgium, Portugal and Spain, also in France as regards distributions to commanditaires in the sociétés en commandite simple). On the other hand, clarification in bilateral conventions may be necessary in cases where the taxation law of a Contracting State gives the owner of holdings in a company a right to opt, under certain conditions, for being taxed as a partner of a partnership, or, vice versa, gives the partner of a partnership the right to opt for taxation as the owner of holdings in a company*».

La differenza è sostanziale perché per i *business profits* c'è tassazione illimitata alla fonte con foreign tax credit, mentre per i dividendi c'è potestà concorrente e il foreign tax credit è su una grandezza netta e non lorda (utile ante imposte). Di recente è intervenuta la circolare 9/2015 che conferma gli utili da partnership estere come dividendi ma nettizza il dividendo percepito dal socio italiano dell'imposta estera pagata dal socio stesso sull'utile imputato per trasparenza dalla società estera. V. nota n. 552

utili provenienti da partnership estere fiscalmente trasparenti in molti Stati potrebbero essere qualificati business profits art. 7 mod. OCSE<sup>1225</sup>. Secondo tale ricostruzione quindi, la qualificazione convenzionale dell'utile dipende dalla classificazione soggettiva della partnership nel suo Stato di residenza: se la partnership è considerata fiscalmente opaca l'utile è qualificato come dividendo art. 10 mod. OCSE, altrimenti è qualificato come business profits art. 7 mod. OCSE<sup>1226</sup>.

L'impostazione del Commentario in definitiva sembra approvare una logica di qualificazione simmetrica che poggia sull'enunciato del "principio di conservazione" dell'utile societario valido nell'ambito dei regimi di trasparenza: gli utili di una impresa residente imputati per trasparenza ai propri soci (residenti e non) mantengono la loro qualifica reddituale e originaria. E ciò vale tanto per lo Stato della partnership, che è anche Stato fonte del reddito, ma soprattutto per lo Stato di residenza del socio.

In senso conforme a tale orientamento, la letteratura segnala una serie di indicazioni della prassi italiana antecedenti al Partnership report<sup>1227</sup>. In tutti questi casi,

---

<sup>1225</sup> Comm. Art. 10: «2. *Many States consider that the profits of a business carried on by a partnership are the partners' profits derived from their own exertions; for them they are business profits. So these States treat the partnership as fiscally transparent and the partners are ordinarily taxed personally on their share of the partnership capital and partnership profits*».

<sup>1226</sup> V. Della Valle E., La soggettività delle partnerships ...cit., p.767-768, il quale conclude affermando che, nel caso di p fiscalmente trasparente nel suo Stato di residenza, se la qualificazione dell'utile societario come business profits art. 7 non è simmetrica nei due Stati, la fattispecie reddituale risulta sfornita di regola convenzionale distributiva.

Secondo altra ricostruzione, invece sarebbe dirimente il principio di preservazione, rintracciabile nel Commentario OCSE 2010 all'art.1 par.6.6 secondo il quale gli utili prodotti da una partnership mantengono la stessa natura quando imputati al socio. Gli utili di partnership quindi configurerebbero sempre business profits da art. 7; V. Rolle G., Belloni M., Profili fiscali della partecipazione in società di persone estere... cit., par.4.

Nel Comm. all'art.1 versione 2017 il par.6.6 è stato soppresso per effetto dell'introduzione della *partnership clause* art.1(2) Mod. OCSE. Indicazione analoga è tuttavia rinvenibile nel Comm. all'art.1 par.12: «12. *By providing that the income to which it applies will be considered to be income of a resident of a Contracting State for the purposes of the Convention, the paragraph ensures that the relevant income is attributed to that resident for the purposes of the application of the various allocative rules of the Convention. Depending on the nature of the income, this will therefore allow the income to be considered, for example, as "income derived by" for the purposes of Articles 6, 13 and 17, "profits of an enterprise" for the purposes of Articles 7, 8 and 9 (see also paragraph 4 of the Commentary on Article 3) or dividends or interest "paid to" for the purposes of Articles 10 and 11. The fact that the income is considered to be derived by a resident of a Contracting State for the purposes of the Convention also means that where the income constitutes a share of the income of an enterprise in which that resident holds a participation, such income shall be considered to be the income of an enterprise carried on by that resident (e.g. for the purposes of the definition of enterprise of a Contracting State in Article 3 and paragraph 2 of Article 21)*».

<sup>1227</sup> La Ris. n. 12/643 del 24/06/1986, nell'affrontare il caso di un socio fiscalmente residente in Italia che percepiva redditi da una partnership stabilita in Danimarca, ha riconosciuto l'applicabilità dell'articolo 7 della Convenzione e non dell'art. 10.

La Nota della DRE Lombardia n.51217/1997 nell'affermare che il presupposto impositivo del reddito in questione va individuato nel Paese in cui il reddito è stato prodotto e successivamente imputato ai singoli soci in quanto la partecipazione di questi ultimi «*si atteggia quale proiezione degli stessi nel luogo in cui opera la società*», sembra sostanzialmente propendere per l'esistenza di una (automatica ed implicita) stabile organizzazione del socio nello Stato della partnership. Cfr. Piazza M., op. cit., 409; Sacchetto C., Il trattamento fiscale dei redditi prodotti in «joint ventures» internazionali dal «venturer» residente in Italia, in Uckmar V., Garbarino C. (a cura di), Aspetti fiscali delle operazioni internazionali, Milano, 1995, 360; sul punto v. anche Della Valle, op. cit., p. 767; Rolle G., Belloni M., Profili fiscali..., cit. par. 4; Crazzolara, op. cit., p.450 e p. 452; Di Dio A., Fresca M., Trust istituito ...cit., par.4 e 6; Sfrondrini A., Le partnership... cit., p. 1134-1135.

l'AF, pur disconoscendo il regime di trasparenza estero (per effetto dell'*all corporate approach* applicato agli enti non residenti), riconobbe il principio di conservazione del sistema fiscale estero e qualificò il reddito della partnership estera come reddito di impresa, il che ha consentito di convogliare tali utili verso l'applicazione delle disposizioni convenzionali previste per i *business profits*.

Secondo parte della letteratura, la qualificazione convenzionale degli utili di partnership estera come *business profits* non precluderebbe una diversa qualificazione reddituale di tali utili ai fini dell'imposizione interna<sup>1228</sup>. Tale ricostruzione infatti avrebbe lo scopo di consentire la detraibilità dell'imposta estera altrimenti indetraibile per effetto dell'*all corporate approach*<sup>1229</sup> e ammettere poi una diversa qualificazione domestica ai fini dell'imposizione interna, in questo caso reddito di capitale. Tale ricostruzione difetterebbe tuttavia del criterio di collegamento speculare a quello dell'art.23 c.1. lett. g) TUIR, in grado di qualificare gli utili delle società trasparenti estere come redditi di impresa e dunque come business profit convenzionali assoggettabili a tassazione concorrente in Italia solo in assenza di una stabile organizzazione localizzata all'estero<sup>1230</sup>.

L'anello mancante di questa ricostruzione risiederebbe quindi nella modalità applicativa dell'art. 7 mod. OCSE insieme alle raccomandazioni del PR99<sup>1231</sup>.

---

<sup>1228</sup> Tali orientamenti di prassi, ancorché datati, supportano le posizioni espresse a favore dei business profits con la necessità di separare il livello impositivo domestico da quello convenzionale: il primo è finalizzato al prelievo materiale dei tributi, il secondo alla ripartizione dei diritti impositivi fra Stati. In ragione di tale distinzione, di principio, non sarebbe incoerente adottare regole qualificatorie diverse: il criterio qualificatorio convenzionale solo ai fini convenzionali e quello domestico solo ai fini interni. V. Rolle G., Belloni M., Profili fiscali... cit., par. 4.

<sup>1229</sup> Sul tema v. Mayr S., Redditi di partecipazione in una società di persone estere, in CT, n. 19/1990, p. 1301; Mayr S., Società di persone estere: trattamento fiscale ai fini convenzionali, in CT, n. 11/1997, p. 788; e in particolare Mayr S., Brevi note sulla tassazione in Italia degli utili di partecipazione in società di persone estere, in BT, n. 20/2012pp. 1434 il quale parla a proposito della necessità di una doppia finzione: la prima è quella di considerare le società trasparenti estere come opache e la seconda è quella di ipotizzare che il reddito sia prodotto dal socio mediante stabile organizzazione anziché dalla società per ammettere lo sgravio convenzionale dell'imposta estera.

<sup>1230</sup> Questa è la soluzione sostenuta da Rolle il quale nella soluzione che, in presenza di Trattato, configuri gli utili di partnership estera imputati al socio come *business profits* e non dividendi, individua certamente diversi vantaggi: lo stato fonte non può applicare ritenuta su dividendi, i business profits sono soggetti a tassazione illimitata nello Stato di residenza della partnership, il socio italiano beneficerà del credito per l'imposta estera secondo il regime previsto dalla qualificazione domestica (solo al momento dell'effettiva percezione del reddito qualificato reddito di capitale oppure contestualmente all'imputazione se qualificato come reddito di impresa. Nella fattispecie, l'art.165 TUIR opererebbe solo come norma di quantificazione del *credit method* art. 23/B previsto dal relativo Trattato.

Tale soluzione ha il pregio di tentare di sanare una cesura logica provocata dalla asimmetria dei sistemi di classificazione soggettiva di due diversi Paesi a normativa invariata. L'aspetto più critico di tale ricostruzione risiede tuttavia nell'individuare il criterio impositivo interno nella lettura a specchio dell'art. 23 c.1 lett. g) il che non sembra poggiare su solide fondamenta argomentative in base ai principi generali della tassazione interna.

<sup>1231</sup> Se infatti è lo Stato di residenza dei soci a guidare la classificazione della partnership, risultando irrilevante la classificazione dello Stato fonte, esistono due opzioni possibili. La prima è che il socio qualifichi una stabile organizzazione nello Stato fonte mediante il semplice possesso di partecipazioni in una partnership estera: in questo modo il Trattato prevede la tassazione concorrente degli utili della stabile organizzazione e il reddito d'impresa estero tassabile

Detta ricostruzione inoltre si mostra incoerente se la partnership estera svolge attività diversa da quella d'impresa perché in quel caso la regola qualificatoria potrebbe condurre a risultati diversi, come ad esempio redditi immobiliari dell'art. 6 mod. OCSE<sup>1232</sup>.

Non vi è dubbio come questa soluzione trovi il pregio della praticità e il vantaggio di riallineare gli effetti dell'asimmetria classificatoria sia per la disciplina domestica che per quella convenzionale. Sul piano convenzionale infatti il prelievo estero sul socio italiano sarebbe giustificato dalla presenza di una stabile organizzazione che configura *business profits* tassabili nello Stato fonte e collimerebbe al contempo con gli effetti complessivi del regime di trasparenza estero<sup>1233</sup>. A fronte di tale qualificazione inoltre il socio italiano avrebbe diritto alla detrazione dell'imposta prelevata all'estero al solo fine di recuperare la doppia imposizione ma senza alterare il regime di tassazione interna del provento.

È impossibile tuttavia non rilevare che, in alternativa a soluzioni comunque insoddisfacenti, tale soluzione proponga comunque una eccessiva forzatura interpretativa del sistema convenzionale.

La prima obiezione che va mossa è che né una norma interna né il Trattato prevede la fattispecie di “stabile organizzazione da possesso di quote di partnership estera”<sup>1234</sup>.

La soluzione di ipotizzare che la partecipazione in partnership estere possa configurare *tout court* una stabile organizzazione del socio italiano all'estero, seppur presente nella *tax treaty practice* di altri Stati<sup>1235</sup>, non è supportata in modo espresso né da norme né dalla prassi domestica<sup>1236</sup> o da riserve dello Stato italiano apposte al

---

in Italia beneficerebbe del credito d'imposta. La seconda invece prevede che la quota di *business profits* estero prodotto dal socio mediante la partnership sia tassabile in modo esclusivo e illimitato solo in Italia. Tesi sostenuta da Bellettini, Italy branch report, IFA 1995, ripresa da Sfrondrini A., *Le partnership...* cit. p. 1132. Tale tesi soccombe tuttavia alla ricostruzione del Commentario secondo cui i business profit prodotti da una partnership sono in ogni caso tassabili nello Stato della partnership. Si pone tuttavia il problema di

<sup>1232</sup> V. Rolle G., Belloni M., *Profili fiscali...* cit., par. 4.

<sup>1233</sup> Questo rinvia alla considerazione svolta in precedenza fra effetti fiscali della stabile organizzazione estera in Italia e effetti dell'art. 23 c.1 lett. g) TUIR per i non residenti, anche se la prospettiva in questo caso è “rovesciata”.

<sup>1234</sup> *Contra*, Contrino A., *La convenzione svizzera...* cit., p. 967.

<sup>1235</sup> Per esempio, gli Stati di common law.

<sup>1236</sup> La prassi prima citata infatti parla di «proiezione» e non espressamente di stabile organizzazione.

Sul punto appaiono illuminanti le posizioni di Fantozzi A., Spoto A., *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale...* cit., par. 5 il quale sostiene che « *la tassabilità del socio non residente derivi non già dalla convenzione (posto che si esclude che la società di persone debba reputarsi stabile organizzazione del socio non residente), bensì dalla sua inapplicabilità, cioè dal fatto che la pretesa impositiva dello Stato di residenza della società non trova limitazioni nelle convenzioni* ».

mod. OCSE: essa richiederebbe pertanto un notevole salto logico-interpretativo motivato da ragioni unilaterali di rendere competitivi gli investimenti italiani all'estero.

L'esistenza di una stabile organizzazione rappresenta inoltre l'esito dell'accertamento di un fatto corrispondente alla fattispecie prevista dalla norma e che non può essere indotta da una presunzione.

La figura della Stabile organizzazione di un soggetto non residente rappresenta un centro di imputazione reddituale e, come declinazione del principio di territorialità degli Stati, è una fattispecie caratterizzata dalla presenza di fatti e circostanze giuridicamente rilevanti ai fini del Trattato (o anche della legge interna) che deve essere materialmente accertato e constatato dallo Stato della fonte e rispetto alla quale lo Stato della residenza del socio (in questo caso l'Italia) non ha alcuna competenza accertativa ma prende solo atto.

In base a quanto detto relativamente allo schema generale di analisi<sup>1237</sup>, in questo caso inoltre sembra dirimente l'approccio civilistico adottato dallo Stato estero nella identificazione giuridica della partnership in questo stabilita. Se nel sistema civilistico estero la partnership è considerata un soggetto giuridicamente distinto dai suoi soci che svolge autonomamente l'attività d'impresa senza necessità che i suoi soci assumano la qualifica di imprenditori (come per esempio in Italia), andrebbe escluso che il semplice possesso di quote in una partnership di quello Stato possa automaticamente configurare una stabile organizzazione del socio estero. Al contrario, dove dovesse applicarsi la teoria della co-impresa (*co-exploitation theory*) la partnership dovrebbe considerarsi inesistente e le quote di partecipazione di ciascun socio estero nella partnership dovrebbero considerarsi pro-quota una stabile organizzazione del socio estero in quel Paese.

In ogni caso, però il ricorso alla teoria della fisionomia giuridica della partnership nel suo Paese di stabilimento per spiegare se stabile organizzazione esista o meno, richiede che sia lo Stato della partnership a stabilire se sul suo territorio insista una stabile organizzazione del socio estero mediante il possesso di partecipazioni in una partnership residente oppure no.

Non può escludersi inoltre che, in talune circostanze, il possesso di quote di una partnership può anche coincidere con gli elementi validi ad integrare una stabile organizzazione del socio imprenditore in base ai requisiti previsti dalla norma convenzionale. Questo tuttavia non può di per sé configurare automaticamente una

---

<sup>1237</sup> Le Gall J.P, General Report, cit., p. 675.



stabile organizzazione del socio per effetto di una presunzione che peraltro opererebbe in modo ultra territoriale, giacché riguarderebbe l'esistenza di un fatto su un territorio estero. Indurre l'esistenza di stabile organizzazione all'estero del socio solo dal possesso di quote di una partnership estera significa presumere un fatto giuridicamente rilevante da elementi non certi e non accertabili e per i quali non esiste una norma interna o convenzionale di collegamento.

Va aggiunto che il riferimento alle indicazioni del Commentario OCSE proposto dalla letteratura per supportare tale ricostruzione non sembra affatto congruente<sup>1238</sup>.

Inoltre, questa ricostruzione si scontra con la ferma posizione espressa dalla norma secondo cui le partnership estere sono sempre opache il che inevitabilmente fa riemergere il problema del credito d'imposta. Allo stato attuale la prassi italiana non sembra incline nemmeno ad accogliere l'orientamento di considerare gli utili imputati per trasparenza da società estere a soci italiani come *business profits* ai fini convenzionali, ma solo ai fini del riconoscimento del credito d'imposta art. 165 TUIR, che in questa circostanza perderebbe la funzione di attribuzione e si ridurrebbe a norma di computo. La riqualificazione interna infatti in redditi di capitale inibirebbe il credito perché il medesimo reddito non è prodotto all'estero in base alla lettura a specchio dell'art. 23 TUIR.

Sul punto è inoltre intervenuta la circ. n. 9/2015 che, sul presupposto dell'impossibilità di configurare una detrazione dell'imposta estera in molti di questi casi, ha reso l'imposta deducibile<sup>1239</sup>.

La prassi è inoltre intervenuta sostenendo che le partnership estere in quanto taxable entities per il diritto italiano, non consentono di applicare il Trattato agli utili imputati per trasparenza a soci italiani. La risoluzione n. 80/2007 sostiene che la LLP inglese trasparente è classificata in Italia come società fiscalmente opaca art. 73 c.1 lett. d). Gli utili distribuiti per trasparenza ai soci italiani devono essere qualificati come redditi di capitale (art.44 TUIR) tassati per cassa ed è irrilevante che la società nel Regno Unito imputi i suoi utili ai soci per trasparenza. Trattandosi di studio professionale associato costituitosi in forma di LLP inglese, se opera con base fissa in Italia, la società è assoggettabile ad IRES come ente non commerciale e il reddito

---

<sup>1238</sup> Il comm. OCSE all'art. 5 par.43 si riferisce ad un caso triangolare (lo Stato di residenza dei soci, quello della partnership e lo Stato terzo) in un cui una partnership abbia una stabile organizzazione in un terzo Stato. Tale ipotesi prevede che ogni quota della partnership si configuri come una diversa impresa dei soci e che quindi se tale impresa ha una stabile organizzazione all'estero questa in realtà realizzi una stabile organizzazione prodotta dai soci della partnership.

<sup>1239</sup> V. Mayr S., Partecipazioni in società di persone estere: il credito d'imposta secondo la circolare n. 9/E del 5 marzo 2015, in BTI, n. 5/2015, pp. 325 ss.

prodotto si qualifica come reddito di lavoro autonomo determinato con le regole dell'art. 53 TUIR.

Si può concludere affermando che ove non è riscontrabile simmetria nel classificare la partnership estera come opaca fra l'Italia e lo Stato della partnership, nelle fattispecie di utili *inbound*, cioè imputati da una partnership estera per trasparenza ad un socio italiano, l'Italia mediante l'*all corporate* inibisce di fatto l'applicazione del Trattato in tutti i casi<sup>1240</sup>.

Secondo questa ricostruzione, il Trattato resta inapplicabile sempre e indipendentemente dalla fonte del reddito: sia se una partnership estera produce redditi con fonte nello Stato di stabilimento, sia nel caso in cui questa produca redditi di fonte in un terzo Stato. Come già visto sopra, tale soluzione resta ferma se l'Italia, che in questo caso è stato di residenza dei soci, è anche stato fonte del reddito<sup>1241</sup>.

Va segnalato che, contrariamente a questa ricostruzione, la prevalente letteratura sostiene, sulla base delle argomentazioni sopra riportate, la creditabilità in Italia dell'imposta estera almeno in tutti i casi in cui l'utile inbound rimpatriato, cioè effettivamente percepito, sia assoggettato ad IRPEF o IRES e non ad imposta sostitutiva<sup>1242</sup>. In tale ultimo caso, l'imposta estera resta in ogni caso non creditabile ma deducibile per prassi amministrativa<sup>1243</sup>.

Se invece l'Italia seguisse le indicazioni OCSE rinunciando all'*all corporate approach*, potrebbe considerare l'utile imputato per trasparenza al socio e applicare il beneficio dell'art. 23 mod.OCSE.

### **3.4.1.3 Partnership estera: capital gain realizzati dai soci italiani**

Come visto in precedenza, il sistema fiscale italiano tassa sia le plusvalenze da cessione di partecipazioni in partnership domestiche che quelle in società di persone estere. Ai fini della legislazione fiscale interna, entrambe sono tassate come capital

---

<sup>1240</sup> Cfr. Mayr S., Brevi note sulla tassazione in Italia degli utili di partecipazione in società di persone estere, in BT, n. 20/2012 p.1435; Piazza M., Guida alla fiscalità internazionale, cit., p.562.

<sup>1241</sup> Questa soluzione è prevista dalla regola OCSE secondo cui uno Stato di residenza del socio non può essere limitato nel tassare i redditi dei propri residenti che hanno fonte nello stesso Stato. V. OECD Comm. Art. 1, ove si suggerisce di inserire apposita clausola per gli Stati che riconoscono la trasparenza estera. Per l'Italia tale soluzione deriva dall'approccio classificatorio: la partnership estera è considerata opaca pertanto ogni reddito di fonte italiana prevede l'applicazione delle regole dell'art. 23 e semmai del corrispondente Trattato. per questo motivo l'Italia non ha avuto necessità di inserire clausole apposite nei suoi Trattati. Cfr. Piazza M, Guida...cit., p. 561 e 564

<sup>1242</sup> Sul punto v. Mayr S., Brevi note sulla tassazione in Italia degli utili di partecipazione in società di persone estere, in BT, n. 20/2012 p.1435.

<sup>1243</sup> Sull'interazione fra deducibilità dell'imposta estera e imposizione sostitutiva degli utili inbound da partnership estere, v. Mayr S., Partecipazioni in società di persone estere: il credito d'imposta secondo la circolare n.9/2015, in BT, n.5/2015.

gain da cessione di partecipazioni in società di capitali: la tassazione concreta segue quindi regole differenziate a seconda del percettore del reddito (soggetto IRES, soggetto IRPEF o soggetto non residente) e non a seconda della natura del soggetto partecipato.

Da questo punto di visto si può dire che l'Italia applichi un *all corporate approach* a tutti capital gain da cessione di partecipazioni, sia a quelle in partnership domestiche che estere (*capital gain corporate approach*).

Nel caso in cui un socio italiano ceda la partecipazione in partnership estera, secondo le regole OCSE<sup>1244</sup> l'Italia si qualificherebbe infatti Stato di residenza del socio e avrebbe quindi l'obbligo di soccombere in un eventuale conflitto di qualificazione del reddito<sup>1245</sup>.

L'Italia tuttavia qualifica sempre tale operazione come cessione di quote di una società di capitali rendendo applicabile in tutti i casi l'art. 13(5) mod. OCSE.

---

<sup>1244</sup> Comm. Mod. OCSE Art. 23 A e B « 32.3 *Different situations need to be considered in that respect. Where, due to differences in the domestic law between the State of source and the State of residence, the former applies, with respect to a particular item of income or capital, provisions of the Convention that are different from those that the State of residence would have applied to the same item of income or capital, the income is still being taxed in accordance with the provisions of the Convention, as interpreted and applied by the State of source. In such a case, therefore, the two Articles require that relief from double taxation be granted by the State of residence notwithstanding the conflict of qualification resulting from these differences in domestic law.*

32.4 *This point may be illustrated by the following example. A business is carried on through a permanent establishment in State E by a partnership established in that State. A partner, resident in State R, alienates his interest in that partnership. State E treats the partnership as fiscally transparent whereas State R treats it as taxable entity. State E therefore considers that the alienation of the interest in the partnership is, for the purposes of its Convention with State R, an alienation by the partner of the underlying assets of the business carried on by the partnership, which may be taxed by that State in accordance with paragraph 1 or 2 of Article 13. State R, as it treats the partnership as a taxable entity, considers that the alienation of the interest in the partnership is akin to the alienation of a share in a company, which could not be taxed by State E by reason of paragraph 5 of Article 13. In such a case, the conflict of qualification results exclusively from the different treatment of partnerships in the domestic laws of the two States and State E must be considered by State R to have taxed the gain from the alienation "in accordance with the provisions of the Convention" for purposes of the application of Article 23 A or Article 23 B. State R must therefore grant an exemption pursuant to Article 23 A or give a credit pursuant to Article 23 B irrespective of the fact that, under its own domestic law, it treats the alienation gain as income from the disposition of shares in a corporate entity and that, if State E's qualification of the income were consistent with that of State R, State R would not have to give relief under Article 23 A or Article 23 B. No double taxation will therefore arise in such a case».* In questo senso v. anche Gazzo M., *Trattamento degli utili distribuiti da società di persone italiane a soci non residenti*, in FI, n.1/2004, p. 49 ss., in part. par. 2.3.3.

<sup>1245</sup> Da questo punto di vista tuttavia va notato che il Commentario nell'affidare la qualificazione oggettiva allo Stato della fonte, invita per regola lo Stato di residenza a non interessarsi della norma qualificatoria oggettiva impiegata, la quale dipende dalla legislazione domestica della fonte e dall'approccio concretamente impiegato dallo Stato estero; allo Stato della residenza in questo caso resta il compito di eliminare la eventuale doppia imposizione che deriva dall'applicazione dei due sistemi fiscali domestici.

Quindi il rischio di un conflitto di qualificazione nell'applicazione delle disposizioni dei Trattati è molto elevato e dipende concretamente dalla modalità in cui lo Stato della fonte qualifica la sua partnership<sup>1246</sup>.

Se anche lo Stato estero classifica la sua partnership come opaca, il problema non si pone perché entrambe gli Stati applicheranno l'art. 13(5) mod. OCSE con tassazione esclusiva in Italia.

Se lo Stato estero applica invece la trasparenza alle sue partnership, non assimilerà l'operazione alla cessione di quote di una società di capitali residente ma la qualificherà come cessione da parte di un socio estero degli *underlying asset* di un'azienda o (a seconda dell'approccio applicato) cessione di stabile organizzazione o dei suoi beni mobili e immobili. Ciò pertanto rende potenzialmente applicabili non solo la fattispecie residuale dell'art. 13(5) Mod OCSE, ma anche tutte le altre fattispecie previste dall'art. 13 Mod OCSE e o altre regole distributive del trattato<sup>1247</sup>.

Se anche l'Italia non applicasse in automatico l'art. 13(5) del Trattato (a ragione dell'*all corporate approach* sottostante a tutti capital gain da cessione di plusvalenze), va disattesa in ogni caso la posizione di quella dottrina che tende a ricondurre automaticamente la cessione di partecipazione in *partnership* estera alla cessione di stabile organizzazione del socio<sup>1248</sup>. Per le stesse ragioni (e forse per ragioni ancora più valide) per le quali una quota di partecipazione di un socio estero in una partnership italiana non si configura *tout court* come stabile organizzazione in Italia del socio estero, così la cessione di una partecipazione in una *partnership* estera non dovrebbe configurarsi *tout court* come cessione di una stabile organizzazione all'estero del socio italiano. Valgono a riguardo tutte le osservazioni precedenti circa l'esistenza di una stabile organizzazione in uno Stato estero e che si possono sintetizzare nel fatto che l'esistenza di stabile organizzazione all'estero è l'esito di un processo di natura accertativa su fatti o circostanze utili a configurare la fattispecie dell'art. 5 mod. OCSE nello Stato della fonte o al più si può avere per effetto di un atto dichiarativo del contribuente o per norma dello Stato estero, ma non certo per effetto di una presunzione operata dallo Stato di residenza. Inoltre, nessuna norma o prassi definisce

---

<sup>1246</sup> Mayr S., Brevi note sulla tassazione in Italia degli utili di partecipazione in società di persone estere, in BT, n. 20/2012, p.1436, Crazzolaro A., Italian branch report, cit., p. 435, Si ricorda infatti che la tassazione a fattispecie esclusiva comporta l'impossibilità per il residente in Italia di recuperare l'imposta assolta all'estero, giacché l'Italia non riconosce la potestà impositiva dello Stato estero sul reddito in questione.

<sup>1247</sup> Ciò non comporta automaticamente asimmetria di regole distributive ma, variando la qualificazione oggettiva alla fonte, è molto probabile che le regole distributive impiegate dallo Stato estero siano diverse (o solo in parte coincidenti) da quelle dello Stato residenza del socio. V. sul punto Rolle G., Belloni M., Profili fiscali della partecipazione in società di persone estere par. 4.

<sup>1248</sup> Contrino A., Convenzione ...cit., p. 906; Vogel K., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, cit., art. 5.

automaticamente la partecipazione del socio italiano in una partnership italiana come ipotesi di stabile organizzazione<sup>1249</sup>.

Se lo Stato estero configura nell'attività d'impresa del socio italiano (svolta attraverso la partnership) una stabile organizzazione del socio stesso dipende quindi dall'approccio scelto dallo Stato della fonte ed è un fatto che lo Stato della residenza non può disconoscere se i fatti accertati corrispondono ai requisiti previsti dalla norma convenzionale.

Se lo Stato fonte riconosce l'esistenza una stabile organizzazione del socio estero, alla cessione di stabile organizzazione o dei suoi asset applicherà l'art. 13(2) Mod. OCSE.

Nel caso in cui lo Stato estero non riconosca nell'attività del socio italiano una sua stabile organizzazione procederà ad una valutazione che scompone e valuta separatamente gli elementi ceduti. In questo caso, la cessione di quote di una partnership estera configurerebbe quindi ai fini del Trattato una cessione degli assets a questa sottostanti (*underlying assets*). In altre parole, mancando precise indicazioni normative che consentono di assimilare il possesso di quote in una società estera come stabile organizzazione, diventa necessario considerare il capital gain da cessione di quote in una partnership estera come la somma di tanti capital gain derivanti dalla cessione di beni distinti: beni immobili, (anche) stabili organizzazioni e loro beni mobili, navi ed aerei impiegati in traffico internazionale, quote in società immobiliari e altri beni. Rispetto a tutte queste ipotesi l'art. 13 mod. OCSE distribuisce infatti in modo diverso il potere impositivo sul capital gain in ragione del diverso criterio di collegamento applicato ai vari beni ceduti<sup>1250</sup>.

A fronte di tale eventualità il *capital gain corporate approach* adottato dall'Italia comporterà con molta probabilità ipotesi di doppia imposizione, giacché a fronte della

---

<sup>1249</sup> A ben vedere anche il richiamo che in questi casi viene fatto da molti autori alle prassi datate del 1986 va contestualizzato: tali prassi non affermano mai che la partecipazione in una p estera configura una stabile organizzazione bensì qualificano la p estera come proiezione dell'attività del socio. Tale posizione inoltre è preordinata a riconoscere per prassi il credito di imposta al socio italiano di un p estera, una posizione in tutto e per tutto assimilabile a quella di altri Stati che applicano il Trattato alle partnership per prassi interna sebbene esse siano effettivamente e coerentemente escluse dai Trattati e senza richiedere allo Stato fonte di applicare a queste i Trattati stessi.

<sup>1250</sup> In base all'art. 13 Mod. OCSE 2017 si avrebbe: i capital gain immobiliari prevedono la tassazione concorrente nello Stato dove è localizzato l'immobile in base all'art. 13(1) del Trattato; i capital gain da cessione di stabili organizzazioni di un'impresa o loro beni mobili prevedono la tassazione concorrente nello Stato dove è situata la stabile in base all'art. 13(2) mod. OCSE; i capital gain da cessione di navi ed aerei impiegati in traffico internazionale prevedono la tassazione esclusiva nel Paese dell'impresa in base all'art. 13(3) del Trattato; i capital gain da cessione di quote di società, partnership e trust immobiliari in base all'art. 13(3) mod. OCSE seguono il criterio di tassazione dei beni immobili dell'art. 6; mod. OCSE i capital gain da cessione di tutti gli altri beni diversi da questi prevedono la tassazione esclusiva nello Stato del cedente in base all'art. 13(5) mod. OCSE

tassazione alla fonte non corrisponde il diritto allo sgravio del socio italiano cedente la partecipazione estera.

Come riportato dalla dottrina, tale doppia imposizione è variabile in base alla quota imponibile del capital gain estero tassato in Italia. È dunque minima nell'ambito del regime fiscale societario quando la partecipazione ha i requisiti pex ed è massimo quando il capital gain è tassato con imposta sostitutiva, perché questa non ammette la creditabilità dell'imposta estera<sup>1251</sup>.

#### **3.4.1.4 Partnership italiana: utili imputati per trasparenza ai soci esteri**

Come visto in precedenza, la partnership localizzata in Italia è tassata sempre per trasparenza dal diritto interno.

Ai fini del diritto domestico, gli utili di partnership italiane imputati per trasparenza a soci esteri assumono qualificazione diversa a seconda del tipo di partnership: gli utili delle sas/snc e società assimilate sono redditi di impresa, mentre gli utili delle ss e società assimilate conservano la natura originaria. In ogni caso tali redditi confluiranno nel reddito complessivo dei soggetti non residenti (persone fisiche e società) ed assoggettate al regime IRPEF/IRES previsto per natura, insieme ad eventuali detrazioni per imposte estere pagate dalla partnership italiane per redditi prodotti all'estero.

In difetto del requisito di residenza convenzionale, il principio generale in tema di applicabilità del Trattato alla partnership prevede che lo Stato fonte è vincolato al trattato con lo stato di residenza dei soci solo se questo (diverso dallo stato della partnership) considera la partnership trasparente<sup>1252</sup>. L'applicazione del Trattato agli utili imputati per trasparenza da partnership italiana è possibile quindi solo a soci italiani o a soci residenti in uno Stato che classifica la partnership italiana come trasparente<sup>1253</sup>. Per il principio di conservazione, il reddito mantiene la qualifica che ha sulla partnership e non è riqualficato come dividendo<sup>1254</sup>.

---

<sup>1251</sup> Mayr S., Brevi note sulla tassazione in Italia degli utili ..., p. 1436.

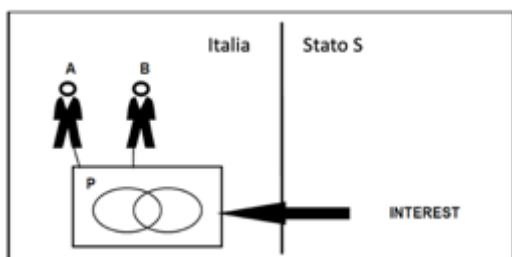
<sup>1252</sup> Commentario all'art. 4 par. 8.13 «Where a State disregards a partnership for tax purposes and treats it as fiscally transparent, taxing the partners on their share of the partnership income, the partnership itself is not liable to tax and may not, therefore, be considered to be a resident of that State. In that case, however, paragraph 2 of Article 1 clarifies that the Convention will apply to the partnership's income to the extent that the income is treated, for purposes of taxation by that State, as the income of a partner who is a resident of that State. The same treatment will apply to income of other entities or arrangements that are treated as fiscally transparent under the tax law of a Contracting State (see paragraphs 2 to 16 of the Commentary on Article 1)».

<sup>1253</sup> Rossi M., L'applicazione dei trattati fiscali alle "partnership" ..., cit. p.289; Baker P., The application of the Convention to partnerships, ...cit., p.12; Rolle G., Belloni M., Profili fiscali derivanti dalla partecipazione di non residenti...cit., par.3.

<sup>1254</sup> Sfrondrini A., Le partnership e la trasparenza fiscale... cit., p-1120 e 1140.

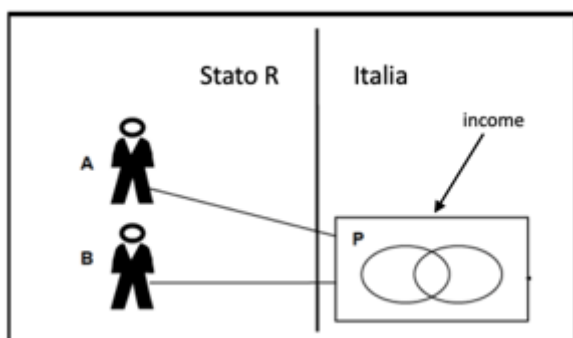
Per le regole OCSE, quindi anche in questo caso resta rilevante l'approccio classificatorio dello Stato di residenza dei soci: se questo classifica la partnership italiana come opaca l'applicazione del trattato ai soci è inibita, se invece questo classifica la partnership italiana come trasparente i soci possono beneficiare della convenzione<sup>1255</sup>.

Ciò comporta due ordini di problemi: il primo è se applicare il trattato ai soci residenti, il secondo è se e quale trattato applicare ai soci esteri.



Se lo Stato della fonte S considera la partnership italiana come trasparente, l'Italia imputa il beneficio convenzionale (in questo caso il credito d'imposta art. 165 TUIR) per trasparenza ai soci<sup>1256</sup>. Come visto in precedenza, nessun problema si pone all'applicazione del Trattato ai

soci quando entrambe gli Stati riconoscono la trasparenza estera. Ciò accade anche se lo S classifica la partnership come opaca giacché dovrà derogare a questa regola applicando quella dell'Italia che è Stato di residenza dei soci.



Nel caso di reddito di fonte italiana, se lo Stato di residenza dei soci classifica la partnership italiana come trasparente, il socio estero può chiedere l'applicazione del Trattato fra l'Italia e il suo Stato di residenza. Resta tuttavia da stabilire il regime convenzionale applicabile.

I soci esteri di partnership italiana, come noto, producono in Italia utili qualificati in base all'art. 5 TUIR. Escludendo che tali redditi siano configurabili come dividendi articolo 10 mod. OCSE, occorre valutare altre due ipotesi percorribili.

Nel caso in cui la partnership italiana svolga un'impresa nella di snc/sas, la prima ipotesi è la qualificazione di business profit art. 7 mod. OCSE<sup>1257</sup>, con la conseguenza

<sup>1255</sup> Rolle G., Belloni M., Profili fiscali derivanti dalla partecipazione di non residenti...cit., par. 3; Russo R., Pedrazzini E., The Only Way Out Is the Way Through: Taxation of Partnership in Italy, in ET, 2005, p.138; Piazza M., Manuale...cit., p. 560-565; Murphy R., Campolo G., Le partnerships a partecipazione mista e le convenzioni contro le doppie imposizioni sul reddito, in DPTI, n.3/2003, p.811-812.

<sup>1256</sup> Come avviene, per esempio, nell'applicazione del Trattato con la Svizzera.

<sup>1257</sup> Come noto i business profits dell'art. 7 mod. OCSE sono caratterizzati dall'assenza di una nozione propria e dal principio di residualità (inverso a quello di attrazione). Essi vanno infatti computati al netto dei redditi governati da altre regole distributive del Trattato.

che in assenza di stabile organizzazione in Italia del socio estero<sup>1258</sup> l'utile societario debba essere tassato con altre disposizioni convenzionali (se ne ricorrono i presupposti qualificatori) oppure, in via residuale, sia tassato esclusivamente nello stato di residenza del socio<sup>1259</sup>.

A questo punto diventa dirimente l'esistenza di una stabile organizzazione.

Va notato anche in questo caso che gran parte della letteratura, apparentemente supportata dalle argomentazioni interpretative del Commentario OCSE<sup>1260</sup>, di una datata prassi amministrativa<sup>1261</sup> e giurisprudenza<sup>1262</sup>, è orientata positivamente nel senso di ritenere che la partecipazione in una partnership italiana da parte del socio estero possa configurare *tout court* una sua stabile organizzazione in Italia<sup>1263</sup>. Si

---

<sup>1258</sup> Secondo Della valle, op.cit., p.767, il punto è delicato posto che gli stati di common law seguono la pratica di considerare i soci come stabile organizzazione della partnership e viceversa V. sul punto: Avery Jones- Ward A., Agents as permanent establishments under the OECD model tax convention, in DPT., n.1/1993, p.1420; Lang M., The application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, Wien, 2000, p. 39.

<sup>1259</sup> V. Sfrondrini A., Le partnership e la trasparenza fiscale... cit., p. 1132; Tale qualificazione come noto prevede due fattispecie impositive inverse: in assenza di stabile organizzazione i business profit sono tassati in modo esclusivo e illimitato nello Stato di residenza dell'impresa, in caso di stabile organizzazione il potere impositivo torna ad essere ripartito in modo concorrente.

<sup>1260</sup> Comm. OCSE Art. 5: «42. It follows from the definition of “enterprise of a Contracting State” in Article 3 that this term, as used in Article 7, and the term “enterprise” used in Article 5, refer to any form of enterprise carried on by a resident of a Contracting State, whether this enterprise is legally set up as a company, partnership, sole proprietorship or other legal form. Different enterprises may collaborate on the same project and the question of whether their collaboration constitutes a separate enterprise (e.g. in the form of a partnership) is a question that depends on the facts and the domestic law of each State. (...)

43. In the case of an enterprise that takes the form of a fiscally transparent partnership, the enterprise is carried on by each partner and, as regards the partners' respective shares of the profits, is therefore an enterprise of each Contracting State of which a partner is a resident. If such a partnership has a permanent establishment in a Contracting State, each partner's share of the profits attributable to the permanent establishment will therefore constitute, for the purposes of Article 7, profits derived by an enterprise of the Contracting State of which that partner is a resident (see also paragraph 56 below). (...)

56. In the case of fiscally transparent partnerships, the twelve-month test is applied at the level of the partnership as concerns its own activities. If the period of time spent on the site by the partners and the employees of the partnership exceeds twelve months, the enterprise carried on through the partnership will therefore be considered to have a permanent establishment. Each partner will thus be considered to have a permanent establishment for purposes of the taxation of his share of the business profits derived by the partnership regardless of the time spent by himself on the site».

<sup>1261</sup> V. §1.1. La prima sarebbe quella di qualificare gli utili imputati al socio come *business profits* senza stabile organizzazione e quindi prevedere la tassazione esclusiva dello Stato di residenza; la seconda sarebbe quella di assenza di una norma distributiva. Sul punto in particolare, v. Della Valle, op. cit., p.753.

<sup>1262</sup> V. Gazzo M., Trattamento ... cit., par. 2.1 e in particolare la giurisprudenza della Commissione centrale ivi citata che ha talvolta negato che la detenzione di una partecipazione in una società di persone italiana da parte di un socio non residente sia di per se stessa sufficiente ad integrare i requisiti per la configurabilità in Italia di una stabile organizzazione dello stesso, affermandone, invece, l'esistenza in ipotesi di partecipazione totalitaria

<sup>1263</sup> Gazzo M., Trattamento ... cit., par 2.2.2 segnala nella nota n.14 che anche la giurisprudenza della Commissione centrale è orientata in tal senso soprattutto quando un socio estero abbia una partecipazione totalitaria nella società italiana.



verrebbero così a configurare tante stabili organizzazioni *pro quota* dei soci esteri<sup>1264</sup> corrispondenti alle rispettive partecipazioni nella partnership domestica<sup>1265</sup>.

Rispetto a tali orientamenti, valgono quindi le medesime obiezioni espresse sopra a proposito del caso inverso<sup>1266</sup>, le quali peraltro convergono allo stesso risultato. L'esistenza di una stabile organizzazione rappresenta l'esito dell'accertamento di un fatto corrispondente alla fattispecie prevista dalla norma e che non può essere indotta da una presunzione. In assenza di una precisa indicazione normativa (o al più di prassi) il grado di configurare il possesso di quote in una partnership come stabile organizzazione di un socio estero non è possibile procedere per presunzioni. Va aggiunto in questo caso che l'art. 23 c.1 lett.g) è una norma deputata a catturare gli utili di partnership italiane imputati per trasparenza a soci esteri e non una norma atta a configurare una stabile organizzazione in Italia del socio estero<sup>1267</sup>.

Inoltre, l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia corrispondente alla partecipazione del socio estero realizzerebbe (più o meno) lo stesso risultato che si avrebbe nel caso in cui il trattato non è applicabile<sup>1268</sup>. L'unica differenza risiederebbe nell'attrazione a reddito d'impresa italiano di tutti i costi sostenuti dalla stabile organizzazione per produrre questo ed altri redditi di fonte italiana.

Va aggiunto poi che, in base a quanto visto relativamente allo schema generale di analisi, sembra dirimente l'approccio civilistico italiano nella identificazione giuridica della partnership. Secondo tale approccio la partnership è un soggetto giuridicamente distinto dai suoi soci, che svolge autonomamente l'attività d'impresa senza necessariamente richiedere che i suoi soci assumano la qualifica di imprenditori. Da qui deriva l'impossibilità di ritenere che il semplice possesso di quote in una partnership italiana possa automaticamente configurarsi come stabile organizzazione in Italia del socio estero. Questo stesso approccio peraltro sembra giustificare l'attuale

---

<sup>1264</sup> Sul punto Contrino A., *La convenzione...* cit. p. 923 il quale riconduce tale qualificazione all'approccio ortodosso di Vogel.

<sup>1265</sup> Le argomentazioni a supporto di questo orientamento dottrinario sono esattamente speculari a quelle affrontate nel § 3.4.1.2. A queste per tanto si rinvia sia per i riferimenti letterari che di prassi amministrativa domestica e di raccomandazioni OCSE.

<sup>1266</sup> V. § 3.4.1.2.

<sup>1267</sup> Si è detto infatti che mentre l'utile da partecipazione imputato per trasparenza ad un socio estero qualifica nei fatti un reddito di impresa non si può dire che la realizzazione di tale reddito abbia le medesime caratteristiche unificanti di un reddito di impresa realizzato da una stabile organizzazione. L'utile da partecipazione è infatti un utile netto dell'attività della partnership italiana, mentre il reddito d'impresa di una stabile organizzazione di un soggetto estero è di fatto un'attività di impresa dotata del suo potere unificante. La differenza sta nella deducibilità dei costi diretti e indiretti connessi alla produzione dei redditi: nell'utile imputato art. 5 i costi di produzione sono inclusi nel valore netto ma tale valore non include tutti i costi che il soggetto estero ha sostenuto per produrre gli altri redditi di fonte italiana. Nel reddito della stabile organizzazione invece sono inclusi tutti i costi diretti e indiretti connessi alla produzione di tutti i redditi di fonte italiana assorbiti al suo interno.

<sup>1268</sup> Cfr. Gazzo M., *op. cit.*, 2.2.2

*capital gain corporate approach* che l'Italia applica alle plusvalenze da cessioni di partecipazioni in società trasparenti domestiche ed estere.

Quindi, nel caso in cui i fatti accertati o la spontanea dichiarazione del contribuente mostrino la presenza in Italia di tutti gli elementi necessari affinché si configuri una stabile organizzazione ai fini del Trattato e gli utili imputati per trasparenza si riferiscano ad un'attività d'impresa svolta dal socio estero mediante sede fissa di affari in Italia, gli orientamenti sopra espressi potranno trovare applicazione. Il vantaggio di una stabile organizzazione del socio estero in Italia risiede nella maggiore facilità con la quale il socio stesso potrà beneficiare del Trattato nel suo Stato di residenza.

Nel caso in cui non vi siano elementi per configurare una stabile organizzazione del socio estero in Italia – ed escluso che il possesso di quote di partnership italiane da parte di soci esteri possa configurare in automatico l'esistenza di una loro stabile organizzazione in Italia – occorre valutare se agli utili imputati per trasparenza al socio estero sia applicabile una diversa qualificazione in base ad altre regole distributive del Trattato, considerato che i *business profit* (in base a quanto prevede art. 7(7) modello OCSE)<sup>1269</sup> assumono una funzione qualificatoria residuale rispetto ad altri redditi e che il mod. OCSE richiede che la natura del reddito imputato ai soci conservi la sua natura originaria come se la partnership non esistesse (principio di conservazione del reddito).

Nel caso in cui gli utili non assumano la forma di altri redditi convenzionali, la loro qualificazione di business profit senza stabile organizzazione ricondurrebbe la loro tassazione esclusiva nello Stato di residenza del socio<sup>1270</sup>.

Nella Ris. n.171/2005 l'autorità fiscale italiana ha affrontato un caso in cui i soci esteri di una partnership italiana in trasparenza opzionale chiedevano di tassare nel proprio Stato di residenza in base all'art. 7 del Trattato, il reddito d'impresa prodotto in Italia senza stabile organizzazione. L'autorità fiscale italiana negò tuttavia che la classificazione operata dallo Stato di residenza dei soci potesse in qualche modo privare l'Italia della potestà impositiva sugli utili delle proprie società trasparenti residenti<sup>1271</sup> sostenendo che la potestà impositiva dello Stato italiano sul reddito

---

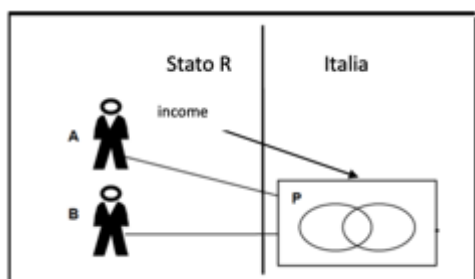
<sup>1269</sup> Art. 7(7) modello OCSE.

<sup>1270</sup> Bellettini S., Italian branch report, ...cit., p. 293.

<sup>1271</sup> V. sul punto, Lombardo M., *Tassazione per trasparenza e socio non residente*, in FI, 2006, p. 112 il quale evidenzia che per effetto del fenomeno della traslazione della soggettività passiva il socio estero paga l'imposta in Italia su un utile da partecipazione imputato per trasparenza da una società italiana e non su un reddito che è prodotto materialmente in Italia dalla società italiana. Sulla tale risoluzione v anche: Mastroberti A., *Tassazione domestica per i*

d'impresa prodotto da una società residente in Italia non viene meno per effetto dell'opzione per un alternativo metodo prelievo operata dal socio estero. La società è e resta un ente fiscalmente opaco che, in assenza di stabili organizzazioni all'estero, produce utili tassabili esclusivamente in Italia in base all'art. 7 del Trattato.

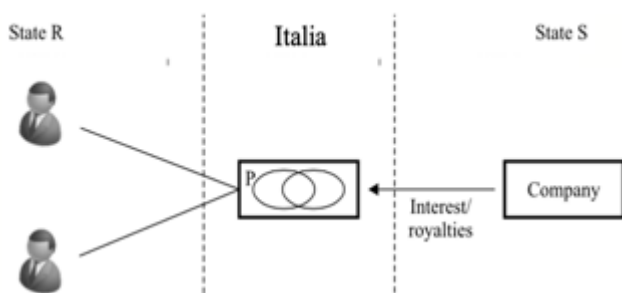
Se il socio estero chiede l'applicazione del Trattato agli utili di una società semplice si applicheranno altre regole distributive, come ad esempio l'art. 14 sui servizi indipendenti o l'art. 6 sui redditi immobiliari ciascuno dei quali prevede un diverso nexus.



Nel caso in cui lo Stato fonte del reddito coincida con lo Stato di residenza dei soci R e questo classifica la partnership italiana come opaca, il Trattato sarà inapplicabile e la tassazione avverrà con regole domestiche sia nello stato dei soci che in Italia, dove è stabilita la partnership. Se invece lo Stato di residenza dei soci R classifica la partnership

italiana come trasparente, e la partnership è considerata un soggetto giuridicamente autonomo (approccio separate entity), il socio estero può chiedere all'Italia l'applicazione del Trattato fra l'Italia e il suo Stato di residenza. Va ricordato tuttavia che la regola OCSE impedisce che un Trattato limiti uno Stato nell'imposizione di un proprio residente.

La partnership italiana si può trovare coinvolta in situazioni triangolari<sup>1272</sup>.



Se i redditi di fonte estera sono imputati ad una stabile organizzazione dei soci esteri in Italia, l'Italia concederà il credito d'imposta in base alla legge domestica<sup>1273</sup>. In assenza di stabile organizzazione, il credito per imposta estera sarà imputato in base al

diritto domestico ai soci insieme all'utile tassabile in Italia. Il Trattato con lo Stato

redditi imputati al socio cipriota, in PFP, n.5/2006, p.28 ss.; Grilli S., *Brevi note in tema di applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni alle società di capitali trasparenti ai fini IRES*, in RDT, 2006, p.134; Crazzolara A., *Qualification of taxabel entities and treaty protection*, Cahiers de droit fiscal International, Volume 99b, 2014, pag. 442; Sfrondini, op. cit., p. 1140.

<sup>1272</sup> E. Reimer, A. Rust (eds.), *Klaus Vogel on Double Taxation Convention*, 4th Edition, 2015, p. 106

a R. Russo, E. Pedrazzini, *The Only Way Out Is the Way Through: Taxation of Partnership in Italy*, in "European Taxation", 2005, p. 138.

V. Rolle G., Belloni M., *Profili fiscali derivanti dalla partecipazione di non residenti ...cit.*, par.3.

<sup>1273</sup> Crazzolara A., *Italian branch report*, p. 448.

fonte non è applicabile a causa della trasparenza della partnership italiana. Tale situazione è quindi indipendente da come lo Stato fonte classifica la partnership italiana.

Se lo Stato di residenza dei soci considera la partnership italiana come trasparente, questo potrebbe applicare ai soci il Trattato con lo Stato della fonte come se la partnership italiana non esistesse. Ciò tuttavia dipende in qualche misura da come lo Stato della fonte considera la partnership italiana.

#### **3.4.1.5 Partnership italiana: capital gain realizzati dai soci esteri**

Come visto, il regime fiscale italiano dei capital gain da cessione di partecipazioni in società italiane varia a seconda della natura giuridica del soggetto estero persona fisica o persona giuridica ma non della natura giuridica del soggetto partecipato. Si rinvia quindi a quanto detto nel § 3.4.1.3 a proposito del *capital gain corporate approach* adottato dall'Italia con riguardo alla qualificazione reddituale delle plusvalenze da partecipazione in società trasparenti domestiche ed estere.

Nel caso in cui un socio estero ceda la partecipazione in partnership italiana, secondo le regole OCSE<sup>1274</sup> stavolta l'Italia si qualificherebbe Stato della fonte e avrebbe quindi il diritto di prevalere in eventuali conflitti di qualificazione del reddito.

L'Italia, come visto, qualifica sempre tale operazione come cessione di quote di una società di capitali rendendo applicabile in tutti i casi l'art. 13(5) mod. OCSE che prevede la tassazione esclusiva nello Stato di residenza del percettore. Ne consegue dunque una inderogabile rinuncia a tassare i capital gain da cessioni di partecipazione in società trasparenti domestiche realizzati da soci esteri.

L'esito della tassazione del capital gain internazionale dipenderà in ultima analisi dal regime fiscale domestico concretamente applicato in questi casi dallo Stato di residenza del percettore.

Se anche lo Stato estero classifica la partnership italiana come opaca, comportandosi in definitiva come l'Italia, il problema non si pone perché entrambe gli Stati applicheranno l'art. 13(5) mod. OCSE con tassazione esclusiva nello Stato di residenza del socio.

Se lo Stato di residenza del percettore riconosce invece la trasparenza estera, qualificherà l'operazione come cessione degli *underlying asset* di azienda/stabile organizzazione in base all'art. 13(2) rispetto alla quale molto di frequente si

---

<sup>1274</sup> V. Comm. Mod. OCSE Art. 23 A e B (32.3-32.4).

accompagna l'esenzione del provento da tassazione domestica, si può verificare spesso l'ipotesi di doppia non imposizione.

Se lo Stato di residenza del socio riconosce invece la trasparenza delle partnership italiane, non assimilerà l'operazione alla cessione di quote di una società di capitali residente, ma la qualificherà come cessione da parte di un suo residente degli *underlying asset* di un'azienda italiana o (a seconda dell'approccio applicato) cessione di una stabile organizzazione del suo residente in Italia o dei beni mobili e immobili di questa. Quindi anche in questo caso si rende potenzialmente applicabile non solo la fattispecie residuale dell'art. 13(5) Mod. OCSE ma anche tutte le altre fattispecie previste dall'art. 13 Mod. OCSE e o altre regole distributive del trattato<sup>1275</sup>. Il problema della diversa qualificazione del reddito tuttavia riguarderebbe solo lo stato estero nel caso in cui decidesse di non allinearsi alla qualificazione dell'Italia che in questo caso è Stato della fonte.

Va ricordato che in molti Stati la cessione delle stabili organizzazioni estere o la cessione di una parte del loro patrimonio è un'operazione oggettivamente esente, il che potrebbe favorire potenziali salti di imposta.

Come osservato dalla letteratura<sup>1276</sup>, tuttavia i Trattati del network italiano che prevedono le clausole di switch over<sup>1277</sup> trasformano sistematicamente il beneficio per il cedente della partecipazione in un beneficio finanziario per il suo Stato di residenza giacché questo non concede il credito d'imposta in assenza di tassazione alla fonte.

Da tale ricostruzione emerge dunque che i capital gain derivanti al socio estero dalla cessione di quote in una partnership italiana non possono sicuramente configurarsi né come cessione di quote societarie, né *tout court* come cessione di stabile organizzazione.

Ne consegue anche qui l'esigenza di procedere ad una valutazione separata degli elementi ceduti dal socio estero: ai fini del Trattato la cessione di quote di una partnership italiana si configurerebbe come una cessione degli assets a questa sottostanti (*underlying assets*). Sarebbe dunque necessario considerare il capital gain

---

<sup>1275</sup> Con questo non si vuole dire che vi sarà sicuramente asimmetria di regole distributive impiegate, ma che variando la qualificazione oggettiva alla fonte è molto probabile che le regole distributive impiegate dallo Stato estero siano diverse (o solo in parte coincidenti) con quelle dello Stato residenza del socio. V. sul punto Rolle G., Belloni M., Profili fiscali della partecipazione in società di persone estere par. 4.

<sup>1276</sup> Mayr S., Brevi note sulla tassazione in Italia degli utili di partecipazione in società di persone estere, in BT, n. 20/2012, p. 1436; Guarnerio G., Il rebus della tassazione degli utili da partecipazione in società trasparenti estere, in FI, n.4/2020, p. 21.

<sup>1277</sup> Tipicamente il Trattato con la Germania. Tale clausola comporta il passaggio da un metodo di esenzione (correntemente impiegato nel trattato) al metodo del credito d'imposta, con la conseguenza che la tassazione nello Stato di residenza non si accompagna ad uno sgravio se non c'è tassazione alla fonte.

da cessione di quote come la somma di tanti capital gain derivanti dalla cessione di beni distinti: beni immobili, (anche) stabili organizzazioni e loro beni mobili, navi ed aerei impiegati in traffico internazionale, quote in società immobiliari e altri beni. Rispetto a tutte queste ipotesi l'art. 13 distribuisce infatti in modo diverso il potere impositivo sul capital gain in ragione del diverso criterio di collegamento applicato ai vari beni ceduti<sup>1278</sup>.

### 3.4.2 Valutazioni

La *tax treaty practice* italiana in tema di partnership può dirsi dunque un approccio complesso e non perfettamente allineato alle indicazioni OCSE.

Le partnership domestiche sono considerate fiscalmente trasparenti rispetto ai soci residenti in Italia, pertanto questi avranno sempre diritto agli sgravi convenzionali, se un Trattato è applicabile. Rispetto all'utile imputato per trasparenza al socio estero l'Italia si qualifica Stato della fonte. L'Italia quindi applicherà il Trattato all'utile imputato per trasparenza al socio estero se lo Stato in cui questo è residente riconosce la trasparenza della società italiana.

Le partnership estere assumono invece una doppia configurazione a seconda che l'Italia sia Stato di residenza dei soci o stato fonte del reddito.

Le partnership estere sono classificate opache ai fini della tassazione degli utili imputati per trasparenza a soci residenti in Italia. L'Italia in questo caso è Stato residenza del socio quindi, conformemente alle indicazioni OCSE, l'*all corporate approach* applicato alle società non residenti in Italia (art. 73 c.1 lett.d)) prevale su eventuali conflitti di imputazione con lo Stato fonte.

Quando al contrario l'Italia si qualifica come Stato fonte del reddito segue le regole di classificazione soggettiva dello Stato di residenza del socio estero al fine di individuare i soggetti cui imputare i redditi di fonte italiana e di stabilire se tali soggetti possono beneficiare del regime convenzionale. Questo avverrà indipendentemente dal fatto che lo Stato di stabilimento della partnership nel suo diritto interno qualifichi detta partnership come opaca o trasparente. Ciò in realtà non genera conflitti perché la

---

<sup>1278</sup> In base all'art. 13 Mod. OCSE 2017 si avrebbe: I capital gain immobiliari prevedono la tassazione concorrente nello Stato dove è localizzato l'immobile in base all'art. 13(1) del Trattato; i capital gain da cessione di stabili organizzazioni di un'impresa o loro beni mobili prevedono la tassazione concorrente nello Stato dove è situata la stabile in base all'art. 13(2) mod. OCSE; i capital gain da cessione di navi ed aerei impiegati in traffico internazionale prevedono la tassazione esclusiva nel Paese dell'impresa in base all'art. 13(3) del Trattato; i capital gain da cessione di quote di società, partnership e trust immobiliari in base all'art. 13(3) mod. OCSE seguono il criterio di tassazione dei beni immobili dell'art. 6; mod. OCSE i capital gain da cessione di tutti gli altri beni diversi da questi prevedono la tassazione esclusiva nello Stato del cedente in base all'art. 13(5) mod. OCSE

prevalenza del criterio classificatorio dello Stato di residenza preserva l'ipotesi che i sistemi di decodificazione di ciascuno Stato delle società estere può essere indipendente dalla regola classificatoria adottata nello Stato della partnership.

Quindi, se lo Stato residenza del socio estero classifica la sua partnership (o anche stabilita in un terzo Stato) come entità trasparente, l'Italia come stato fonte verificherà l'applicazione del Trattato ai soci esteri della partnership.

L'analisi di taluni casi triangolari (ris. 167 e 17) evidenzia che l'Italia come stato della fonte non prende in considerazione il criterio di classificazione dello Stato di residenza dei soci, ma esamina il regime di trasparenza accordato dallo Stato della partnership pretendendo che tale regime produca risultati concretamente analoghi a quelli della clausola del beneficiario effettivo. Questo sicuramente tutela l'Italia dalla imputazione di un beneficio ai soci quando la partnership non è considerata trasparente nello Stato di stabilimento, col fine prevalente di ridurre il rischio fughe di base imponibile italiana non tassata. Questo però è anche un indizio del fatto che in realtà per le autorità fiscali Italiane il rispetto delle indicazioni OCSE sulle partnership passa in secondo piano rispetto al rischio di sottrazione di base imponibile che viene impedito mediante clausole o requisiti di tipo antielusivo.

In sintesi, l'Italia considera le partnership estere come opache nel caso di redditi *inbound* (utili imputati per trasparenza da società estere a soci italiani) e trasparenti nel caso di redditi *outbound* (redditi di fonte italiana imputati a partnership estere)<sup>1279</sup>. Nell'adottare tale approccio non contravviene alle raccomandazioni OCSE, per quanto risulti non allineata al suggerimento di adottare metodi di riconoscimento della partnership estere e non invece di *all corporate*. Nel caso di redditi *outbound*, invece, la tax Treaty practice italiana sembra subordinare il rispetto delle indicazioni OCSE alla presenza di cautele antielusive.

Un ultimo aspetto di rilievo risiede nelle ipotesi triangolari che vedono l'Italia Stato della fonte: se lo Stato della partnership applica l'opacità e lo Stato di residenza dei soci applica la trasparenza si potrebbe verificare la richiesta di un beneficio sia dal socio che dalla partnership. Se in uscita è applicato il metodo della ritenuta massima con diritto al rimborso della parte eccedente prevista dal Trattato, l'Italia potrebbe ricevere in due momenti distinti due richieste di rimborso, che si configurano tecnicamente legittime ma indebite se considerate nella loro complessità. Rispetto a tali casi è auspicabile che l'autorità fiscale italiana implementi dei sistemi che

---

<sup>1279</sup> Così risolve Mayr S., Brevi note sulla tassazione in Italia degli utili di partecipazione in società di persone estere, in BT, n. 20/2012, p. 1433. In questi termini v. anche Bellettini S., Italian branch report, in IFA 1995, p.307

consentono di abbinare le due richieste ad una medesima fattispecie per poi applicare la prassi ritenuta più opportuna.

### 3.5 LE PARTNERSHIPS NEL TRATTATO CON LA FEDERAZIONE SVIZZERA

Il network svizzero comprende ad oggi meno di 100 Trattati contro le doppie imposizioni molti dei quali contengono regole specifiche per le partnership<sup>1280</sup>.

Rispetto al modello OCSE 2017, la Svizzera ha apposto alcune riserve che possono rilevare ai fini di questo lavoro.

In particolare, la Federazione:

- rispetto all'art.1 mod. OCSE 2017, si riserva il diritto di non includere il par. 3 nei suoi Trattati. Ciò implica che la Svizzera non desidera limitare la negoziazione degli articoli previsti in tale paragrafo;
- rispetto all'art. 5 mod. OCSE 2017, si riserva il diritto di non includere il par 4.1 nei suoi Trattati e di impiegare la formulazione del par. 5(5) precedente a quella contenuta nel mod. OCSE 2017<sup>1281</sup>;
- rispetto all'art.13 mod. OCSE 2017, si riserva il diritto di non includere il par. 4 nei suoi Trattati;
- rispetto all'art.23 mod. OCSE 2017, si riserva il diritto di non applicare le regole stabilite nel par. 32.3 del Commentario nei casi in cui i conflitti di qualificazione derivano da una variazione delle fiscalità domestica dello Stato della fonte successive alla conclusione del Trattato<sup>1282</sup>;
- rispetto all'art.24 mod. OCSE 2017 si riserva il diritto di non inserire il par. 2 nei suoi Trattati.

---

<sup>1280</sup> Alcuni Trattati prevedono ad esempio che le partnership siano entità residenti, altri invece le assimilano agli enti residenti, altri ancora invece pur non definendo le partnership residenti prevedono che queste possano comunque beneficiare del Trattato a certe condizioni. V. Contrino A., La Convenzione Italia-Svizzera contro le doppie imposizioni, in Garbarino C. (a cura di), Le Convenzioni internazionali in materia di imposte su reddito e patrimonio, Milano, 2002, p. 48; Salomè 2002, p. 58-61.

In particolare, la clausola della convenzione USA-Svizzera (che sarà utile anche per la trattazione successiva) all'art. 4(1) lett.d) prevede la residenza delle partnership nella misura in cui i suoi utili siano assoggettati ad imposizione nello stato della società.

<sup>1281</sup> Si tratta della formulazione contenuta nella versione del 2014.

<sup>1282</sup> Tale riserva fu introdotta nel 1999 dalla Svizzera, proprio per effetto di analoga riserva apposta al Partnership Report di quell'anno: «27. *The rules laid down in proposed paragraph 32 of the Commentary on Article 23 are helpful to avoid double taxation. On the other side they imply the danger that the State of residence becomes dependent on the State of source. If the State of source changes its internal law to enlarge its taxing right the State of residence has to accept it. This could lead to undesirable results. To avoid such results it seems necessary to limit the scope of the rules in paragraphs 32.1-7 to the internal law of both States as it existed in the moment when the Convention was concluded. Problems arising due to changes in the internal law of a State after the conclusion of the Convention should be solved by a revision of the Convention.*».



La Svizzera ha aderito al progetto BEPS ma ad oggi non ha ancora depositato lo strumento di ratifica, la sua rete di Trattati non risulta pertanto modificata dalle disposizioni della Convenzione multilaterale.

Nei Trattati della Svizzera la residenza, intesa come *liability to tax*, è condizione indispensabile per fruire dei benefici convenzionali. Fondi pensione e fondazioni sono di principio persone tassabili anche se oggettivamente esentate dal sistema fiscale interno. I fondi di investimento sono fiscalmente trasparenti per esigenze di neutralità fiscale ma beneficiano del Trattato per conto degli investitori residenti in Svizzera<sup>1283</sup>.

Nelle disposizioni convenzionali, la Svizzera inserisce una *dual residence entity clause* basata sul criterio del *place of effective management* con finalità antiabuso. L'ipotesi prevista dal nuovo mod. OCSE 2017 di affidare i casi *dual residence* delle società alle procedure amichevoli (*Mutual Agreement Procedure*, MAP)<sup>1284</sup> non risolve il problema perché non è assistita da arbitrato obbligatorio<sup>1285</sup>.

La Svizzera tende a non adottare clausole LoB (*Limitation on Benefits*) nei propri Trattati preferendo invece delle GAAR (*General Anti-Abuse Rule*) nella forma del PPT (*Principal Purpose Test*) con una eccezione: il Treaty benefit è negato se l'intento abusivo è lo scopo principale, e non uno degli scopi principali<sup>1286</sup>.

I Trattati svizzeri generalmente accolgono la definizione classica di *business profits* dell'art. 7 mod. OCSE e *permanent establishment* dell'art. 5 mod. OCSE. Quest'ultima inoltre non si configura mai fattispecie di stabile organizzazione "leggera" o da servizi. L'orientamento delle autorità svizzere è chiaro nell'escludere le stabili organizzazioni personali da agente dipendente senza la materiale sottoscrizione di contratti per conto dell'impresa<sup>1287</sup>.

Il sistema fiscale interno impiega come rimedio domestico di sgravio contro la doppia imposizione l'esenzione con progressione<sup>1288</sup>. All'interno dei Trattati in genere la Svizzera inserisce tre metodi alternativi per l'eliminazione della doppia imposizione: credito ordinario convenzionale, computo globale dell'imposta ed esenzione. Il

---

<sup>1283</sup> Shelling C., Swiss tax treaty policy in BIT, n. 5/2015, p. 217.

<sup>1284</sup> OCSE BEPS action n.6.

<sup>1285</sup> Shelling C., Swiss tax treaty policy, cit, p. 216.

<sup>1286</sup> Shelling C., Swiss tax treaty policy, cit, p. 217-218, la LOB infatti non garantisce che il beneficio transiti a terzi residenti in un altro Stato, per questo gli Stati che adottano la LOB spesso sono anche dotati di altre regole interne antiabuso come gli USA. La GAAR invece ha un grande vantaggio: evita le ipotesi di *treaty overriding* connesse all'applicazione delle norme antiabuso domestiche.

<sup>1287</sup> Shelling C., Swiss tax treaty policy in BIT, n. 5/2015 P. 218.

<sup>1288</sup> LIFD art. 6(1): «L'assoggettamento in virtù dell'appartenenza personale è illimitato; esso non si estende tuttavia alle imprese, agli stabilimenti d'impresa e ai fondi siti all'estero». Tale metodo infatti risulta semplice, pratico e indipendente dalla tassazione subita alla fonte; v. Shelling C., Swiss tax treaty policy in BIT, n. 5/2015 P. 219

Trattato non specifica mai il metodo correntemente impiegato nella legislazione interna per consentire a questa di regolare in concreto le modalità e le procedure di attribuzione del beneficio.

Allo stato attuale il rimedio generale è l'esenzione progressiva. Il credito convenzionale ordinario è ammissibile solo se previsto come rimedio nei Trattati. Il computo globale di imposta è previsto solo nei casi dividendi, interessi e canoni soggetti a tassazione limitata nello Stato fonte ed è disciplinato da un apposito decreto<sup>1289</sup>.

Se l'imposta estera non è detraibile, in ultima analisi è ammessa in deduzione dal reddito imponibile per prassi delle autorità fiscali<sup>1290</sup>.

### 3.5.1 Il Trattato fiscale Italia-Svizzera

Il Trattato italo-svizzero presenta gli elementi tipici del mod. OCSE che impediscono di includere le partnership fra i beneficiari del Trattato.

Le società di persone rientrano nella definizione di persone dell'art. 3(1) lett.b), nella nozione di nazionale dell'art. 3(1) lett.f)(2) e non in quella di imprese ai sensi dell'art. 3(1) lett.d)<sup>1291</sup>. Queste tuttavia non sono considerate residenti ai fini dell'art. 4 del Trattato né sono assimilate alle entità residenti di alcuno dei due Stati<sup>1292</sup>.

L'art. 4(3) del Trattato prevede inoltre il criterio della direzione effettiva per dirimere le controversie e sulla residenza delle società di persone<sup>1293</sup>. La *ratio* di tale disposizione sembra connessa con l'esigenza della Svizzera di definire un criterio

---

<sup>1289</sup> Ordinanza sul computo globale dell'imposta del 22 agosto 1967 (Stato 24 aprile 2001), in part. art. 2(2): «Allorché il beneficiario dei redditi è una società in nome collettivo o in accomandita, il diritto al computo globale d'imposta compete alla società». Rispetto al foreign tax credit, il computo globale dell'imposta è un credito omnicomprendivo (overall credit e non per item credit) ha un unico basket che si commisura proporzionalmente alle imposte prelevate ai tre livelli di governo (federale, cantonale e comunale). Shelling C., Swiss tax treaty policy in BIT, n. 5/2015, p. 219.

<sup>1290</sup> Art. 2(3): «3 Chiunque non chiede il computo di imposte alla fonte estere, o non ne ha il diritto secondo gli articoli 3 a 7, può chiedere che le imposte riscosse nello Stato contraente conformemente alla convenzione siano dedotte dall'ammontare lordo dei redditi, in sede di tassazione ai fini delle imposte svizzere sul reddito».

<sup>1291</sup> Conv. Italia-Svizzera art. 3 «1. Ai fini della presente Convenzione, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione:

b.il termine «persona» comprende le persone fisiche, le società ed ogni altra associazione di persone:

c.il termine «società» designa qualsiasi persona giuridica o qualsiasi ente che è considerato persona giuridica ai fini della imposizione;

d.le espressioni «impresa di uno Stato contraente» e «impresa dell'altro Stato contraente» designano rispettivamente un'impresa esercitata da un residente di uno Stato contraente e un'impresa esercitata da un residente dell'altro Stato contraente;

f. il termine «nazionali» designa: (...) (2) le persone giuridiche, società di persone ed associazioni costituite in conformità della legislazione in vigore in uno Stato contraente».

<sup>1292</sup> Rivier J.M., Le droit fiscal international, Neuchatel, 1983, p. 77 ss.

<sup>1293</sup> V. Contrino, La Convenzione Italia-Svizzera contro le doppie imposizioni, in Garbarino C., Le Convenzioni internazionali in materia di imposte su reddito e patrimonio, Milano, 2002, p. 869 e 873.

dirimente per individuare la legge civile applicabile alle partnership. Ciò, come detto, è rilevante in Svizzera per il nesso diretto che esiste fa natura legale dell'ente e sua classificazione fiscale e quindi per stabilire il corretto regime fiscale applicabile ai soci e alla società; ciò diventa ancora più necessario ai fini del Trattato, che dovrà essere applicato ai soci delle società trasparenti in considerazione della classificazione soggettiva applicata dal loro Stato di residenza.

Vista l'esclusione delle partnership dalla nozione di società ai fini del Trattato gli utili di partecipazione non possono essere ricondotti all'interno della qualificazione di dividendi dell'art. 10 del Trattato stesso<sup>1294</sup>.

Come già detto l'orientamento della letteratura italiana ed internazionale di considerare *tout court* la partecipazione in società italiane da parte di socie esteri come stabile organizzazione pro quota dei soci<sup>1295</sup>, in questo caso svizzeri, trova numerose obiezioni<sup>1296</sup>. Rispetto a tali obiezioni resta valida l'ipotesi che l'utile imputato per trasparenza possa essere qualificato in base ad altre disposizioni convenzionali o residualmente in base all'art.7 come business profit senza stabile organizzazione.

Nella prassi svizzera non si riscontrano evidenze diverse, tenendo conto che gli utili imputati da una partnership italiana ad un socio svizzero come *business profits* art. 7 conseguiti mediante stabile organizzazione di regola beneficia dell'esenzione progressiva.

Se ne può concludere che i soci italiani di una partnership italiana sono tassati per trasparenza in base all'art. 5 TUIR mentre quelli svizzeri di una partnership italiana sono tassati in Italia in base all'art. 23 c.1 lett.g) TUIR e possono beneficiare dell'esenzione in Svizzera. Così i soci svizzeri di una partnership svizzera sono tassati per trasparenza in base all'art. 10 LIFD mentre i soci italiani sono tassati in Svizzera in base all'art. XXX LIFD e possono beneficiare della deduzione dell'imposta estera in Italia solo all'atto del materiale incasso del reddito di capitale.

La questione sopra discussa con riguardo agli utili delle partnership si ripropone in relazione al caso in cui un socio italiano ceda le quote di una partnership svizzera o un socio svizzero ceda le quote di una partnership italiana.

---

<sup>1294</sup> Conv. Italia-Svizzera art. 10(3) «3. Ai fini del presente articolo il termine «dividendi» designa i redditi derivanti da azioni, da azioni o diritti di godimento, da quote minerarie, da quote di fondatore o da altre quote di partecipazione agli utili, ad eccezione dei crediti, nonché i redditi di altre quote sociali assoggettati al medesimo regime fiscale dei redditi delle azioni secondo la legislazione fiscale dello Stato di cui è residente la società distributrice».

<sup>1295</sup> Sul punto Contrino, La Convenzione Italia-Svizzera...cit., p. 923 il quale riconduce tale qualificazione all'approccio ortodosso di Vogel.

<sup>1296</sup> V. §3.4.1.4.

Si configura quindi l'ultima ipotesi ammissibile e cioè che la cessione di quote realizzi ai fini del Trattato una cessione degli assets sottostanti. A fronte di tale cessione sarebbe dunque necessario distinguere fra beni immobili e altri beni giacché mentre i capital gain da cessioni immobiliari prevedono la tassazione esclusiva nello Stato dove è localizzato l'immobile in base all'art. 13(3) del Trattato, i capital gain da cessione di beni diversi da immobili e stabili organizzazioni prevede la tassazione nel Paese dell'alienante in base all'art. 13(3) del Trattato.

Tale ricostruzione è ammissibile per la Svizzera che riconosce pienamente la trasparenza estera: la cessione di quote in società trasparenti italiane configura cessione degli assets dell'impresa. Se tali assets sono immobiliari e l'immobile è localizzato in Italia si applicherà l'art. 13(1) del Trattato con l'Italia. Se l'immobile è localizzato altrove, il Trattato con l'Italia non sarà applicabile ai capital gain immobiliari. Se gli assets sono beni diversi da immobili e stabili organizzazioni (e di navi ed aerei in traffico internazionale), in base all'art. 13(3) il capital gain sarà imponibile esclusivamente in Svizzera, dove peraltro è ancora vigente la norma domestica che prevede l'esenzione su tali proventi<sup>1297</sup>.

La medesima ricostruzione trova ostacolo in l'Italia per effetto dell'*all corporate approach*: l'opacità delle società estere prevista dalla norma italiana infatti rende le quote di partnership assimilabili alle quote di società di capitali. Si ricorda inoltre che il Trattato Italia-Svizzera è tuttavia privo della norma che eguaglia le società immobiliari ai beni immobiliari<sup>1298</sup>. Quindi la cessione di quote di partecipazione in società svizzere resta agganciata sempre alla previsione dell'art. 13(3) del Trattato Italia-Svizzera che attribuisce la potestà impositiva esclusiva allo Stato del cedente. In questo caso, se la società è dotata di un patrimonio immobiliare localizzato in Svizzera, si può generare un evidente conflitto di qualificazione oggettiva dovuto alla differente classificazione societaria nei due Stati: lo Stato italiano tassa in modo esclusivo l'intero capital gain da cessione di quote nella società svizzera, mentre la Svizzera ammette la tassazione esclusiva italiana solo per la parte che eccede il capital gain immobiliare, visto che per la Svizzera il capital gain da cessione dell'immobile elvetico è attratto a

---

<sup>1297</sup> Lfd Art. 16(3): « *Gli utili in capitale conseguiti nella realizzazione di sostanza privata sono esenti da imposta*». Sul punto v. Contrino A., *La Convenzione Italia-Svizzera*.... cit., p. 905.

<sup>1298</sup> V. Mod. OCSE 2017 art. 13(4): « 4. Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares or comparable interests, such as interests in a partnership or trust, may be taxed in the other Contracting State if, at any time during the 365 days preceding the alienation, these shares or comparable interests derived more than 50 per cent of their value directly or indirectly from immovable property, as defined in Article 6, situated in that other State».

Sul punto, Contrino A., *La Convenzione Italia-Svizzera*.... cit., p. 908, rileva che la prassi svizzera di considerare una nozione economica di proprietà immobiliare (ricomprendente anche il possesso indiretto di un immobile mediante il possesso di quote di partecipane in società che possiedono l'immobile) trova riscontro nella legislazione cantonale e comunale ma non in quella federale.

tassazione solo in Svizzera. Peraltro, in tal caso sarebbe impossibile per il socio italiano poter maturare il diritto a detrazione dell'imposta svizzera pagata sulla cessione immobiliare (in base all'art. 165 TUIR), poiché le autorità italiane non riconoscono il potere impositivo della Svizzera sulla quota immobiliare del capital gain.

Tale asimmetria può essere ulteriormente esasperata dall'esercizio dell'opzione art. 115 TUIR da parte di società di capitali italiane con soci svizzeri<sup>1299</sup>. Il transito ad un regime di trasparenza della società italiana potrebbe infatti innescare una situazione nella quale la Svizzera, che riconosce i regimi di trasparenza estera, applica il Trattato al socio svizzero distinguendo i capital gain immobiliari dai capital gain di altra natura. Al contrario l'Italia, che per prassi considera la trasparenza opzionale solo una modalità di prelievo a facoltà degli interessati<sup>1300</sup>, applicherebbe il Trattato considerando la cessione di quote societarie come attratta al potere impositivo esclusivo della Svizzera in base all'art. 13(1) del Trattato, con il risultato che la parte di capital gain relativa ad eventuali immobili localizzati in Italia resterebbe non tassata in nessuno dei due Stati<sup>1301</sup>.

L'art. 23 del Trattato contiene speciali ed articolate disposizioni antiabuso con una doppia finalità: evitare l'attribuzione dei benefici convenzionali a soggetti che ne non avrebbero diritto ed evitare il loro cumulo con altri benefici previsti dalla legislazione dei due Stati<sup>1302</sup>. La disposizione antiabuso generale di rinvio contenuta nel secondo periodo dell'art. 23(1)<sup>1303</sup> opera come clausola di salvaguardia<sup>1304</sup> specifica di disposizioni antiabuso unilaterali adottate o adottabili in futuro dai due Stati.

L'Italia ha adottato una regola generale antiabuso a partire dal 2015 inserendola nell'art. 10-bis dello Statuto del contribuente tale disposizione tuttavia ha carattere generico ed è stata definita ad ampio spettro e a geometria variabile.

---

<sup>1299</sup> Il che è ammissibile grazie all'accordo Svizzera UE che, a determinate condizioni, consente di ottenere i medesimi benefici del regime Madre/figlia con gli Stati UE.

<sup>1300</sup> Questo è l'orientamento della Ris. n. 151/2005.

<sup>1301</sup> Analogamente a quanto rileva Contrino A., *La Convenzione Italia-Svizzera...* cit., p. 907 a proposito della risalente opzione di opacità fiscale prevista dalla L.n.388/2000 per le società personali, anche in questo caso non sarebbe da escludere un impiego strumentale della trasparenza opzionale art. 115 proprio quando si intende monetizzare l'investimento immobiliare.

<sup>1302</sup> V. Contrino A., *La Convenzione Italia-Svizzera...* cit., p. 963-969 il quale segnala l'esistenza di tre distinte disposizioni all'interno dell'articolato. La prima disposizione, quella dell'art. 23(1), è generale e interessa tutti i soggetti e tutti i redditi da impegno di capitale (dividendi, interessi e royalties). La seconda disposizione, quella dell'art. 23(2) riguarda solo alcuni soggetti cioè le persone giuridiche svizzere e alcuni redditi, interessi e royalties. La terza disposizione, quella dell'art. 23(3), riguarda solo alcuni soggetti, cioè le fondazioni di famiglia residenti in Svizzera e tutti i redditi da impegno di capitale (dividendi, interessi e royalties).

<sup>1303</sup> Conv. Italia- Svizzera, Art. 23 «(...) *Restano riservati i provvedimenti più ampi che sono stati o saranno presi da uno Stato contraente per impedire che venga preteso abusivamente lo sgravio di un'imposta riscossa alla fonte dell'altro Stato contraente*».

<sup>1304</sup> In questo senso Contrino A., *La Convenzione Italia-Svizzera...* cit., p. 696.

La Svizzera invece ha adottato del 1962, ancor prima della Convenzione con l'Italia, un decreto contenente specifiche disposizioni unilaterali finalizzate a prevenire l'abuso delle disposizioni convenzionali da parte di soggetti residenti in Svizzera<sup>1305</sup>. In particolare, l'art. 2 di tale decreto esclude dai benefici convenzionali le società di persone con sede in Svizzera, prive di un'azienda e partecipate prevalentemente da persone non aventi diritto al Trattato<sup>1306</sup>. Tale disposizione, apparentemente ridondante a causa della trasparenza fiscale accordata alle società personali dal diritto svizzero trova in realtà ragione nella pratica delle autorità fiscali svizzere di riconoscere unilateralmente alle società trasparenti svizzere i benefici convenzionali.

Tenuto conto del fatto che la Svizzera riconosce i regimi di trasparenza estera, il Trattato trova applicazione agli utili societari imputati per trasparenza da una società italiana a soci residenti in Italia. L'unica eccezione è data dall'ipotesi che parte di questi utili abbiano fonte elvetica: limitatamente a tali redditi la società italiana sarà trattata come opaca ai fini dell'alegge svizzera.

Così anche, nei casi triangolari, la Svizzera applicherà il trattato ai redditi di fonte elvetica con lo Stato dei soci di una società italiana trasparente<sup>1307</sup>.

### **3.5.2 Le partnerships nella *tax treaty practice* svizzera**

Si è visto come, per il diritto tributario svizzero l'imputazione reddituale sia regolata dalle regole civilistiche applicabili alle partnership svizzere.

Dato che le formule d'imputazione previste nei Trattati sono spesso prive di indicazioni specifiche e rinviano ai criteri interpretativi del Trattato stesso<sup>1308</sup>, salvo

---

<sup>1305</sup> L'adozione di tale decreto fu sollecitata da altri Stati che minacciarono di denunciare le rispettive convenzioni con la Svizzera a causa dei frequenti fenomeni di treaty shopping favoriti dalla legislazione fiscale di particolare favore offerta dai Cantoni. Contrino A., *La Convenzione Italia-Svizzera...* cit., p. 965.

<sup>1306</sup> Amministrazione federale delle imposte, Ordinanza concernente i provvedimenti contro l'uso senza causa legittima delle convenzioni concluse dalla Confederazione per evitare le doppie imposizioni del 14 dicembre 1962 (Stato 1° luglio 2017), art. 2. Pretesa abusiva a uno sgravio d'imposta:

«1. Una persona fisica, una persona giuridica o una società di persone con domicilio o sede in Svizzera pretende abusivamente uno sgravio d'imposta quando la pretesa avrebbe per conseguenza che di una parte essenziale dello sgravio fruirebbero, direttamente o indirettamente, persone non aventi diritto ai vantaggi della convenzione.

2. Uno sgravio d'imposta è, in modo particolare, preteso abusivamente quando riguarda entrate:

(...omissis...) d) di cui fruiscono una fondazione di famiglia con sede in Svizzera o una società di persone che pur avendo la sede in Svizzera non vi esercita un'azienda, alle quali sono interessate, per una parte essenziale, persone non aventi diritto ai vantaggi della convenzione».

Cfr. Contrino A., *La Convenzione Italia-Svizzera contro le doppie imposizioni*, in Garbarino C. (a cura di), *Le Convenzioni internazionali in materia di imposte su reddito e patrimonio*, Milano, 2002, p. 864 ss; Di Xavier Oberson X., Hull H.R., *Switzerland in International Tax Law*, IBFD, 2011, p. 93; v. Bianchi S., *Cenni di diritto tributario svizzero* cit., p.732-733; Bianchi S., *La convenzione tra Svizzera e Italia intesa ad evitare la doppia imposizione ed a regolare alcune altre questioni d'imposte sul reddito e sul patrimonio*, in BTI, n. 20/1976, p. 1479.

<sup>1307</sup> V. Contrino A., *La Convenzione Italia-Svizzera ...cit.*, p. 873

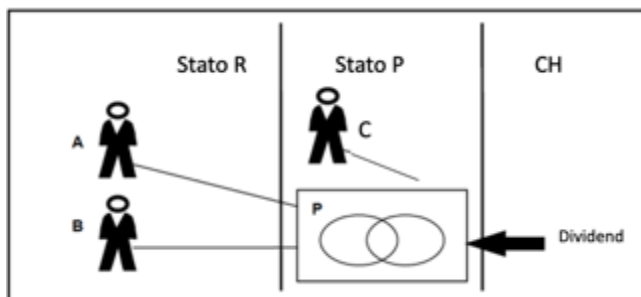
<sup>1308</sup> Lo si è visto nel § 3.1 dove si discute dell'applicazione delle disposizioni convenzionali.

eccezioni<sup>1309</sup>, il primato del diritto civile vale anche nell'applicazione delle regole convenzionali da parte della Svizzera.

Ciò più semplicemente significa che: il socio svizzero di una partnership estera beneficerà del Trattato se e nella misura in cui acquista il diritto alla quota dell'utile societario ai fini della legge svizzera<sup>1310</sup>. In modalità non simmetrica ma in applicazione delle regole OCSE, la Svizzera come Stato fonte dovrà applicare il Trattato se lo Stato di residenza dei soci classifica la partnership come entità trasparente. E ciò dovrà avvenire anche quando la partnership risiede in un terzo Stato, sebbene in tal caso si possano porre problemi di doppi benefici convenzionali.

In Svizzera, l'applicazione dei trattati solleva numerosi casi in cui le regole di classificazione sono all'origine di conflitti di imputazione e di qualificazioni reddituale; rispetto a tali casi non si rileva una prassi uniforme dalla quale derivare principi generali<sup>1311</sup>.

La carenza di prassi specifica e orientamenti giurisprudenziali sull'applicazione



di norme convenzionale alle partnerships sembra confermare l'adesione della Svizzera alle indicazioni OCSE in base alle riserve espresse nel PR99: quando la Svizzera è Stato della fonte applica il Trattato se lo stato di residenza qualifica l'entità come soggetto passivo, cioè

quando la società è persona giuridica secondo le regole del diritto domestico. Quando la Svizzera è Stato della residenza della partnership, applica il trattato se questa è classificata come soggetto passivo di imposta secondo la legge svizzera.

<sup>1309</sup> Un'eccezione potrebbe essere la regola dell'art. 49(3) LIFD che prevede l'assimilazione della società estera al tipo di persona giuridica più simile del diritto civile svizzero ai fini dell'individuazione del regime applicabile.

<sup>1310</sup> Salomé H., *International Taxation of Partnerships: Divergences in the Personal Attribution of Income*, Bruylant, 2002, p. 36.

<sup>1311</sup> Salomé H., *International Taxation of Partnerships...* cit., p. 78 ss. I commentatori segnalano un unico documento di prassi su tali aspetti: Decreto del Consiglio federale del 14/12/1962. Cfr. Roberts D. S. I., Warren W. C., *U. S. Income Taxation of Foreign Corporations and Non-resident Aliens*, IBFD, New York, 1966, p. IX-84.

Salom J., Salomé H., *Switzerland branch report*, in IFA – 68th Congress of the International Fiscal Association (Mumbai 2014), *Qualification of taxable entities and treaty protection*, in *Cahiers de droit fiscal international* Vol. 99 b), The Hague: Sdu Uitgevers, 2014, p. 797 ss., in part. p. 804 il quale contestualmente segnala che Nell'ambito della Convenzione con L'UE che accorda un regime fiscale M/F simile a quello valido all'interno dell'UE, la Corte suprema (ATF2C\_176/2012) sostenne l'inammissibilità dell'esenzione dei dividendi distribuiti da una società svizzera ad un madre italiana con forma giuridica diversa da quella ammessa dalla direttiva stessa (soc. coop per azioni). La sentenza tuttavia non chiarisce l'approccio classificatorio svizzero in assenza di una lista delle forme societarie come requisito di ammissione ai benefici.

Dato che la Svizzera applica l'analogy approach, se la società estera è priva di personalità giuridica nello Stato in cui è stabilita, la Svizzera riconoscerà la trasparenza estera e applicherà il Trattato ai soci. I soci beneficeranno del Trattato nella misura in cui ciascuno Stato imputa loro l'utile societario<sup>1312</sup>.

Se i soci svizzeri detengono la quota della partnership mediante una stabile organizzazione all'estero, gli utili imputati per trasparenza rientrano nel reddito della sua stabile organizzazione estera e la Svizzera ne esenterà l'importo complessivo mediante esenzione progressiva.

La praticità di questo approccio è riconoscere alle partnership il trattamento convenzionale<sup>1313</sup>. Si spiega così perché molti dei Trattati svizzeri (per esempio Germania e USA), contengono clausole che espressamente dichiarano le partnership come persone residenti ai fini del Trattato o le assimilano alle corporation. Dove invece la negoziazione fra Stati non ha consentito l'inclusione di apposite regole convenzionali sulle partnership la tax Treaty practice svizzera - soprattutto nei *trangular cases*, vale a dire nei casi in cui Stato fonte, Stato della partnership e Stato di residenza dei soci sono diversi - appare significativamente anomala<sup>1314</sup>.

Se la Svizzera è lo Stato fonte (ritenuta con rimborso) e la partnership è opaca nel suo Stato, si pone il problema del soggetto al quale rimborsare l'imposta e l'eventualità di un doppio beneficio. In questo caso la Svizzera tende a rimborsare la partnership e solo nel caso in cui questo non è possibile, il socio estero e in ogni caso fino a concorrenza dell'imposta eccedente la ritenuta convenzionale.

Se i soci svizzeri di una partnership estera ricevono redditi tassati alla fonte in un terzo Stato, la Svizzera applica il Trattato con lo Stato della fonte, del resto applicando i principi OCSE.

Se invece la Svizzera è lo Stato di stabilimento della partnership, la regola OCSE vorrebbe che il Trattato fosse applicato solo ai soci. Il diritto domestico svizzero tuttavia consente alla partnership di chiedere e ottenere il beneficio dello sgravio convenzionale (in genere il ftc) come se il Trattato fosse applicabile<sup>1315</sup>.

---

<sup>1312</sup> Salvi I., Switzerland branch report, in IFA – 49th Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995), International income tax problems of partnerships, in Cahiers de droit fiscal international vol. 80a), The Hague: Kluwer Law International, 1995, p. 518 ss., in part. p.532, Salomé H., International Taxation of Partnerships... cit., p.78.

<sup>1313</sup> Boyer M., Hilderbrandt M.W., Switzerland branch report, in IFA – 61th Congress of the International Fiscal Association (Kyoto, 2007), Conflicts on the attribution of income to a person, in Cahiers de droit fiscal international vol. 92 b), Rotterdam: International fiscal association, 2007, p.630

<sup>1314</sup> Boyer M., Hilderbrandt M.W., Switzerland branch report...cit, p.631

<sup>1315</sup> Tale pratica tuttavia è da considerarsi domestica e non obbliga lo Stato della fonte, per parte sua, ad applicare il Trattato alla partnership.



Secondo una certa prassi svizzera tuttavia, in alternativa anche la partnership può chiedere i benefici del Trattato ma solo nel caso in cui i soci non siano residenti in un terzo stato e non vi è possibilità di un doppio sgravio, come se operasse la LOB clause del Trattato con gli USA<sup>1316</sup>. Tale prassi impiegata anche per le partnership stabilite in Svizzera si fonda sul riconoscimento di una certa soggettività delle società personali elvetiche che tuttavia non le dota della residenza convenzionale, pertanto è stata seriamente contestata<sup>1317</sup>.

L'esempio n. 9 del Partnership Report <sup>1318</sup> pone particolari problemi alla Svizzera la quale riconoscendo la trasparenza estera rischia di trovarsi nella condizione di dover accordare come Stato della fonte il medesimo beneficio della ritenuta ridotta a due diversi Stati. La situazione si verifica chiaramente per effetto della diversa regola di imputazione adottata nei due Stati della residenza, quando la partnership è considerata residente nello Stato P e trasparente nello Stato R. In tal caso, la Svizzera si troverebbe ad essere Stato fonte di un unico reddito outbound con due Trattati contemporaneamente applicabili. Dato che il mod. OCSE prevede la limitazione dello Stato fonte, anche mediante il metodo ritenuta/rimborso<sup>1319</sup>, per la Svizzera si pone il problema di quale ritenuta applicare e a quale soggetto rimborsarla (società o soci). Circa il primo problema il mod. OCSE propone l'applicazione della ritenuta più conveniente, il che evita anche la violazione del Trattato che prevede la ritenuta più bassa. Circa il secondo problema i commentatori propongono il rimborso della ritenuta alla società stabilita in S, mentre una eventuale richiesta di rimborso del socio troverebbe accoglimento solo nella misura in cui il beneficio concessogli dal suo Stato R non fosse sufficiente ad eliminare la doppia imposizione sull'utile attribuitogli per trasparenza.

---

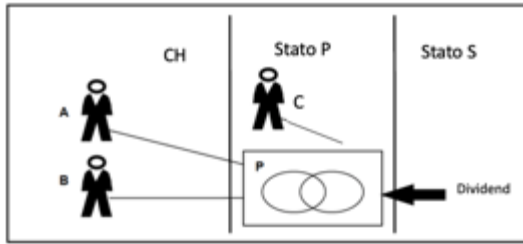
<sup>1316</sup> Salomé H., *International Taxation of Partnerships...* cit., p.79.

<sup>1317</sup> Sul punto V. Contrino A., *La Convenzione Italia-Svizzera ...*cit., p. 875 ss. il quale riporta le perplessità della dottrina italiana in materia di elementi che la società dovrà attestare nella certificazione richiesta per ottenere la ritenuta convenzionale.

<sup>1318</sup> Vedi **Error! Reference source not found.**

<sup>1319</sup> Il metodo ritenuta/rimborso è applicato anche in Italia sia per i pagamenti a Stati extra UE (art. 27 DPR 600/73), che per i pagamenti a Stati UE nell'ambito della direttiva M/F e I/R(art. 27-bis DPR 600/73); mentre nel primo caso il rimborso parziale è condizionato alla certificazione di determinati requisiti, nel secondo caso il possesso dei requisiti delle direttive consente il rimborso totale.

Si tratta tuttavia dell'impiego di un unico metodo per due fattispecie completamente diverse: mentre il rimborso delle ritenute sui pagamenti extraUE mira ad eliminare (solo parzialmente) la doppia imposizione giuridica che si realizza verso Stati senza Trattato, il rimborso delle ritenute sui pagamenti intraUE mira ad eliminare (totalmente) la doppia imposizione economica, di ostacolo alla libera circolazione dei capitali.



A causa dell'analogy approach, i soci svizzeri possono chiedere i benefici del Trattato CH-S solo se la società è priva di personalità giuridica nello Stato P. Secondo il PR99, infatti, lo Stato S dovrebbe applicare il Trattato con CH

tenendo conto della natura legale della società stabilita in P, indipendentemente dalla regola classificatoria adottata dallo Stato S e dall'eventuale esenzione del reddito in Svizzera<sup>1320</sup>.

---

<sup>1320</sup> Salomé H., *International Taxation of Partnerships...* cit., p. 82. La legge Svizzera infatti prevede sempre la branch exemption sia per le persone che per le società, quindi se la partnership nello Stato P si qualifica stabile organizzazione del socio l'utile imputato per trasparenza è esentato.

### 3.6 LE PARTNERSHIPS NEL TRATTATO CON LA FRANCIA

L'attuale Treaty network francese è composto da circa 130 Trattati che seguono di regola il modello OCSE.

In considerazione delle particolari caratteristiche del suo partnership approach, la Francia ha espresso molteplici riserve PR99<sup>1321</sup>.

Le conseguenze pratiche del *domestic partnership approach* francese (che costituiscono la ragione principale della posizione francese in ambito OCSE) sono state ripetutamente confermate e ulteriormente sviluppate dagli orientamenti di prassi e giurisprudenza nazionale intervenuti *medio tempore*<sup>1322</sup>.

Il punto fermo dal quale va esaminata la posizione francese è che in linea generale, la Francia non concorda con il principio OCSE secondo il quale se l'imposta dovuta da una società di persone è determinata sulla base delle caratteristiche personali dei soci, questi hanno diritto ai benefici delle convenzioni fiscali stipulate dal proprio Stato di residenza in relazione agli utili che "fluiscono" attraverso la partnership<sup>1323</sup>.

Tale posizione, inizialmente rigida, è stata modificata nelle versioni del modello OCSE successive al 2008 per effetto della sentenza *Diebold*.

---

<sup>1321</sup> OECD, The Application of the OECD Model... cit, p. 63 ss.

« 1. France considers that the criteria mentioned in paragraphs 40 to 42 in order to decide whether a partnership is "liable to tax" or not are not sufficient to take into account situations where a partnership is partly treated as a taxable unit and partly disregarded for tax purposes.

2. For the purposes of French tax law, a partnership would always be regarded as liable to tax, even if in fact taxation is applied not against the partnership as such but on the partners on behalf of the partnership according to the share corresponding to their participation in the partnership.(...)

4. France also disagrees with the conclusions mentioned in paragraph 35 under which, if the application of the Convention to the partnership is refused, the partners would always be entitled to the benefits provided by the Convention entered into by the countries of which they are residents. The opinion of France is that such a solution depends to some extent upon the provisions included in the Convention concluded with the State where the partnership is situated.

5. The implications of the above comments with regard to the introductory examples examined in sections II.4 and II.5 are as follows:

A. France considers that it is not appropriate to refer to a single criterion to determine whether a partnership is "liable to tax". (...)

France does not share the view that in cases where the application of the Convention is denied to a partnership the members of that partnership may claim the benefits of the Conventions entered into by the States of which they are residents by virtue of the fact that they are liable to tax in those States on their share of the partnership income. (...)

Administrative difficulties

17. Furthermore, France considers that the administrative difficulties with regard to implementation noted in example 9 (partnerships with many partners residing in different States), the problems regarding the flow in information mentioned in example 10 (partnership established in a State which does not have a tax convention with the source State, which nonetheless has signed a Convention with the State of which the partners are residents), and the risks of double-exemptions in triangular cases in which the State of residence of the partners and the State in which the partnership has its head office apply the principle of transparency are of a such a nature as to invalidate the solution whereby the partnership is disregarded in order to allow the partners to benefit from application of the Convention».

<sup>1322</sup> Derouin P., France branch report, cit., p. 225; Coustel A.S., France national report, cit., p. 344.

<sup>1323</sup> Coustel A.S., France national report, cit., p. 345.

Nell'applicazione dei Trattati alle partnership il Governo francese ha tuttavia avanzato le seguenti riserve e osservazioni:

- il diritto di non includere o modificare la partnership clause e di specificare in quali situazioni riconoscere la trasparenza fiscale delle entità estere<sup>1324</sup>;
- il diritto di modificare l'art.4 nei suoi Trattati e di specificare che le partnership francesi devono essere considerate residenti in Francia per le loro caratteristiche giuridiche e fiscali e di indicare in quali situazioni e a quali condizioni le partnerships estere possono essere classificate dalla Francia trasparenti<sup>1325</sup>;
- la facoltà di applicare le disposizioni domestiche relative alla tassazione degli utili derivanti dall'alienazione di azioni o diritti che fanno parte di una partecipazione sostanziale in una società che è residente in Francia<sup>1326</sup>
- il diritto di non includere nell'art. 23 A/B le modifiche previste dal mod. OCSE 2017 relative all'eliminazione della doppia imposizione in caso di entità fiscalmente trasparenti<sup>1327</sup>.

Generalmente i Trattati in cui è parte la Francia non contengono regole specifiche per le partnership o per la soluzione dei conflitti di qualificazione da queste derivanti<sup>1328</sup>.

Secondo la letteratura, la Francia è fra i pochi Stati a vantare una posizione particolarmente anomala nell'applicare i Trattati alle partnership. A causa del regime di translucenza, infatti, le partnership francesi sono definite residenti convenzionali in quanto *liable to tax* ai fini della legislazione domestica: ne consegue che le autorità

---

<sup>1324</sup> Commentary on article 1 «113. France reserves the right, in its conventions, not to include or to amend paragraph 2 in order to specify in which situations France will recognise the fiscal transparency of entities located in the other Contracting State or in a third State».

<sup>1325</sup> Commentary on article 4 «29. France does not agree with the general principle according to which if tax owed by a partnership is determined on the basis of the personal characteristics of the partners, these partners are entitled to the benefits of tax conventions entered into by the States of which they are residents as regards income that “flows through” that partnership. For this reason, France reserves the right to amend the Article in its tax conventions in order to specify that French partnerships must be considered as residents of France in view of their legal and tax characteristics and to indicate in which situations and under which conditions flow-through partnerships located in the other Contracting State or in a third State will be entitled to benefit from the recognition by France of their flow-through nature».

<sup>1326</sup> Commentary on article 13: «36. France can accept the provisions of paragraph 5, but wishes to retain the possibility of applying the provisions in its laws relative to the taxation of gains from the alienation of shares or rights which are part of a substantial participation in a company which is a resident of France.

<sup>1327</sup> Commentary on article 23: «83. *Consistent with its reservations on paragraphs 2 and 3 of Article 1, France reserves the right not to include in paragraph 1 of Articles 23 A and 23 B the modifications provided by the 2017 update of the Model Tax Convention relative to the elimination of double taxation in the presence of a fiscally transparent entity*».

<sup>1328</sup> Fra i Trattati che eccezionalmente prevedono disposizioni specifiche per le partnership vi sono quelli con Germania, Svizzera, Lussemburgo e USA. Cfr. Lanteri N., La convenzione fra l'Italia e la Francia p.186; Derouin P., France branch report, cit., p. 227.

fiscali francesi negano di regola l'attribuzione dei benefici convenzionali diretti ai soci esteri di partnership residenti<sup>1329</sup>.

Come Stato della fonte, la Francia accorda i benefici convenzionali ai soci esteri solo se i loro Stati di residenza considerano la partnership francese trasparente e solo se tali Stati e lo Stato della partnership (se diverso dalla Francia) accordano lo scambio di informazioni pieno<sup>1330</sup>.

Come Stato di residenza del socio, la Francia accorda il rimedio convenzionale contro la doppia imposizione con lo Stato della fonte (indipendentemente dal fatto che la partnership sia francese o in un terzo Stato) solo se con tale Stato vige una clausola per lo scambio di informazioni pieno<sup>1331</sup>.

Per l'eliminazione della doppia imposizione, in genere la Francia adotta il *credit method* convenzionale ma con formulazione diversificata in considerazione delle diverse categorie di reddito tassate in Francia<sup>1332</sup>. Per alcuni redditi soggetti a tassazione concorrente<sup>1333</sup>, la quantificazione del credito d'imposta segue la regola «de buotir» la quale prevede la creditabilità dell'imposta estera prelevata conformemente al Trattato ma fino a concorrenza dell'imposta francese (con perdita dell'eventuale imposta estera eccedente). Per altri redditi<sup>1334</sup>, invece, la quantificazione del credito d'imposta segue la regola cd della «tassazione effettiva» interna del reddito di fonte estera, prevedendo l'attribuzione di un credito d'imposta corrispondente all'imposta francese indipendentemente dal prelievo subito all'estero<sup>1335</sup>.

---

<sup>1329</sup> Caso: CE, 11 July 2011, no. 317024, Quality Invest.

<sup>1330</sup> BOI 4 H-5-07, 29 Mar. 2007.

<sup>1331</sup> BOI 14 B-1-11, 29 July 2011.

<sup>1332</sup> Il reddito estero è considerato al lordo dell'imposta estera e il credito d'imposta è quantificato in base alle regole particolari applicabili a ciascuna categoria di reddito e in considerazione dell'imposta domestica applicabile in Francia sui medesimi redditi. L'imposta estera e le perdite estere non sono deducibili. V. Cervoni G., *La convention fiscale entre l'Italie et la France*, p.217.

<sup>1333</sup> Tipicamente, i *passive income* (dividendi interessi e royalties), le plusvalenze da società immobiliari dell'art. 8 del Protocollo e i redditi degli sportivi ed artisti.

<sup>1334</sup> Si tratta dei redditi immobiliari dell'art. 6, degli utili delle imprese dell'art. 5 e 7 e art.4 del Protocollo, plusvalori da cessione aziendale e di navi ed aerei in traffico internazionale dell'art. 13 (1) e (2), redditi di lavoro dipendente art. 15 e pensioni art. 18 e 19.

<sup>1335</sup> Tale metodo preserva la progressività dell'imposta domestica quando questa è applicabile ed è invece assimilabile ad una esenzione in assenza di progressività, come nel caso degli utili delle stabili organizzazioni. V. Cervoni G., *La convention fiscale entre l'Italie et la France*, cit., p.218.

### 3.6.1 Le partnership nel Trattato Italia-Francia del 1989

La Convenzione Italia-Francia del 5 ottobre 1989, ratificata con la Legge n. 20/1992 e divenuta operativa nel 1993, sostituisce la precedente Convenzione del 1958<sup>1336</sup>.

Il Trattato “per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e per prevenire l'evasione e la frode fiscali” e il relativo Protocollo si ispirano allo standard OCSE del 1977<sup>1337</sup>.

Il Governo francese ha emanato apposite istruzioni amministrative per l'applicazione del Trattato con l'Italia<sup>1338</sup>.

L'art. 2 del Trattato include per parte italiana l'IRPEF, l'IRES e l'IRAP<sup>1339</sup>, mentre per parte francese include l'imposta sul reddito (*impôt sur le revenu*), l'imposta sulle società (*impôt sur les sociétés*), l'imposta di solidarietà sul patrimonio (*impôt de solidarité sur la fortune*), le tasse applicate sull'ammontare globale dei salari, (*taxes assise sur le montant global des salaires*) oggi non più applicate, la tassa professionale (*taxe professionnelle*) oggi sostituita dalla *contribution économique territoriale*<sup>1340</sup>.

---

<sup>1336</sup> Fanno eccezione gli art. 25 e 26 del precedente Trattato, confluiti negli art. 28 e 26 del nuovo Trattato: si tratta delle disposizioni sull'assistenza alla riscossione e sulle MAP.

<sup>1337</sup> Cfr. Veroli F., La Convenzione tra Italia e Francia contro le doppie imposizioni, IF, 1992; Mayr S., La convenzione Italia-Francia per evitare la doppia imposizione sul reddito, in BTI,1993, p.476 ss.; Lanteri N., La convenzione fra l'Italia e la Francia contro le doppie imposizioni, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, EGEEA, p.175 ss.; Galli C., *Italy-France Tax Treaty*, in ET, n. 2/1999.

<sup>1338</sup> Le istruzioni previste dal documento dell'11 marzo 1994 (14 B-I-94, n.4) sono state sostituite dalle attuali istruzioni applicative del Trattato Italia-Francia consultabili presso il sito <https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/5574-PGP.html> (ultimo accesso 19 giugno 2020). Le istruzioni riguardano l'ambito di applicazione (sezione 1 BOI-INT-CVB-ITA-10-10), le regole per la tassazione dei diversi redditi (sezione 2 BOI-INT-CVB-ITA-10-20), le regole di imposta patrimoniale (sezione 3 BOI-INT-CVB-ITA-10-30), le regole di tassazione per le imposte su salari e le imposte professionali (sezione 4 BOI-INT-CVB-ITA-10-40), disposizioni varie per l'eliminazione della doppia imposizione, per evitare le doppie esenzioni, non discriminazione e detrazione dei contributi pensionistici, procedura amichevole, assistenza amministrativa in materia di scambio di informazioni (sezione 5 BOI-INT-CVB-ITA -10-50).

In esito ad una recente prassi delle autorità fiscali italiane, è da ritenere creditabile in base alla circ. n.9/2015 e n.35/2016, ancorché non espressamente incluso da convenzione, il *prélèvements sociaux* riscosso dalle autorità francesi sui redditi di locazione e sulle plusvalenze da immobili localizzati in Francia e prodotte da soggetti residenti in Italia. Tale tributo era stato originariamente istituito come contributo previdenziale ma fu oggetto di un'importante riforma normativa intervenuta a sanarne l'incompatibilità con l'ordinamento europeo dichiarata dalla Corte di Giustizia UE nella causa C-632/13: la legge di finanziamento della *sécurité sociale* del 2016, art. 24 lo trasformò in una forma di “*prestation non contributive*” assimilabile ad un'imposta aggiuntiva sul reddito. Cfr. Agenzia delle Entrate, Risposta n. 161/2018 con nota di Contrino A., *Prélèvements sociaux francesi, nozione rilevante di “tributo estero” e detraibilità dalle imposte italiane*, in RDT, supplemento online, 1 febbraio 2019.

<sup>1339</sup> Per effetto dello scambio di lettere del 7 e 28 luglio del 1998, la Francia è fra gli Stati che hanno riconosciuto la sostituzione dell'ILOR con l'IRAP ai sensi dell'art. 2(4) del Trattato (v. Circ. n.33/2002, p.4).

<sup>1340</sup> Dal 2010 la *taxe professionnelle* è stata sostituita dalla *contribution économique territoriale* che si compone di due parti: il contributo fondiario per le imprese (*cotisation foncière des entreprises* - CFE) e il contributo sul valore aggiunto delle imprese (*cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises* - CVAE) con caratteristiche simili all'IRAP. La natura composita (fondiaria e sul valore produttivo) di tale imposta non consente di ammetterla a pieno titolo fra le imposte coperte dalla Convenzione, giacché non si tratta di imposte sul reddito.

L'art. 3(2) del Trattato include la tradizionale formulazione dell'*interpretation rule* indispensabile a dare contenuto ai termini impiegati all'interno della Convenzione e in questa non definiti<sup>1341</sup>.

Il Trattato include le società di persone nella nozione di «*person*» e nella nozione di «nazionale»<sup>1342</sup>.

L'art. 4 del Trattato non qualifica in modo espreso le società personali come persone residenti. Per le partnership costituite conformemente alla legislazione dei due Stati l'art. 4(3) del Trattato tuttavia prevede la residenza nella giurisdizione ove è localizzata la direzione effettiva della partnership<sup>1343</sup>. Ne consegue che la localizzazione della direzione effettiva in uno dei due Stati comporterà la residenza convenzionale della partnership (e non dei soci) nel caso in cui lo Stato classifichi questa come soggetto passivo d'imposta.

Il Trattato tuttavia non ripartisce in modo espreso il potere impositivo sugli utili delle partnership trasparenti italiane e delle partnership traslucide francesi imputati per trasparenza ai soci residenti nell'altro Stato<sup>1344</sup>.

---

Le istruzioni BOI-INT-DG-20-10-30-20120912 accessibili presso il sito <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1744-PGP.html?identifiant=BOI-INT-DG-20-10-30-20120912> confermano (parimenti a quanto avvenuto con l'IRAP italiana) che data la natura sostitutiva del contributo economico territoriale con l'imposta professionale inclusa in Convenzione, a questa dovrebbe applicarsi anche il contributo economico territoriale, facendo sempre salvo il riferimento alle clausole dei relativi Trattati.

Non essendovi prassi italiana sul tema, è ragionevole ritenere che tale imposta sia inclusa nella Convenzione Italia-Francia.

Al contrario, la tassa applicata all'ammontare globale dei salari (*taxes assises sur le montant global des salaires*) da tempo soppressa nell'ordinamento francese e sostituita da più tributi di dubbia natura reddituale non è altrettanto lineare espone

<sup>1341</sup> Conv. Italia-Francia, Art. 3(2): «2. *Per l'applicazione della Convenzione da parte di uno Stato, le espressioni ivi non definite hanno il significato che ad esse è attribuito dalla legislazione di detto Stato relativa alle imposte alle quali si applica la Convenzione, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione.*».

<sup>1342</sup> Conv. Italia-Francia, Art. 3(1): «*Ai fini della presente Convenzione, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione: (...)*

*d) il termine "persona" comprende le persone fisiche, le società ed ogni altra associazione di persone; (...)*

*h) il termine "nazionali" designa: (...) II) le persone giuridiche, le società di persone e le altre associazioni di persone costituite in conformità della legislazione in vigore in uno Stato»*

<sup>1343</sup> Conv. Italia-Francia, Art. 4(3): «*Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è residente di entrambi gli Stati, essa è considerata residente dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva.*

*La presente disposizione è in particolare applicabile alle società di persone ed a quelle ad essa equiparate, costituite in uno Stato conformemente alla sua legislazione.*».

Sul punto v. Mayr S., La convenzione Italia-Francia..., cit. p.481; Lanteri N., La convenzione fra l'Italia e la Francia ..., cit., p.186.

<sup>1344</sup> Anche in questo caso è da escludersi in via di principio la qualificazione degli utili imputati per trasparenza dalle partnership nazionali dei due Stati come dividendi in base all'art. 10(9) della Conv. Italia-Francia: «*a) Ai fini del presente articolo il termine "dividendi" designa i redditi derivanti da azioni, da azioni o diritti di godimento, da quote minerarie, da quote di fondatore o da altre quote di partecipazione agli utili, ad eccezione dei crediti, nonché i redditi assoggettati al regime fiscale delle distribuzioni secondo la legislazione dello Stato di cui è residente la società distributrice.*

Come visto in precedenza, né la legislazione francese né quella italiana prevedono che il socio estero di una partnership nazionale qualifichi di per sé una stabile organizzazione.

Ai fini IRAP, le partnership dei due Stati si configurano come soggetti passivi d'imposta.

L'art. 13 del Trattato disciplina in modo standard la ripartizione del potere impositivo fra i due Stati sui *capital gains* derivanti da cessione di determinati beni ed asset (beni immobili, stabili organizzazioni e relativi beni mobili, navi o aerei impiegati in traffico internazionale, tutti gli altri beni)<sup>1345</sup>.

Sia per la legge fiscale italiana che per quella francese, la cessione di quote di una partnership nazionale o estera è qualificata di regola come cessione di quote o azioni: i relativi capital gain quindi rientrano pertanto fra quelli per i quali l'art. 13(4) del Trattato attribuisce la potestà impositiva esclusiva allo Stato di residenza del cedente.

Tale regola trova tuttavia due deroghe nel p. 8 del Protocollo che prevede la tassazione concorrente nel caso in cui la società possieda beni immobili non impiegati

---

b) Sono parimenti considerati come dividendi pagati da una società residente di uno dei due Stati, il pagamento lordo del Tesoro rappresentativo, in Francia, del credito d'imposta "(avoir fiscal)" considerato al paragrafo 3 e, in Italia, del credito di imposta considerato al paragrafo 4, nonché le somme lorde rimborsate a titolo, in Francia del prelievo alla fonte (précompte), considerate al paragrafo 5, e, in Italia della "maggiorazione di conguaglio" considerate al paragrafo 6 afferenti i dividendi pagati da detta società».

<sup>1345</sup> Conv. Italia-Francia, Art. 13: «1. Gli utili provenienti dall'alienazione di beni immobili di cui all'articolo 6, sono imponibili nello Stato dove tali beni sono situati.

2. Gli utili derivanti dall'alienazione di beni mobili facenti parte della proprietà aziendale di una stabile organizzazione che un'impresa di uno Stato ha nell'altro Stato, ovvero di beni mobili appartenenti ad una base fissa di cui un residente di uno Stato dispone nell'altro Stato per l'esercizio di una professione indipendente, compresi gli utili derivanti dall'alienazione di detta stabile organizzazione (da sola o con l'intera impresa) o di detta base fissa, sono imponibili in detto altro Stato.

3. Gli utili derivanti dall'alienazione di navi o di aeromobili impiegati in traffico internazionale o di beni mobili destinati all'esercizio di dette navi od aeromobili, sono imponibili soltanto nello Stato in cui è situata la sede della direzione effettiva dell'impresa.

4. Gli utili derivanti dall'alienazione di ogni altro bene diverso da quelli menzionati ai paragrafi 1, 2 e 3 sono imponibili soltanto nello Stato di cui l'alienante è residente».

Il Trattato tuttavia non definisce né il concetto di «alienazione» né la nozione di «utili di capitale»: dunque occorre guardare all'*interpretation rule* dell'art. 3(2).



nella propria attività<sup>1346</sup> o nel caso in cui la partecipazione nella società ceduta sia definita «importante»<sup>1347</sup>.

Si tratta di due chiarimenti ispirati da logiche evidentemente antielusive. Nel primo caso, la deroga riguarda infatti i capital gain da alienazione di quote di quelle società “scrigno” o di protezione immobiliare - il cui patrimonio è costituito, prevalentemente o esclusivamente, da immobili localizzati in uno Stato non impiegati nell’attività della società - che per la legislazione domestica di tale Stato sono equiparati ai capital gain immobiliari. Si tratta evidentemente di una disposizione asimmetrica valida per la cessione di quote in società francesi con immobili localizzati in Francia giacché la legislazione fiscale italiana non prevede tale assimilazione<sup>1348</sup>.

---

<sup>1346</sup> Conv. Italia-Francia, Protocollo Art. 8(a): «Per quanto concerne l’art. 13, gli utili derivanti dall’alienazione di azioni, quote o partecipazioni in una società o in una persona giuridica che possiede beni immobili situati in uno Stato, i quali, secondo la legislazione di tale Stato, sono sottoposti allo stesso regime fiscale degli utili derivanti dall’alienazione di beni immobili, sono imponibili in detto Stato. Ai fini dell’applicazione della presente disposizione, non sono presi in considerazione i beni immobili che sono utilizzati da detta società o persona giuridica nell’esercizio della propria attività, industriale, commerciale, agricola ovvero nell’esercizio di una attività non commerciale».

Si tratta in questo caso di una disposizione asimmetrica, poiché in Italia non esiste una disposizione fiscale che assimila i capital gain da partecipazioni in società immobiliari ai capital gain immobiliari.

<sup>1347</sup> Conv. Italia-Francia, Protocollo Art. 8(b): «Nonostante le disposizioni del paragrafo 4 dell’articolo 13, gli utili derivanti dall’alienazione di azioni o di quote diverse da quelle considerate alla lettera a) e facenti parte di una partecipazione importante nel capitale di una società residente di uno Stato, sono imponibili in detto Stato, secondo le disposizioni della sua legislazione interna. Si considera che esista una partecipazione importante se il cedente, da solo o con persone associate o collegate, dispone direttamente o indirettamente di azioni o di quote che danno complessivamente diritto ad almeno il 25 per cento degli utili della società». Si tratta in questo caso di una disposizione simmetrica, applicabile pertanto sia in Francia che in Italia.

La tassazione concorrente dei capital gain da cessione di partecipazioni in società estere è un’eccezione allo standard convenzionale italiano (che prevede di regola la tassazione esclusiva nello Stato di residenza del cedente), presente nella Convenzione Italia-Francia e in pochi altri Trattati, come Cina (soglia del 25%), Israele (soglia del 10% e holding period 24 mesi) e Brasile. Cfr. Vignoli S., La tassazione in Italia delle plusvalenze realizzate da società francesi, in IF n.12/2017, p.1158, in particolare nota 11.

<sup>1348</sup> In entrambe gli Stati, le cd società immobiliari non sono un tipo particolare di società ma semplicemente società che svolgono la propria attività mediante immobili e possono essere attività tanto di tipo commerciale (se l’oggetto dell’attività è lo scambio di immobili o la produzione di servizi immobiliari) quanto di tipo non commerciale (se l’attività si limita alla gestione, al godimento o al possesso di immobili).

In Francia la *Société civile immobilière* – SCI (disciplinate dagli artt. 1845 – 1870-1 code civil e frequentemente impiegate come strumento di passaggio generazionale dei patrimoni immobiliari) in quanto definite «*sociétés à prépondérance immobilière*» dall’art. 219 (I-a sexies-0 bis) CGdI sono classificate come soggetti fiscalmente trasparenti. Così anche in Italia, dove, nonostante l’assenza di una disciplina delle società civili tali attività sono il campo elettivo della società semplice che, non svolgendo attività di tipo commerciale produttiva di redditi d’impresa, accede al regime di trasparenza fiscale dell’art. 5 TUIR.

Il p.8 del Protocollo chiarisce che la regola della tassazione concorrente si applica al solo caso di plusvalenze da cessione di quote in società che possiedono beni immobili non impiegati nell’attività al pari di quanto avviene nelle SCI francesi e nelle s.s. italiane impiegate come “scrigno” per il possesso e il godimento di beni immobili. Il fatto che in Francia esista una disciplina specifica per la tassazione dei *capital gain* da partecipazioni in SCI e che tale disciplina sia invece assente in Italia, rende tuttavia asimmetrica l’applicazione di questa regola convenzionale attribuendo al socio italiano una particolare opzione fiscale. In particolare, la letteratura segnala che - al ricorrere dei requisiti della lett.a) (preponderanza immobiliare) o della lett.b) (partecipazione superiore al 25%) il socio italiano di una SCI francese potrebbe invocare il p.8 lett.a) del Protocollo e chiedere la tassazione in base all’art. 6 del Trattato (con annessa esenzione da plusvalenza in Italia per eventuale decorso del quinquennio in base all’art. 67 TUIR) oppure il p.8 lett.b) del Protocollo e chiedere la tassazione concorrente in base all’art. 13(4) del Trattato. Il p. 8 del Protocollo assicura in ogni caso la

Nel secondo caso invece la deroga - questa volta con effetti simmetrici - abbraccia tutte le ipotesi in cui l'alienazione di partecipazioni realizzi una situazione di fatto in cui il cedente e i suoi familiari (in caso di persone fisiche) o il suo gruppo (in caso di società) dispongano di una partecipazione che attribuisce complessivamente un diritto agli utili della società ceduta superiore alla soglia del 25% degli utili totali.

La regola distributiva prevista dall'art.14 per le professioni indipendenti ricalca lo schema strutturale dei *business profits* prevedendo tuttavia che la presenza di una base fissa all'estero comporti l'imputazione dei soli redditi prodotti mediante tale base bissa. Nel silenzio del Protocollo e in assenza di ulteriori fonti, sembra quindi ragionevole poter applicare alle partnership professionali nazionali con soci esteri le considerazioni finora svolte.

Per entrambe gli Stati, le disposizioni dell'art. 24 del Trattato perseguono l'eliminazione della doppia imposizione giuridica ed economica mediante il metodo dell'imputazione.

L'Italia ha scelto il rimedio generale dell'imputazione<sup>1349</sup>: il credito d'imposta tuttavia non è dovuto nel caso in cui il reddito sia assoggettato in Italia a ritenuta a titolo d'imposta o ad imposizione sostitutiva.

In base all'art. 24 (2) del Trattato, anche la Francia ha scelto come metodo generale quello dell'imputazione<sup>1350</sup> ma con formulazione diversa a seconda delle

---

tassazione in Francia del capital gain da partecipazione in SCI del socio italiano. Sul punto cfr. Crosti A., *Société civile immobilière di diritto francese: trattamento fiscale in Italia*, in FCI, n.11/2014, p. 5; Vignoli S., La tassazione in Italia delle plusvalenze realizzate da società francesi, in IF n.12/2017, p.1158. In tema di futuri sviluppi della tassazione convenzionale dei capital gain da alienazione di partecipazioni in società immobiliari francesi, cfr. Nobili F. Zullo A., Convenzione multilaterale OCSE: utili da partecipazioni in società immobiliari, in FCI, n.2/2018, p. 18.

Va aggiunto peraltro che essendo la SCI un soggetto fiscalmente trasparente in Francia ma opaco in Italia, sugli utili della SCI i soci italiani non potranno beneficiare del Trattato ma dovrà applicarsi la disciplina interna. In caso di una SCI francese il Trattato si renderebbe applicabile ai soci italiani solo se la SCI optasse per l'applicazione dell'imposta sul reddito delle società in Francia. Boidi M., Lenti C., La tassazione dei redditi delle S.c.i. francesi e monegasche oggetto di 'scudo fiscale', in IF, n. 22/2010, p.3465.

<sup>1349</sup> Conv. Italia-Francia, Art. 24(1): «1. Per quanto concerne l'Italia: Se un residente dell'Italia possiede elementi di reddito che sono imponibili in Francia, l'Italia, nel calcolare le proprie imposte sul reddito specificate nell'articolo 2 della presente Convenzione, può includere nella base imponibile di tali imposte detti elementi di reddito, a meno che espresse disposizioni della presente Convenzione non vi si oppongano. In tal caso, l'Italia deve dedurre dalle imposte così calcolate l'imposta sui redditi pagata in Francia, ma l'ammontare della deduzione non può eccedere la quota di imposta italiana attribuibile ai predetti elementi di reddito nella proporzione in cui gli stessi concorrono alla formazione del reddito complessivo. Tuttavia, nessuna deduzione sarà accordata ove l'elemento di reddito venga assoggettato in Italia ad imposizione mediante ritenuta alla fonte a titolo di imposta su richiesta del beneficiario del reddito in base alla legislazione italiana».

<sup>1350</sup> Conv. Italia-Francia, Art. 24(2): «Per quanto concerne la Francia: a) Gli utili e gli altri redditi (revenus positifs) che provengono dall'Italia e che sono ivi imponibili conformemente alle disposizioni della Convenzione, sono parimenti imponibili in Francia allorché sono ricevuti da un residente della Francia. L'imposta italiana non è deducibile ai fini del calcolo del reddito imponibile in Francia. Ma il beneficiario ha diritto ad un credito di imposta nei confronti

diverse modalità con le quali i vari redditi sono tassati in Francia<sup>1351</sup>. Per dividendi, interessi, royalties e plusvalenze da cessioni di quote in società immobiliari tassabili anche in Francia il credito ammissibile è pari all'imposta italiana nel limite dell'imposta francese corrispondente. Per i redditi immobiliari, gli utili di impresa delle stabili organizzazioni, i capital gain da cessione immobiliare e aziendale (e altri redditi) il credito d'imposta è integralmente pari alla corrispondente imposta francese indipendentemente dall'imposta pagata in Italia.

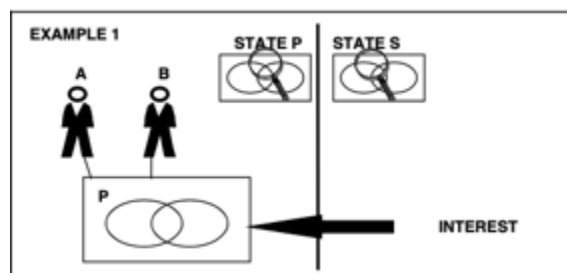
### 3.6.2 Tax Treaty practice

Il criterio francese di classificazione soggettiva delle entità estere, come visto, comporta una valutazione caso per caso con *analogy approach* e può dirsi coerente rispetto alla trasparenza fiscale applicata alle partnership italiane.

Di regola, la Francia non applica ritenute sugli interessi pagati a soggetti non residenti<sup>1352</sup>.

Nell'esempio n.1 PR99, la Francia:

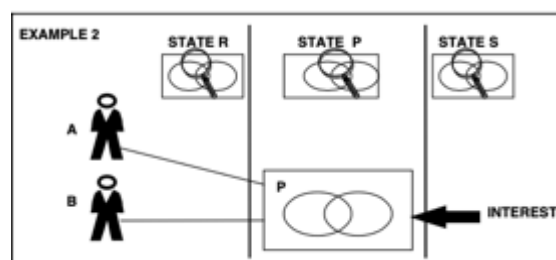
- come Stato della fonte accorda il Trattato ai soci dello Stato R solo se esiste una clausola convenzionale sullo scambio pieno delle informazioni.
- come Stato di residenza dei soci applica il Trattato e riconosce il credito d'imposta per le eventuali ritenute applicate dallo Stato S.



La situazione non riguarda l'Italia.

Nell'esempio n.2 PR99, la Francia:

- come Stato della fonte accorda il Trattato ai soci dello Stato R solo se esiste una clausola di scambio di informazioni pieno con lo stato R;



dell'imposta francese nella cui base detti redditi sono inclusi. Detto credito di imposta è pari: - con riferimento ai redditi previsti agli articoli 10, 11, 12, 16, 17 e al paragrafo 8 del protocollo annesso alla Convenzione, all'ammontare dell'imposta pagata in Italia conformemente alle disposizioni di detti articoli. Esso non può tuttavia eccedere l'ammontare dell'imposta francese relativa a tali redditi; - per tutti gli altri redditi, all'ammontare della relativa imposta francese. Questa disposizione è parimenti applicabile alle remunerazioni di cui agli articoli 9, 13 paragrafo 3, e 19 (...).

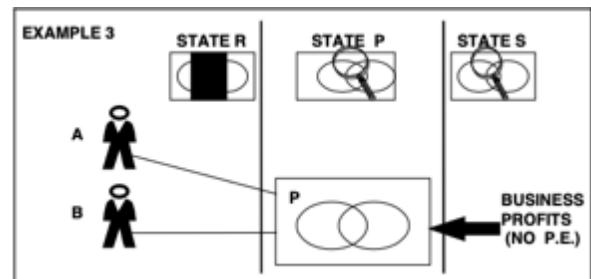
<sup>1351</sup> Cervoni G., La convention fiscale entre l'Italie et la France, cit., p.217.

<sup>1352</sup> Fanno eccezione i pagamenti di interessi verso Stati black list o non collaborativi. Cfr. Derouin P., France branch report, par. 8.4.1.

- come Stato della partnership, considera la partnership come mero intermediario; se tuttavia i soci svolgono in Francia un'attività d'impresa per mezzo della partnership e questa si configura come stabile organizzazione dei soci esteri e il reddito di fonte nello Stato S sia a questa attribuibile, la Francia potrebbe applicare un'imposta sul reddito d'impresa prodotto da detta stabile organizzazione.
- come Stato di residenza dei soci, applica il Trattato e riconosce il credito d'imposta per le eventuali ritenute applicate dallo Stato S; se i soci francesi svolgono tuttavia una attività d'impresa nello Stato P che configura una stabile organizzazione, lo Stato P potrebbe applicare l'imposta sul reddito: in tal caso la Francia riconosce ai soci francesi un credito d'imposta complessivo (sia per la ritenuta applicata dallo Stato S che per l'imposta sul reddito applicata dallo Stato P) fino a concorrenza della corrispondente imposta francese<sup>1353</sup>.
- Nell'esempio 2 l'Italia può qualificarsi unicamente come Stato della partnership. Come visto in precedenza, in base al partnership approach italiano, il reddito distribuito ai soci esteri si qualifica come reddito d'impresa ed è tassato in Italia solo in caso di stabile organizzazione. In assenza di stabile organizzazione, l'eventuale Trattato Italia-Francia non è applicabile, sia con la Francia come Stato S che come Stato R.

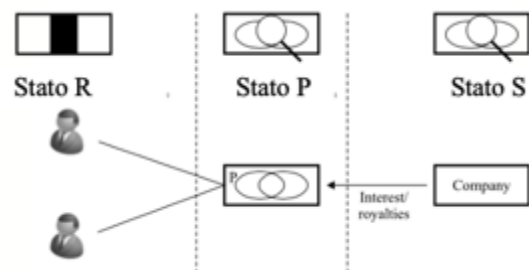
Nell'esempio n.3 PR99, la Francia:

- come Stato della fonte applica una ritenuta domestica pari all'imposta sulle società;
- mentre come Stato di residenza dei soci la soluzione dipende da come è qualificata la società estera e se la partnership configura una stabile organizzazione nello Stato P.



Nel caso in cui il reddito prodotto siano interessi, la Francia:

- come Stato della fonte, non applicherà il Trattato né alla partnership dello Stato P (che potrebbe essere l'Italia) né il Trattato con lo Stato R perché questo non classifica la partnership come fiscalmente trasparente nello Stato P<sup>1354</sup>;



<sup>1353</sup> Derouin P., France branch report, par. 8.4.2.

<sup>1354</sup> Tale conclusione si basa sulle linee guida della prassi governativa anche se il caso Diebold potrebbe rendere applicabile il Trattato Francia- Stato R. Cfr. Coustel A.S., *France national report*, cit., p.350.

- come Stato di residenza dei soci, classifica l'entità come opaca e tasserà i soci solo all'atto della distribuzione dei dividendi<sup>1355</sup> e non concede credito di imposta per le ritenute applicate nello Stato della fonte S.

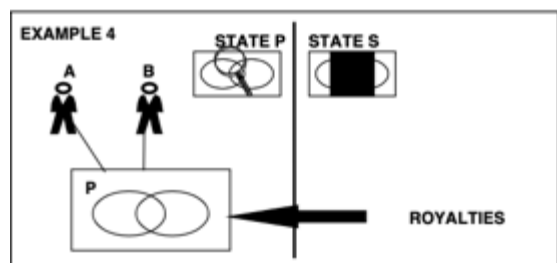
L'Italia in entrambe i casi:

- come Stato di residenza dei soci non applicherà il Trattato e tasserà i soci solo all'atto della distribuzione dei dividendi;
- come Stato della partnership, tasserà i redditi d'impresa solo nel caso in cui la partnership configuri una stabile organizzazione in Italia. In assenza di stabile organizzazione è quindi uno Stato "passante".

Nell'esempio n.4 PR99, la Francia<sup>1356</sup>:

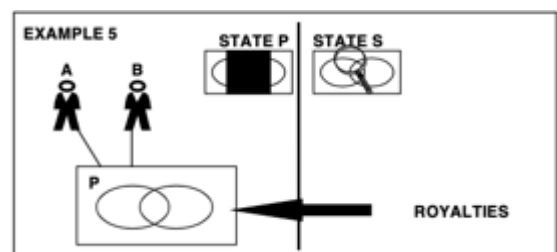
- come Stato della fonte applica il Trattato ai soci<sup>1357</sup>;
- come Stato di residenza di partnership e soci, applica il Trattato ai soci.

In questo caso l'Italia come Stato della fonte applicherà il Trattato ai soci.

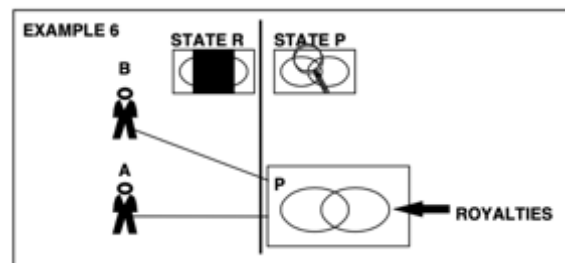


Nell'esempio n.5 PR99, la Francia<sup>1358</sup>:

- come Stato della fonte applica il Trattato alla partnership;
- come Stato di residenza di partnership e soci, applica il Trattato ai soci se la partnership è fiscalmente trasparente e applica il Trattato alla partnership se questa opta per la tassazione societaria.



Nell'esempio n.6 PR99, la Francia<sup>1359</sup>:



<sup>1355</sup> Art. 120(2) CGdI.

<sup>1356</sup> Derouin P., France branch report, par. 8.4.4.

<sup>1357</sup> L'approccio è confermato dal caso Diebold a seguito del quale le autorità fiscali francesi hanno modificato le riserve al PR99 e allineato la relativa prassi BOI 4 H-5-07, 29 Mar. 2007.

<sup>1358</sup> Derouin P., France branch report, par. 8.4.5.

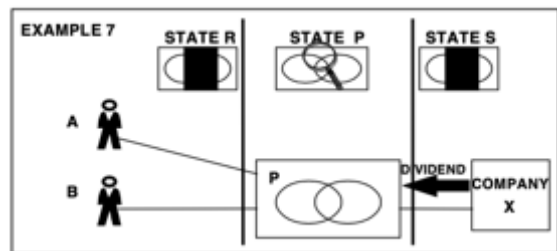
<sup>1359</sup> Derouin P., France branch report, par. 8.4.6.

- come Stato della fonte e della partnership, in base ad una giurisprudenza<sup>1360</sup> ormai consolidata, considera la situazione come puramente domestica;
- come Stato di residenza dei soci, stessa soluzione dell'esempio 3.

L'Italia come Stato di residenza dei soci non applicherà il Trattato e tasserà i soci solo all'atto della distribuzione dei dividendi.

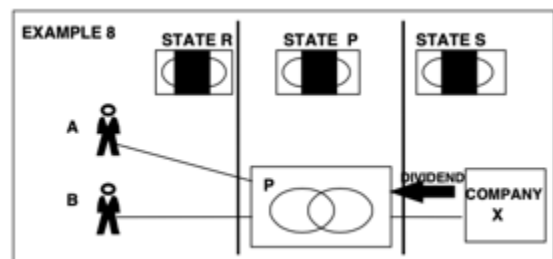
Nell'esempio n.7 PR99, la Francia<sup>1361</sup>:

- come Stato della fonte non applica il Trattato ma la ritenuta domestica del 30%<sup>1362</sup>;
- come Stato della partnership, considera la partnership come semplice intermediario<sup>1363</sup> se questa non si configura come stabile organizzazione;
- come Stato di residenza dei soci, non applicherà il Trattato e tasserà i soci solo all'atto della distribuzione dei dividendi<sup>1364</sup>.



Nell'esempio n.8 PR99, la Francia<sup>1365</sup>:

- come Stato della fonte, applica il Trattato con lo Stato P;
- come Stato della partnership, concede il credito d'imposta alla partnership in base al Trattato con lo Stato P;
- come Stato di residenza dei soci, stessa soluzione dell'esempio 7.



In questo caso l'Italia:

- come Stato della fonte, applicherà il Trattato Italia-Francia;
- come Stato di residenza dei soci, non applicherà il Trattato Italia-Francia e tasserà i soci solo all'atto della percezione dei dividendi.

<sup>1360</sup> CE, Kingroup; SAS Établissements Chevannes Merceron Ballery; Quality Invest; Barlow.

<sup>1361</sup> Derouin P., France branch report, par. 8.4.7; Coustel A.S., *France national report*, cit., p.350.

<sup>1362</sup> Instr. 29 Mar. 2007, n.148. Se l'Italia fosse lo Stato P, il Trattato Francia-Italia sarebbe inapplicabile alla partnership perché questa non è liable to tax in Italia; il Trattato Francia-Stato R invece è inapplicabile perché lo Stato R classifica la partnership italiana come fiscalmente opaca. Si è visto come per l'applicazione dei Trattati agli outbound passive income nelle situazioni triangolari, le linee guida dell'autorità fiscale e il Diebold case richiedano la doppia trasparenza fiscale in base alla classificazione sia dello Stato della partnership sia dello Stato di residenza dei soci.

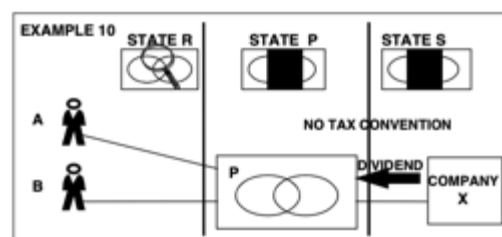
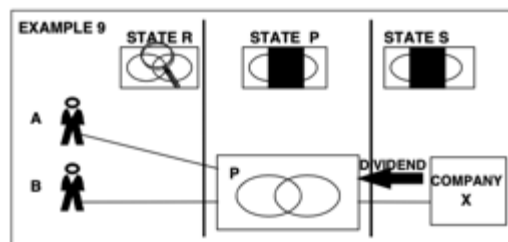
<sup>1363</sup> In base al caso deciso dalla CAA Paris n.89-2733 del 19/11/1993 SA Rinsoz & Ormond (v. nota 1399), non dovrebbe riconoscere alcun credito d'imposta al socio estero.

<sup>1364</sup> Facendo salvo il regime cfc dell'art. 123 bis e 209 B CGdI.

<sup>1365</sup> Derouin P., France branch report, par. 8.4.8.

Nell'esempio n.9 PR99, la Francia:

- come Stato della fonte, la Francia applica il Trattato alle entità considerate opache nella loro giurisdizione, in questo caso, quindi applicherà il Trattato Francia-Stato P<sup>1366</sup>;
- come Stato della partnership, (stessa soluzione dell'esempio 8) concede il credito d'imposta alla partnership<sup>1367</sup>;
- come Stato di residenza dei soci, accetterà la classificazione fiscale dello Stato P solo in caso di *passive income* distribuiti ai soci francesi<sup>1368</sup>. Questo caso può interessare l'Italia come Stato S fonte del reddito: in tale circostanza l'Italia classificherà la partnership estera come opaca applicando il Trattato Italia- Stato P e le relative ritenute ridotte. La Francia tuttavia non concederà alcun credito per le ritenute italiane mentre concederà il credito per le ritenute applicate dallo Stato P ad eventuali dividendi distribuiti ai soci francesi. Fuori dall'ipotesi dei passive income, quindi per redditi di altra natura, la Francia non presenta casi guida: dato che questa applica il *resemblance* test alle entità estere, per lo Stato P non è semplice intuire in anticipo come la Francia classifichi la partnership estera e soprattutto non è detto che tale classificazione combaci con quella dello Stato P<sup>1369</sup>.



Nell'esempio n.10 PR99, la Francia<sup>1370</sup>:

- come Stato della fonte, applica la ritenuta domestica del 30%<sup>1371</sup>;

<sup>1366</sup> Cfr. Coustel A.S., *France national report*, cit., p.349. Per poter applicare il Trattato ai soci, la Francia richiede lo scambio di informazioni pieno e la doppia trasparenza nello Stato R e P. Pertanto, in assenza di doppia trasparenza nello Stato R e P, attualmente nega il beneficio convenzionale ai soci e applica il Trattato alla sola partnership.

<sup>1367</sup> Tale credito sarà il minore fra quelli previsti dal Trattato Francia-Stato S nel caso in cui lo Stato S riconosca il doppio beneficio convenzionale.

<sup>1368</sup> Il trattamento fiscale della società estera nel suo stato di stabilimento infatti per l'ordinamento fiscale francese è rilevante solo in questi casi, mentre per altre fattispecie rileva il *resemblance* test. Cfr. Coustel A.S., *France national report*, cit., p.343 e 349.

<sup>1369</sup> Se lo Stato P ritiene che la Francia classifichi la partnership opaca, la Francia tasserà i soci solo alla percezione del dividendo. Se invece la Francia classifica la partnership estera come trasparente, l'utile è imputato al socio francese che beneficerà del credito di imposta. A meno che: a) il socio sia una società di capitali e la partnership si configuri come stabile organizzazione nello Stato P e il reddito derivante dallo Stato S sia a questa attribuibile, b) il Trattato Francia-Stato P non preveda il metodo dell'esenzione. Se il Trattato prevede il metodo del credito, non è chiaro se l'ammontare del credito possa includere sia la ritenuta applicata dallo Stato S sia l'imposta applicata dallo Stato P nel limite dell'imposta massima creditabile in Francia. Se l'imposta non è creditabile è comunque deducibile in base al regime interno francese. Derouin P., *France branch report*, par. 8.4.9.

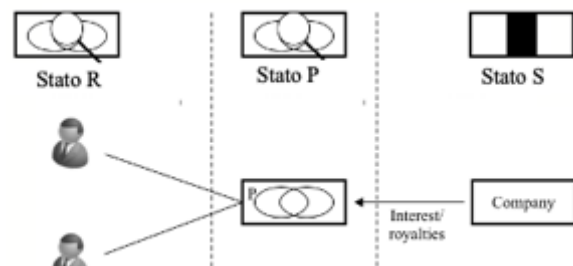
<sup>1370</sup> Derouin P., *France branch report*, par. 8.4.10.

<sup>1371</sup> Per poter applicare il Trattato con lo Stato R, la Francia richiede la doppia trasparenza e la clausola dello scambio di informazioni piene sia con lo Stato R che con lo Stato P.

- come Stato della partnership, il dividendo ricevuto accede al regime fiscale delle società domestiche senza alcun credito d'imposta convenzionale;
- come Stato di residenza dei soci, stessa soluzione dell'esempio 9; in questo caso l'Italia come stato della fonte applicherà la ritenuta domestica prevista dal DPR 600/73.

Nel caso 10-bis, la Francia:

- come Stato della fonte, applica il Trattato con lo Stato di residenza dei soci<sup>1372</sup> ma non con lo Stato P, che in questo caso potrebbe essere l'Italia. Anche l'Italia come stato della partnership, applicherà il Trattato con lo Stato di residenza dei soci valutando la presenza di eventuali stabili organizzazioni sul suo territorio;

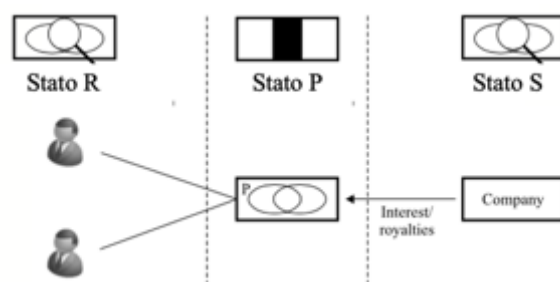


Caso A

- come Stato della partnership, in questo caso non dovrebbe applicare nessuna tassazione a meno che i soci non si qualificano come stabile organizzazione in Francia e il reddito estero si a questa attribuibile<sup>1373</sup>;
- come Stato di residenza dei soci, potrebbe riconoscere (in base al caso Diebold) il credito d'imposta; per le autorità fiscali francesi tuttavia l'interposizione di una partnership nello Stato P comporta la mutazione della natura del reddito e la tendenza a negare il credito d'imposta<sup>1374</sup>.

Nel caso 10-ter, la Francia:

- come Stato della fonte, applicherà il Trattato solo con lo Stato P indipendentemente dalla residenza dei soci;
- come Stato della partnership, tasserà il reddito mondiale della partnership domestica e riconoscerà il credito d'imposta convenzionale previsto dal Trattato con lo Stato S<sup>1375</sup>.



Caso B

<sup>1372</sup> Cfr. Coustel A.S., *France national report*, cit., p.349.

<sup>1373</sup> Derouin P., *France branch report*, par. 8.4.2.

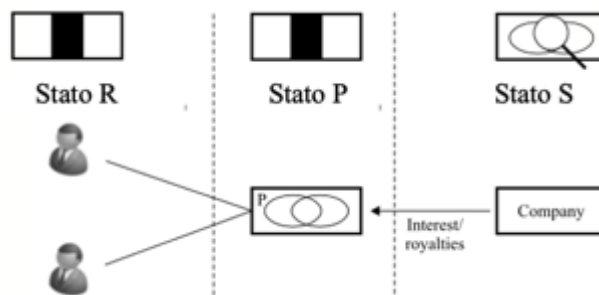
<sup>1374</sup> Cfr. Coustel A.S., *France national report*, cit., p.350.

<sup>1375</sup> Cfr. Coustel A.S., *France national report*, cit., p.350.



Nel caso 10-quater, la Francia:

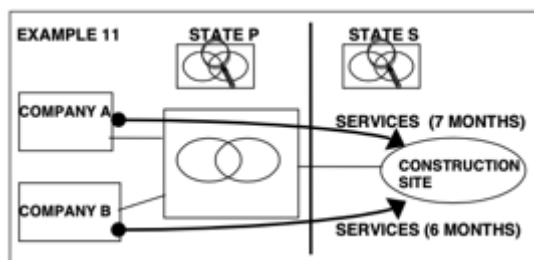
- come Stato della fonte, applica il Trattato con lo Stato P;
- come Stato della partnership, riconosce il credito d'imposta alla partnership domestica (che ha optato per l'applicazione dell'imposta sulle società) per le ritenute applicate dallo Stato S in applicazione del Trattato Francia-Stato S<sup>1376</sup>.
- L'Italia come Stato di residenza dei soci, concederà il credito convenzionale sui dividendi inbound, mentre come Stato della fonte non applicherà il Trattato con lo Stato P.



Caso C

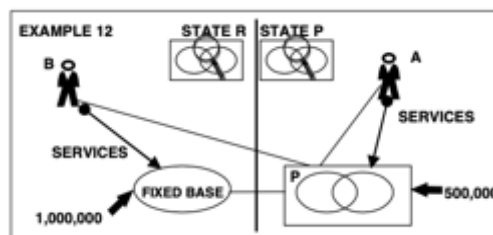
<sup>1376</sup> Cfr. Coustel A.S., *France national report*, cit., p.351.

Nell'esempio n.11 PR99, la Francia come Stato della fonte e come Stato della partnership, non presenta casi guida ma si presuma segue i criteri del PR99 quanto all'aggregazione del tempo necessario perché si realizzi il cantiere<sup>1377</sup>.



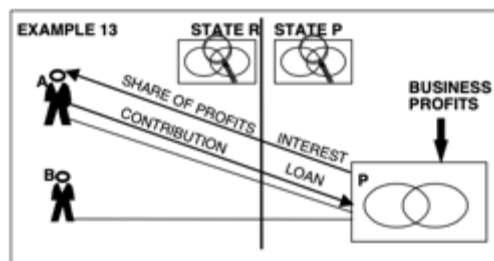
Nell'esempio n.12 PR99, la Francia:

- come Stato R, ha consolidato il proprio approccio in numerosi documenti di prassi. La Francia tassa il reddito complessivo della base fissa nel proprio territorio applicando ai soci esteri le regole fiscali standard per persone fisiche o persone giuridiche non residenti e applicando ai soci residenti la tassazione del reddito mondiale<sup>1378</sup>.
- come Stato P, il risultato è il medesimo con la precisazione che mentre i soci residenti sono tassati sul reddito mondiale e beneficiano dei Trattati, i soci esteri non sono tassati in Francia sui redditi prodotti all'estero nello Stato R.



Nell'esempio n.13 PR99, la Francia:

- come Stato della partnership, di regola consente ai soci la deduzione degli interessi passivi sostenuti dalla partnership sul finanziamento dei soci stessi<sup>1379</sup>. Di regola gli interessi passivi in uscita non scontano ritenuta in Francia. Se lo Stato R applica il metodo dell'esenzione, cioè potrebbe condurre ad una doppia imposizione<sup>1380</sup>.



<sup>1377</sup> La Francia applica l'imposta sulle società ai cantieri che si qualificano come stabili organizzazioni nel suo territorio: CE, 29 Mar. 1978, no. 4883, RJF, 5/78, no. 230; TA, Paris 11 Feb. 2009, no. 04-17065, *Compagnie générale de bâtiment et de construction*; cfr. Derouin P., France branch report, par. 8.4.11

<sup>1378</sup> In questo caso la doppia imposizione sarà eliminata mediante il metodo previsto dal Trattato sia sull'utile della partnership derivante dallo Stato P sia sull'utile della partnership attribuito alla base fissa in Stati terzi convenzionati. Cfr. Derouin P., France branch report, par. 8.4.12.

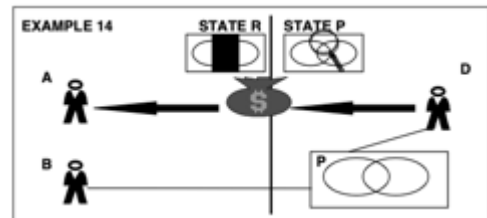
<sup>1379</sup> Come si è visto in precedenza, la deduzione spetta a ciascun socio individualmente secondo le regole ordinarie della deducibilità degli interessi passivi, al di fuori della quota di utili imputati. Con esclusione dei finanziamenti necessaria all'acquisto della quota.

<sup>1380</sup> In tale circostanza si renderebbe applicabile la regola anti-ibridi che prevede la negazione della deduzione degli interessi passivi potrebbe in base all'art. 212 I (b) CGI e le relative istruzioni BOI-IS-BASE-35-50 del 15 Apr. 2014, di recente sostituite dalle indicazioni contenute in BOI-IS-BASE-35-30-20190904 consultabili presso il sito: <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/11925-PGP.html?identifiant=BOI-IS-BASE-35-30-20190904> (ultimo accesso 27/6/2020).

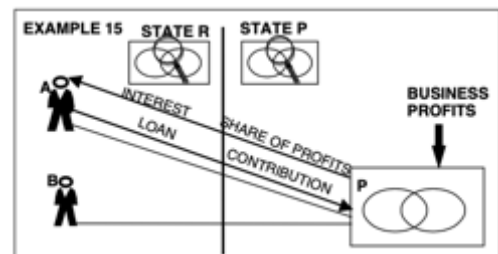
- come Stato di residenza dei soci, tassa separatamente interessi e profitti in entrata e concede il relativo rimedio contro le doppie imposizioni previsto dal Trattato<sup>1381</sup>. Se lo Stato P applica ritenute su interessi in uscita, la Francia concede il relativo credito d'imposta. Se lo Stato P riqualifica l'interesse in uscita come dividendi disconoscendone la deducibilità si potrebbe generare doppia tassazione<sup>1382</sup>.

Nell'esempio n.14 PR99, la Francia:

- come Stato P della partnership e di residenza dell'acquirente, qualifica l'operazione come un acquisto di quote di una società domestica da parte di un proprio residente il cui capital gain in base al Trattato è tassabile nello Stato R;
- come Stato R di residenza del cedente, qualifica l'operazione come una cessione di quote di una società estera da parte di un proprio residente il cui capital gain in base al Trattato è tassabile in Francia<sup>1383</sup>. Nel caso in cui lo Stato P qualificasse l'operazione come cessione dell'underlying asset di una stabile organizzazione, la Francia concederebbe il rimedio del Trattato<sup>1384</sup>.



Nell'esempio n.15 PR99, la Francia, sia come Stato della partnership P che come Stato R di residenza dei soci, applica la stessa soluzione dell'esempio n.13.



<sup>1381</sup> Come si è visto, in genere la Francia concede un credito d'imposta corrispondente all'imposta francese e non all'imposta estera, assimilando detto rimedio ad una sostanziale esenzione che salvaguarda la progressività dell'imposizione. Il network convenzionale francese conta pochissimi Trattati in cui il credito d'imposta francese è fissato al valore minore fra l'imposta francese e quella prelevata alla fonte. Cfr. Derouin P., France branch report, par. 8.4.13..

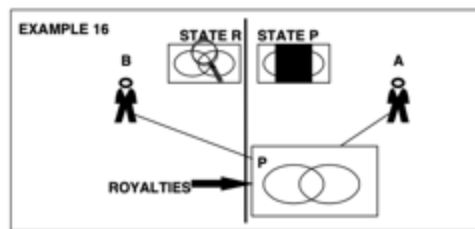
<sup>1382</sup> Il tema è attualmente all'attenzione delle policy sugli hybrid mismatch.

<sup>1383</sup> Cfr. Derouin P., France branch report, par. 8.4.14, il quale segnala che, anche in assenza di copertura normativa, il capital gain dovrebbe essere determinato tenendo conto dell'aggiustamento del valore di cessione a quello fiscalmente riallineato (inclusendo cioè perdite non dedotte e utili non distribuiti) e che l'eventuale doppia tassazione dovrebbe essere regolata dal Trattato.

<sup>1384</sup> In assenza di precedenti, Derouin P., France branch report, par. 8.4.13 suggerisce il credito d'imposta francese potrebbe essere limitato sia dalla disciplina dei capital gain a lungo termine tassati ad aliquota ridotta (casistica oramai rara per le plusvalenze su partecipazioni significative perché coperte dalla PEX francese) sia dai metodo potenzialmente differenti del riallineamento del valore fiscale della partecipazione.

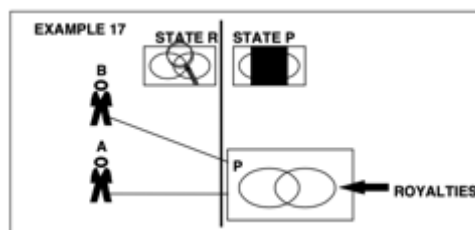
Nell'esempio n.16 PR99, la Francia:

- come Stato R della fonte, in base alla giurisprudenza rilevante<sup>1385</sup>, qualifica l'operazione come puramente domestica e applicherà il Trattato solo alla porzione di royalty attribuita al socio estero<sup>1386</sup>. Va inoltre segnalato che tale posizione lascia aperto il problema della eventuale doppia imposizione economica dei dividendi distribuiti al socio francese;
- come Stato della partnership, tasserà la partnership come società (si attende che lo Stato R applichi le ritenute conformemente al Trattato) e riconosce il credito d'imposta convenzionale per tutte le imposte pagate nello Stato R fino a concorrenza dell'imposta francese<sup>1387</sup>. La circostanza non si verifica tuttavia in Italia.



Nell'esempio n.17 PR99, la Francia:

- come Stato P della partnership e fonte del reddito, considera la situazione come meramente interna<sup>1388</sup> e la società può optare per l'applicazione dell'imposta sul reddito in regime di trasparenza o per l'imposta sulla società;
- come Stato di residenza dei soci, se classifica la società estera come opaca nello Stato P (simmetricamente alla classificazione dello Stato P) gli eventuali utili distribuiti ai soci francesi saranno qualificati come dividendi ai fini del Trattato<sup>1389</sup>; se invece classifica la società come trasparente include le royalties negli utili imputati ai soci concedendo il relativo rimedio contro la doppia imposizione, (indipendentemente dalla classificazione operata dallo Stato P)<sup>1390</sup>. La circostanza non si verifica tuttavia in Italia.



<sup>1385</sup> Nella decisione della Corte di Appello di Nantes n.09-653 del 28/6/2010 i redditi di impresa prodotti in Francia da una società a responsabilità limitata spagnola a socio unico francese sono stati imputati al socio francese, nonostante la società fosse soggetto passivo d'imposta in Spagna e in assenza di specifiche disposizioni convenzionali.

<sup>1386</sup> Contra, v. Cfr. Coustel A.S., *France national report*, cit., p.351, il quale sostiene che la Francia classifica la partnership estera come opaca e tratterà di conseguenza i dividendi eventualmente distribuiti ai soci francesi.

<sup>1387</sup> Derouin P., *France branch report*, par. 8.4.16 la doppia imposizione dovrebbe essere eliminata in Francia sia per l'imposta applicata nello Stato R al socio B sia per la ritenuta applicata nello Stato R al reddito in uscita verso la società francese. L'inclusione delle imposte pagate all'estero dal socio B dipende dalla tassazione in Francia del medesimo reddito.

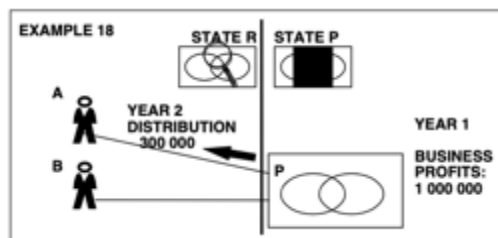
<sup>1388</sup> Cfr. Coustel A.S., *France national report*, cit., p.351 e Derouin P., *France branch report*, par. 8.4.17, i quali rinviano all'esempio n.6.

<sup>1389</sup> Cfr. Coustel A.S., *France national report*, cit., p.351.

<sup>1390</sup> Cfr. Derouin P., *France branch report*, par. 8.4.17 che segnala il precedente giurisprudenziale CE Ass., 28 June 2002, no. 232 276, *Schneider Electric*.

Nell'esempio n.18 PR99, la Francia:

- come Stato della fonte
- come Stato P della partnership, considera la situazione come meramente interna, gli utili sono imputati ai soci nell'anno 1 e saranno tassati in Francia conformemente al regime fiscale francese delle persone o delle società e in base al principio della territorialità; eventuali distribuzioni successive sono irrilevanti;
- come Stato R di residenza dei soci, se classifica la partnership estera come opaca concede il credito convenzionale solo in relazione agli utili effettivamente distribuiti nell'anno 2, se invece la classifica come trasparente tassa i soci e riconosce il relativo credito d'imposta nell'anno 1 in cui gli utili si considerano realizzati (indipendentemente dalla classificazione operata dallo Stato P)<sup>1391</sup>.



### 3.6.3 Valutazioni

Entrambe qualificano gli utili imputati dalle partnership nazionali ai soci residenti e non residenti come redditi di impresa.

Mentre nella trasparenza italiana l'imputazione è automatica e presuntiva e la determinazione del reddito ha solo funzione ricognitiva e qualificatoria,

Sebbene nella sostanza la trasparenza fiscale delle società personali italiane presenti profili per molti aspetti simili a quelli della translucenza francese

Nell'applicare i Trattati alle partnership nazionali dei due Stati occorre tenere in conto il DPA dei due Stati: entrambe le legislazioni fiscali prevedono due diverse tipologie di "trasparenza" quella delle società non commerciali (trasparenza piena) e quella delle società commerciali (quasi-trasparenza o translucenza).

---

<sup>1391</sup> V. nota prec., Derouin P., France branch report, par. 8.4.18 non rileva precedenti sulla concessione di crediti d'imposta per le distribuzioni nell'anno 2, ma suggerisce un approccio analogico con la *cfc rule* francese (art. 209 B CGdI) e la disciplina degli investimenti privati all'estero (art. 123 bis CgdI) che ammettono la creditabilità delle ritenute estere sui dividendi pagati a soci francesi anche se i relativi redditi non sono tassabili in Francia. Secondo l'A. medesima soluzione andrebbe applicata agli ibridi esteri, opachi all'estero e trasparenti in Francia.

La complicazione deriva dal fatto che mentre le partnership italiane sono persone prive del requisito di residenza convenzionale<sup>1392</sup>, le società traslucide francesi sono persone che integrano in pieno il requisito di residenza convenzionale<sup>1393</sup>.

Nell'applicazione dei Trattati alla partnership nazionali dei due Stati, la trasparenza italiana e la traslucenza francese conseguono quindi effetti asimmetrici sul piano dell'imputazione ma non della qualificazione oggettiva del reddito.

Il tratto marcatamente divergente dei due approcci risiede nel fatto che il reddito prodotto mediante la partnership nella legislazione italiana è imputato al socio mentre nella legislazione francese è imputato alla partnership, sebbene nei due diversi approcci domestici il reddito prodotto mediante la partnership sia ugualmente qualificato reddito di impresa.

Si tratta pertanto di un conflitto di imputazione che non dà luogo ad un conflitto di qualificazione oggettiva del reddito.

Ne consegue che per effetto della traslucenza, il Trattato è applicabile direttamente alle partnerships francesi e non ai loro soci. L'approccio francese identifica pertanto nella partnership nazionale una intercapedine giuridica in grado di modificare non solo la qualificazione ma anche l'allocatione dei redditi rispetto alle regole convenzionali. Siffatto approccio pertanto non richiede di esaminare come il Trattato è applicato ai soci giacché, essendo questo applicato unicamente al livello della partnership, il regime fiscale dei soci e l'utile ad essi imputato per trasparenza è definito dalla norma interna come fattispecie esclusivamente domestica da coordinare con le specifiche regole della territorialità francese<sup>1394</sup>.

---

<sup>1392</sup> Pur essendo potenzialmente residenti ai fini del Trattato non sono infatti soggetti passivi d'imposta ai fini della legislazione interna.

<sup>1393</sup> In base alla legislazione francese queste sono infatti soggetti passivi d'imposta ai fini della legislazione interna e quindi liable to tax ai fini convenzionali.

<sup>1394</sup> Derouin P., France branch report, cit., p. 226; Coustel A.S., *France national report*, cit., p.346. Questa posizione è stata definita e confermata dalla giurisprudenza amministrativa: in più occasioni il *Conseil d'Etat* ha sostenuto che il reddito dell'attività d'impresa svolta mediante una partnership domestica è a questa imputato anche se non svolge effettivamente alcuna attività economica o commerciale. V. *Conseil d'Etat*, sent. n. 144211/1997 *Société Kingroup* e sent. n. 317024/2011 *Sté Quality Invest*.

Il tema pertanto si ricuce con quanto già esaminato nel § 2. riguardo la fiscalità dei soci delle partnership francesi, per i quali diventano dirimenti le regole della territorialità stabilite dall'art. 164 CGdI e applicate all'attività della partnership stessa: i soci persone fisiche residenti in Francia sono infatti tassati sul reddito mondiale della partnership francese, mentre i soci-società di capitali e i soci esteri sono tassati sui redditi della partnership di sola fonte francese.

Come Stato della fonte (ma non Stato di residenza dei soci), sulla base del caso Diebold<sup>1395</sup>, la Francia applicherà il Trattato ai soci di una partnership estera solo se i soci sono residenti in Stati che assicurano uno scambio pieno delle informazioni e se lo Stato di residenza dei soci e lo stato di stabilimento della partnership qualificano la partnership italiana come trasparente.

Come Stato della fonte e partnership in un terzo Stato, i soci residenti sono tassati sul reddito mondiale e godono del beneficio convenzionale sul reddito di fonte estera mentre i soci non residenti saranno tassati solo sui redditi di fonte francese prodotti mediante la partnership estera<sup>1396</sup>. I redditi prodotti in un terzo Stato saranno tassati solo in relazione al reddito mondiale del socio residente in Francia che include l'utile della partnership estera. In tal caso il credito convenzionale potrà includere sia l'imposizione estera subita nello Stato della fonte sia l'imposizione estera subita nello Stato di stabilimento della partnership, fino a concorrenza del credito massimo riconoscibile in base alla legislazione francese<sup>1397</sup>.

Dal momento che l'Italia classifica le partnership nazionali come trasparenti, la Francia applicherà il Trattato ai soci italiani per i soli redditi di fonte francese<sup>1398</sup>.

Come Stato di stabilimento della partnership la Francia assume una posizione oscillante: se i *passive income* derivano da un terzo Stato, la giurisprudenza francese

---

<sup>1395</sup> Sulla base della giurisprudenza consolidata intorno alla sent. Conseil d'Etat, n. 191191/1999 *SA Diebold Courtage*, la prassi amministrativa francese elaborò delle linee guida per l'applicazione del *pass-through approach* alle sole partnership estere che percepiscono *passive income* di fonte francese. Secondo tali linee guida la Francia applica il *pass-through approach* e quindi il Trattato fiscale con lo Stato di residenza del socio in base a tre condizioni che devono ricorrere congiuntamente: esiste un Trattato fra la Francia e lo Stato estero di residenza del socio e fra la Francia e lo Stato estero della partnership, ciascuno dei due Trattati prevede una clausola di cooperazione amministrativa per contrastare l'evasione e la frode fiscale, la società estera deve essere considerata fiscalmente trasparente sia nello Stato estero di residenza del socio che nello Stato estero di organizzazione della partnership.

Le linee guida amministrative del 2007 (BOI 4 H-5-07, del 23/3/2007) contenevano in realtà un'altra condizione, poi espunta nella nuova versione del 2012 (BOI-INT-DG-20-20-20-10 n.80 e BOI-INT-DG-20-20-30 n.120): il socio non è una società trasparente, a meno che l'amministrazione fiscale francese non fosse nella condizione di identificare precisamente il *beneficial owner* di dividendi, interessi e royalties.

In caso tutte le tre condizioni ricorrano congiuntamente: il socio residente in uno Stato estero diverso da quello di organizzazione della partnership può beneficiare del Trattato fra la Francia e tale Paese; il socio francese di una partnership estera con *passive income* di fonte francese non subisce alcuna ritenuta sulla quota di *passive income* ricevuti per trasparenza attraverso la partnership.

Nel caso invece in cui almeno una delle tre condizioni non ricorra, la società estera sarà considerata residente nello Stato della sua organizzazione e sarà considerata beneficiaria dei Trattati solo se assoggettata effettivamente all'imposta nazionale senza esserne esente. Qualora la società estera fosse esente da imposizione nel proprio Stato, né la società né i suoi soci potranno essere considerati beneficiari del Trattato.

Cfr. Kouraleva-cazals P., *France branch report*, cit., p. 276-277; Derouin P., *France branch report*, cit., p. 227; Coustel A.S., *France national report*, cit., p. 335, 343, 347.

<sup>1396</sup> Derouin P., *France branch report*, cit., p. 228.

<sup>1397</sup> *Ibidem*.

<sup>1398</sup> In caso di soci residenti altrove la Francia dovrà valutare la classificazione della partnership italiana da parte dei rispettivi Stati di residenza.

ha negato l'applicazione della trasparenza ai soci esteri<sup>1399</sup>, per i redditi di fonte francese invece la Francia considera la fattispecie come puramente domestica, i redditi di fonte estera della partnership confluiscono nel reddito mondiale dei residenti ma sono esclusi dagli utili imputati per trasparenza ai soci esteri<sup>1400</sup>.

Dato l'approccio italiano alle partnership estere, rispetto a tale circostanza si pone il consueto problema della qualificazione in Italia dell'utile societario in capo al socio<sup>1401</sup>.

---

<sup>1399</sup> Nel caso deciso dalla Corte amministrativa d'appello di Parigi n.89-2733 del 19/11/1993, ad una società di capitali svizzera, socia di una partnership francese è stato negato il credito d'imposta sulla ritenuta in uscita applicata ai dividendi distribuiti da una società dalla Costa d'Avorio. Tale orientamento suscitò diverse critiche in primo luogo perché incoerente con la trasparenza francese (la partnership è soggetto passivo in Francia e i soci dovrebbero beneficiare del credito d'imposta per conto di questa) e lesiva del principio di non-discriminazione delle società svizzere (una società francese, a parità di condizioni avrebbe beneficiato del credito). Cfr. Coustel A.S., *France national report*, cit., p. 348.

<sup>1400</sup> Derouin P., *France branch report*, cit., p. 227.

<sup>1401</sup> Questo comporta una differente qualificazione reddituale e un differente momento impositivo: la natura di reddito di capitale ne rende impossibile l'inclusione nel reddito mondiale del socio fino all'atto del rimpatrio. Resta inoltre inammissibile l'imputazione del credito d'imposta convenzionale per carenza di identità fra il reddito (della società) tassato in Francia e il reddito di capitale incassato dal socio. cfr. Lanteri N., *La convenzione fra l'Italia e la Francia ...*, cit., p.189.



### 3.7 LE PARTNERSHIPS NEL TRATTATO CON LA GERMANIA

L'attuale Treaty network tedesco è composto da circa 90 Trattati.

I trattati negoziati dalla Germania seguono di regola il modello OCSE.

Generalmente i Trattati in cui è parte la Germania non contengono regole specifiche per le partnership o per la soluzione dei conflitti di qualificazione. Come eccezione alla regola generale in alcuni Trattati è previsto che le partnership dei due Stati siano legittimate a chiedere i benefici convenzionali ancorché non residenti<sup>1402</sup>.

Il Governo tedesco non ha avanzato riserve al PR99. Il Ministero delle finanze tedesco ha inoltre adottato una specifica circolare contenente linee guida sull'applicazione dei trattati alle partnership il 16 aprile 2010 che generalmente segue le raccomandazioni del PR99 dell'OCSE<sup>1403</sup>.

Nel 2013, il Ministero delle finanze tedesco adottò uno specifico modello di convenzione che includeva le clausole di regola proposte dalla Germania in fase di negoziazione<sup>1404</sup>. Contrariamente a un gran numero di Trattati firmati dalla Germania e alla riserva della Germania nel commentario all'art. 4 del mod. OCSE 2014<sup>1405</sup>, il modello tedesco non includeva disposizioni mirate a risolvere i conflitti di classificazione delle entità. La tax Treaty policy tedesca adottava due modi per risolvere il conflitto: una presunta residenza della partnership (Trattati con Albania, Algeria, Syria, Cina e Uruguay) o una presunta ripartizione del reddito a una persona residente, nella misura in cui almeno uno Stato classifica la partnership da, o attraverso la quale, il reddito è derivato come fiscalmente trasparente (Trattato con USA)<sup>1406</sup>.

Le innovazioni introdotte dal mod. OCSE 2017 hanno reso l'approccio tedesco non più attuale. Nell'applicazione dei Trattati alle partnership il Governo tedesco ha tuttavia avanzato le seguenti riserve e osservazioni:

---

<sup>1402</sup> È il caso di Trattati antichi come quelli con il Belgio del 1967, con il Giappone del 1967 e con la Spagna del 1966.

<sup>1403</sup> Bundesministerium der Finanzen, Anwendung der Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) auf Personengesellschaften 26. September 2014 sostitutiva della circolare BMF del 16 aprile 2010, BStBl I p. 354.

<sup>1404</sup> "Basis for negotiation for agreements for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and on capital" (German model treaty) del 17 Aprile 2013.

<sup>1405</sup> Mod. OCSE 2010, Comm. art. 4: «32. Germany reserves the right to include a provision under which a partnership that is not a resident of a Contracting State according to the provisions of paragraph 1 is deemed to be a resident of the Contracting State where the place of its effective management is situated, but only to the extent that the income derived from the other Contracting State or the capital situated in that other State is liable to tax in the first- mentioned State».

<sup>1406</sup> Dorfmueller P., Germany branch report, cit, p.360.

- il diritto di non includere la *partnership clause* nei suoi Trattati<sup>1407</sup>;
- diritto di escludere le società di persone dal campo di applicazione dell'art.10(2) lett. a), come previsto ante 2017<sup>1408</sup>;
- una partnership dovrebbe essere considerata come datore di lavoro (come previsto dalla legislazione nazionale della maggior parte degli Stati OCSE, anche se questi non la tassano in quanto tale);
- la residenza della partnership dovrebbe essere determinata ipoteticamente come se fosse soggetta a imposta in base a uno dei criteri dell'art.4(1) mod. OCSE<sup>1409</sup>.

Quanto ai metodi di eliminazione della doppia imposizione, generalmente i trattati tedeschi sono caratterizzati dall'impiego combinato dei credit method e dell'exemption method<sup>1410</sup>. Di regola la Germania esenta i redditi prodotti dai propri residenti mediante stabili organizzazioni all'estero sebbene diversi Trattati prevedano una clausola di operatività.

La letteratura segnala un'elevata probabilità che l'approccio classificatorio tedesco sia all'origine di diversi conflitti di classificazione che lasciano ampio margine per situazione di doppia imposizione e doppia non imposizione<sup>1411</sup>.

### 3.7.1 Le partnership nel Trattato Italia-Germania del 1989

La convenzione Italia-Germania del 1989 sostituisce il Trattato risalente al 1925<sup>1412</sup>.

---

<sup>1407</sup> Comm. Mod. OCSE 2017, Art. 1, par. 114.

<sup>1408</sup> Comm. Mod. OCSE 2017, Art. 10, par. 73.

<sup>1409</sup> Comm. Mod. OCSE 2017, Art. 15, par. 13.1.

<sup>1410</sup> L'esenzione in genere è prevista per i redditi delle stabili organizzazioni estere, i redditi di lavoro dipendente all'estero, i servizi professionali e i redditi degli immobili localizzati all'estero. Il metodo del credito d'imposta è generalmente adottato per dividendi, interessi, royalties, capital gain, compensi amministrativi, redditi degli artisti e degli sportivi. V. Cfr. Fox T., Italy Germany tax Treaty: the German perspective, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, Milano, 2002, p. 275-276.

<sup>1411</sup> Seevers M.H., Taxation of partnerships and partners, cit., p.213-230; Daniels T.H.M., Issues in international partnership taxation: cit., p.103-105.

<sup>1412</sup> Sulle vicende che hanno condotto a negoziare una nuova Convenzione sostitutiva del Trattato del 1925, peraltro divenuta molto vantaggioso per l'Italia, cfr. Corasaniti G., La Convenzione fra l'Italia e la Germania contro le doppie imposizioni, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, EGEA, in particolare p.219-226; v. anche la ricostruzione che ne fa Roccatagliata F., Direttiva madre-figlia: vantaggi fiscali cumulabili con il metodo dell'esenzione della convenzione italo-tedesca - il commento, in CT, n.3/2020, p. 222 e in particolare nota 5.

Il nuovo Trattato “*per prevenire le doppie imposizioni sul reddito e patrimonio e prevenire le evasioni fiscali*” e il relativo Protocollo<sup>1413</sup>, entrati in vigore nel 1992 e divenuti operativi nel 1993<sup>1414</sup>, si ispirano allo standard OCSE del 1977.

L’art. 2 del Trattato include per parte italiana l’IRPEF, l’IRES e l’IRAP<sup>1415</sup>, mentre per parte tedesca include l'imposta federale sul reddito (*Einkommensteuer*, EStG), l'imposta federale sulle società (*Körperschaftsteuer*, KStG), l'imposta sul patrimonio (*Vermogensteuer*), l'imposta locale sulle attività commerciali, industriali e artigianali (*Gewerbesteuer*, GewStG) e l'imposta fondiaria (*Grundsteuer*)<sup>1416</sup>.

Sia ai fini IRAP che ai fini GewStG, le partnership dei due Stati si configurano come soggetti passivi d’imposta.

Il Trattato include le società di persone nella nozione di «*person*» e nella nozione di «*nazionale*»<sup>1417</sup>.

L’art. 2 del Protocollo<sup>1418</sup> contiene due rilevanti puntualizzazioni che stabiliscono quando una partnership italiana o tedesca possa essere considerata residente ai fini del Trattato (*partnership residence clause*) e quando ad una partnership residente sia applicabile il Trattato (*partnership Treaty benefit clause*). In particolare, una società di persone è considerata residente se costituita in conformità della legislazione di detto Stato o abbia in tale Stato l’oggetto principale della propria attività. Le *sourcing rules* del Trattato sono applicabili alle società di persone residenti

---

<sup>1413</sup> In fase di trattativa, l’inserimento della “prevenzione delle evasioni fiscali” è una delle clausole che rientra generalmente fra i *desiderata* della delegazione italiana. Cfr. Bianchi S., La convenzione tra Svizzera e Italia intesa ad evitare la doppia imposizione ed a regolare alcune altre questioni d’imposte sul reddito e sul patrimonio, in BTI, n.20/1976, p. 1476.

<sup>1414</sup> Nonostante la differente formulazione, tale clausola sembra replicare gli effetti di quella contenuta nel Trattato USA-Italia del 1999.

<sup>1415</sup> La Germania rientra fra gli Stati che hanno riconosciuto la sostituzione dell’ILOR con l’IRAP ai sensi dell’art. 2(4) del Trattato (v. Circ. n.33/2002, p.9) anche se, essendo un *exemption State*, tale sostituzione non ha comportato particolari difficoltà per gli investitori tedeschi in Italia; cfr. Corasaniti G., La Convenzione fra l’Italia e la Germania ...cit. p.236. Va tuttavia notato che, proprio per questo la Germania accorda l’esonero dell’intera IRAP prelevata in Italia, inclusa la quota di imposta applicata alle componenti “non reddituali” della sua base imponibile.

<sup>1416</sup> Mentre EStG e KStG sono imposte federali, le altre e in particolar modo l’imposta sui redditi di impresa GewStG sono prelevate a livello locale.

<sup>1417</sup> Conv. Italia-Germania, Art. 3(1): «*Ai fini della presente Convenzione, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione: (...)*

*d) il termine "persona" comprende le persone fisiche, le società ed ogni altra associazione di persone; (...)*

*h) il termine "nazionali" designa: (...) iii) le persone giuridiche, le società di persone e le altre associazioni di persone costituite in conformità della legislazione in vigore in uno Stato contraente»*

<sup>1418</sup> Conv. Italia-Germania, Protocollo Art. 2: *Ad articoli da 4 a 23 «Una società di persone è considerata residente dello Stato contraente in base all’articolo 4, paragrafo 1, qualora sia stata costituita in conformità della legislazione di detto Stato od abbia in tale Stato l’oggetto principale della propria attività. Tuttavia, le limitazioni al diritto di imposizione dell’altro Stato contraente contenute negli articoli da 6 a 23 sono applicabili soltanto nella misura in cui i redditi provenienti da questo Stato o il patrimonio vi situato sono assoggettati all’imposta del primo Stato».*

in base all'art. 4 del Trattato solo nella misura in cui i redditi provenienti da questo Stato o il patrimonio ivi situato siano assoggettati all'imposta nel primo Stato<sup>1419</sup>.

La formulazione pertanto non lascia dubbi rispetto all'inclusione delle società di persone italiane costituite in base alle disposizioni del codice civile che abbiano l'oggetto principale nel territorio dello Stato e tassate per trasparenza in base all'art. 5 TUIR<sup>1420</sup>. Per la Germania sono invece incluse le società trasparenti previste dal codice commerciale e tassate per trasparenza in base all'art. 15(1) n.2 ETsG<sup>1421</sup>.

L'art. 3(2) del Trattato include la tradizionale formulazione dell'*interpretation rule* indispensabile a dare contenuto ai termini impiegati all'interno della Convenzione e in questa non definiti<sup>1422</sup>.

L'art. 4(3) del Trattato inoltre prevede il criterio della direzione effettiva come soluzione ad un eventuale conflitto per determinare lo Stato di residenza di una partnership<sup>1423</sup>.

L'art. 5 del Trattato, nel definire la nozione di stabile organizzazione, include la nozione di stabile organizzazione personale dell'impresa<sup>1424</sup>.

Tale ipotesi si affianca a quella ulteriore – non codificata nei Trattati ma ricostruibile in via interpretativa attraverso il PR99 – secondo cui, se si aderisce alla *aggregate theory*, la partnership si possa configurare come stabile organizzazione di ciascuno dei soci co-imprenditori non residenti<sup>1425</sup>. Tale approccio ricalca in pieno la prassi tedesca.

---

<sup>1419</sup> Sulla clausola dell'assoggettamento ad imposta v. Giacometti P., Setti della Volta C., Dalla Cassazione una decisione di "sistema" su assoggettamento ad imposta e benefici convenzionali - il commento, in CT, n.11/2019, p.954 ss., Arginelli P., Cuzzolaro G., Sull'applicabilità delle Convenzioni contro le doppie imposizioni in assenza di un'effettiva duplicazione d'imposta, in RDT, 6 dic. 2018, in particolare par. 4 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>1420</sup> Corasaniti G., La Convenzione fra l'Italia e la Germania contro le doppie imposizioni, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, EGEA, p.231.

<sup>1421</sup> Cfr. Fox T., Italy Germany tax Treaty: the German perspective, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, EGEA, p. 280.

<sup>1422</sup> Conv. Italia-Germania, Art. 3(2): «2. Per l'applicazione della Convenzione da parte di uno Stato contraente, ogni espressione ivi non definita ha il significato che ad essa è attribuito dal diritto di tale Stato relativo alle imposte cui si applica la Convenzione, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione».

<sup>1423</sup> Conv. Italia-Germania, Art. 4(3): «Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è residente di entrambi gli Stati contraenti, si ritiene che essa è residente dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva».

<sup>1424</sup> Per i requisiti dell'agente dipendente come stabile organizzazione dell'impresa nel Trattato Italia Germania, Cfr. Corasaniti G., La Convenzione fra l'Italia e la Germania ...cit., p.240. L'A. richiamando Lovisolo A., Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione, in DPT, n.1/1983, p.1136 ss., sostiene che nell'ambito del Trattato Italia Germania una persona può configurarsi stabile organizzazione dell'impresa estera nell'ipotesi in cui operi per conto di un'impresa concludendo contratti in nome e per conto dell'impresa, disponga di uno stock di merci per dare regolare esecuzione a ordini di vendita oppure rappresenti una sola impresa.

<sup>1425</sup> Per questa ricostruzione v. Pleijsier A., The Agency Permanent Establishment, Maastricht, 2000, p.224-225; Avery Jones J.F., Ward D.A., Agents as Permanent Establishments under the OECD Model Tax Convention, in ET, n.5/1993, p. 154 ss.

L'art. 9 del Protocollo chiarisce la nozione di beneficiario effettivo impiegato nell'ambito degli art. 10(2), 11(2) e 12(2) <sup>1426</sup>.

Per entrambe gli Stati, l'art. 24 del Trattato e talune disposizioni del Protocollo perseguono l'eliminazione della doppia imposizione giuridica ed economica mediante una diversa combinazione dei due metodi a seconda del tipo di reddito <sup>1427</sup>.

Con la sola eccezione dei dividendi da partecipazioni qualificate (25%), l'Italia ha scelto come rimedio generale il credito d'imposta <sup>1428</sup>: il credito tuttavia non è dovuto nel caso in cui il reddito sia assoggettato in Italia a ritenuta a titolo d'imposta o ad imposizione sostitutiva. Rispetto all'imposta tedesca sui redditi di impresa (GewStG) il Trattato prevede, peraltro in modo asimmetrico (cioè non vale per l'IRAP scontata in Italia dalle imprese tedesche), che l'Italia possa imputare al proprio residente un credito limitato alla sola quota di imposta prelevata in Germania sulle componenti reddituali, con esclusione cioè dell'imposta tedesca applicata alle componenti patrimoniali dell'impresa italiana <sup>1429</sup>.

---

<sup>1426</sup> Conv. Italia-Germania, Protocollo Art.9: Ad articoli 10, 11 e 12 «La persona che percepisce dividendi, interessi e canoni è considerata beneficiario effettivo ai sensi degli articoli 10, 11 e 12 se ad essa spetta il diritto al quale tali pagamenti si ricollegano e se i redditi che ne ritrae devono essere ad essa attribuiti in virtù della legislazione fiscale dei due Stati».

Si tratta dell'unica nozione di beneficiario effettivo definito in positivo nell'ambito del Treaty network italiano. Sul concetto di beneficiario effettivo nel sistema dell'OCSE e nell'ordinamento italiano, si rinvia a Della Valle E., "Conduit companies" e beneficiario effettivo dei dividendi in uscita, in GT, n.1/2013, p.51 ss. Avella F., Il beneficiario effettivo nelle convenzioni contro le doppie imposizioni: prime pronunce nella giurisprudenza di merito e nuovi spunti di discussione, in RDT n.4/2011, p. 14 ss. e in particolare par. 4.

<sup>1427</sup> Cfr. Miraulo A., I metodi per evitare la doppia imposizione nella Convenzione italo-tedesca del 18 ottobre 1989 in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio, in RT n. 6/1990, p.457; Corasaniti G., L'eliminazione della doppia imposizione nell'ordinamento italiano e nell'ordinamento federale tedesco, in DPT n.5/1997, p.433 ss.; Corasaniti G., La Convenzione fra l'Italia e la Germania ...cit., p.263; Fox T., Italy Germany tax Treaty...cit., p. 284.

<sup>1428</sup> Conv. Italia-Germania, Art. 24(2): «a) Fatto salvo il capoverso b), se un residente della Repubblica italiana riceve elementi di reddito imponibili nella Repubblica federale di Germania, la Repubblica italiana, nel calcolare le proprie imposte sul reddito specificate nell'articolo 2 della presente Convenzione, può includere nella base imponibile di tali imposte detti elementi di reddito, a meno che espresse disposizioni della presente Convenzione non stabiliscano diversamente. In tal caso, la Repubblica italiana deve dedurre dalle imposte così calcolate l'imposta sui redditi pagata nella Repubblica federale di Germania, (ivi compresa, se del caso, l'imposta sulle attività commerciali, industriali ed artigianali nei limiti in cui essa sia prelevata sugli utili), ma l'ammontare della deduzione non può eccedere la quota di imposta italiana attribuibile ai predetti elementi di reddito nella proporzione in cui gli stessi concorrono alla formazione del reddito complessivo. Tuttavia, nessuna deduzione sarà accordata ove l'elemento di reddito venga assoggettato nella Repubblica italiana ad imposizione mediante ritenuta a titolo di imposta su richiesta del beneficiario di detto reddito in base alla legislazione italiana.

b) Sono esclusi dalla base imponibile delle imposte italiane i redditi derivanti dai dividendi di cui all'articolo 10, paragrafo 6, capoverso a), pagati ad una società (diversa da una società di persone) residente della Repubblica italiana da parte di una società residente della Repubblica federale di Germania il cui capitale sociale è direttamente detenuto per almeno il 25 per cento dalla società italiana».

<sup>1429</sup> Cfr. Corasaniti G., La Convenzione fra l'Italia e la Germania ...cit., p.264. Si tratta di un ricalcolo simile (ma testualmente meno accurato) a quello previsto negli art. 2 e 23 del Trattato Italia-USA del 1999, per l'IRAP dovuta dalle imprese americane in Italia.

In base all'art. 24 (3) del Trattato, la Germania ha invece scelto come metodo generale l'esenzione progressiva<sup>1430</sup>. L'esenzione è tuttavia accordata dalla Germania ai residenti tedeschi in tutti i casi (non espressamente esclusi) in cui la potestà impositiva concorrente sia stata effettivamente esercitata dall'Italia sui redditi di fonte italiana in base all'art. 16 lett.d) del Protocollo<sup>1431</sup>. In particolare, l'esenzione include i redditi immobiliari dell'art. 6 e 13(1) del Trattato<sup>1432</sup>, tutti i redditi delle stabili organizzazioni dei residenti tedeschi in Italia, i redditi professionali imputati a basi fisse italiane, i capital gain derivanti dalla alienazione delle stabili organizzazioni (e dei relativi beni mobili) dei residenti tedeschi in Italia dell'art. 13(2) del Trattato e i dividendi che si qualificano per l'esenzione<sup>1433</sup>.

Come eccezione alla regola generale dell'esenzione invece, la Germania adotta il metodo del credito d'imposta per i *passive income* (dividendi che non si qualificano per l'esenzione, interessi e royalties) e, in base alla clausola *switch over* dell'art.16 del Protocollo, per tutti i redditi che seppur ammessi all'esenzione non hanno scontato effettivamente imposta in Italia.

Una particolare nota merita la nozione di dividendi ammessi all'esenzione, i cui requisiti per l'Italia e la Germania sono differenti.

---

<sup>1430</sup> Conv. Italia-Germania, Art. 24(3): «Per quanto concerne i residenti della Repubblica federale di Germania l'imposta sarà determinata nel modo seguente:

a) fatte salve le disposizioni del capoverso b), sono esclusi dalla base imponibile dell'imposta tedesca i redditi provenienti dalla Repubblica italiana e gli elementi del patrimonio situati nella Repubblica italiana che sono imponibili nella Repubblica italiana in base alla presente Convenzione. Tuttavia, la Repubblica federale di Germania conserva il diritto di tener conto, nella determinazione dell'aliquota dell'imposta, dei redditi e degli elementi del patrimonio così esclusi. Per quanto concerne i redditi derivanti dai dividendi di cui all'articolo 10, paragrafo 6, capoverso a), le disposizioni che precedono sono applicabili soltanto se i dividendi sono pagati ad una società (diversa da una società di persone) residente della Repubblica federale di Germania da parte di una società residente della Repubblica italiana il cui capitale è direttamente detenuto per almeno il 10 per cento dalla società tedesca. Ai fini dell'imposizione del patrimonio sono parimenti escluse dalla base imponibile dell'imposta tedesca le partecipazioni i cui dividendi, in caso di distribuzione, sarebbero esclusi dalla base imponibile dell'imposta ai sensi della frase precedente.

b) l'imposta italiana prelevata in conformità alla legislazione della Repubblica italiana ed alla presente Convenzione sui seguenti redditi provenienti dalla Repubblica italiana, è detratta dall'imposta tedesca sul reddito o sulle società gravante su: i) i dividendi di cui all'articolo 10 che non sono menzionati al capoverso a); ii) gli interessi di cui all'articolo 11; iii) i canoni di cui all'articolo 12; iv) i redditi e le remunerazioni menzionate agli articoli 16 e 17. L'imposta italiana da detrarre in base a quanto precede non può tuttavia eccedere la quota dell'imposta tedesca calcolata prima della detrazione, corrispondente ai redditi imponibili nella Repubblica italiana».

<sup>1431</sup> Conv. Italia-Germania, Prot. Art. 16. Ad articolo 24 «d) Per l'applicazione del paragrafo 3, capoverso a), dell'articolo 24, i redditi di un residente di uno Stato contraente sono considerati provenienti dall'altro Stato contraente se essi hanno effettivamente scontato l'imposta prevista in questo altro Stato contraente conformemente alla presente Convenzione». Nonostante la formulazione apparentemente generica, il riferimento all'art. 24(3) lett. a) qualifica questa come una clausola asimmetrica applicabile solo dalla Germania ai propri residenti e alle stabili organizzazioni italiane con redditi di fonte estera.

<sup>1432</sup> La nozione di reddito immobiliare dell'art.6 del Trattato è inclusiva dei redditi derivanti da qualsiasi forma di impiego di beni immobili, anche se questi fanno parte del patrimonio di imprese o sono impiegati nell'ambito di un'attività professionale.

<sup>1433</sup> Fox T., Italy Germany tax Treaty...cit., p. 285.

In entrambe gli Stati l'esenzione è accordata sulla base di un comune requisito soggettivo che riguarda la società madre: questa non deve avere forma di società di persone. Il Trattato, in applicazione della specifica riserva posta dalla Germania all'interno del mod. OCSE 2017, esclude categoricamente il rimedio dell'esenzione se, nei due Stati, la società madre che percepisce i dividendi è una partnership nazionale. Tale requisito è previsto esclusivamente per i dividendi, non ricorrendo per nessun'altra categoria di reddito convenzionale del Trattato.

In entrambe gli Stati l'esenzione è accordata se la società madre (diversa da una partnership) supera una soglia di partecipazione nella società estera<sup>1434</sup>: tale soglia è del 25% per le società madri italiane<sup>1435</sup> e del 10% per le società madri tedesche.

In tutti i casi in cui non ricorrono i requisiti anzidetti, il dividendo rientra fra i redditi ammessi al beneficio del credito d'imposta e non più dell'esenzione.

Per le sole società madri tedesche (diverse dalle partnership e con partecipazioni almeno pari al 10% nella società italiana) l'esenzione sui dividendi è accordata se i dividendi sono stati effettivamente tassati in Italia. In assenza di tale requisito, l'art. 16 lett.d) del Protocollo prevede il cambio del metodo di eliminazione della doppia imposizione sul dividendo (*switch over*) che da esenzione passa a credito d'imposta.

Nel sistema delle disposizioni convenzionali, il Trattato non ripartisce in modo espresso il potere impositivo sugli utili delle partnership nazionali imputati per trasparenza ai soci dell'altro Stato.

---

<sup>1434</sup> Nell'ambito dell'art.24, l'esenzione dei dividendi di fonte nell'altro Stato è prevista sia per l'Italia che per la Germania anche se con diversa soglia di partecipazione: sono infatti esenti in Italia i dividendi distribuiti a madri italiane con una partecipazione almeno pari al 25%, mentre sono esenti in Germania i dividendi distribuiti a madri tedesche con una partecipazione almeno pari al 10%.

<sup>1435</sup> L'esenzione accordata dal Trattato alle società madri italiane sui dividendi distribuiti da società figlie tedesche controllate almeno al 25% è un tema ampiamente segnalato ed esaminato dalla letteratura. Cfr. Romita E., Sandoli M., I dividendi Germania-Italia: applicazione cumulativa del regime comunitario e di quello convenzionale, in DPTI, 2004, p.1042 ss.; Tripoli P.F., Brevi note sull'interrelazione tra l'articolo 24 della Convenzione Italia-Germania e la Direttiva Madre-Figlia, in DPTI, 2009, p.1476 ss.; Greco L., Dividendi da controllate tedesche e brasiliane: detassazione integrale?, in FCI n.4/2011, p. 9ss.; Piazza M., Guida...cit., p. 536.

Di recente l'argomento è ritornato agli onori della cronaca in conseguenza di alcune importanti vicende giurisprudenziali centrate sul cumulo dei benefici convenzionali (contro la doppia imposizione giuridica) con i benefici previsti dalla direttiva europea M/F (contro la doppia imposizione economica). Tale vicenda ha avuto epilogo nelle sentenze Cass. n. 29635/2019 e Cass. n.30140/2019 che ha ammesso la completa esenzione dei dividendi tedeschi percepiti dalla madre italiana. Cfr. Roccatagliata F., Direttiva madre-figlia: vantaggi fiscali cumulabili con il metodo dell'esenzione della convenzione italo-tedesca - il commento, in CT, n.3/2020, p. 222 e in particolare nota 5; Attardi C., Prevalenza del regime convenzionale di esclusione per i dividendi distribuiti dalla controllata tedesca – commento, in IF, 47-48 / 2019, p. 4580 ss. la decisione di tale caso ha condotto la Cassazione a svolgere delle valutazioni che interessano anche il rapporto fra ordinamento europeo e ordinamento convenzionale.

Sembra infatti da escludersi in via di principio la qualificazione degli utili imputati per trasparenza dalle partnership nazionali dei due Stati come dividendi in base all'art. 10 del Trattato<sup>1436</sup>.

La qualificazione dei redditi imputati per trasparenza ai soci italiani e tedeschi dalle società personali dell'altro Stato va dunque operata sulla base *l'interpretation rule* dell'art. 3(2) richiamando le regole domestiche dei due Stati<sup>1437</sup>.

Nel caso di una partnership nazionale italiana, l'utile da partecipazione imputato per trasparenza al socio tedesco è tassato in Italia in base all'art. 23 c.1 lett.g) TUIR.

Per effetto dell'*analogy approach* adottato dalla Germania, non vi è certezza di come la partnership italiana sia classificata ai fini del diritto fiscale tedesco.

Se la partnership italiana è classificata come trasparente ai fini del diritto fiscale tedesco, e se la partnership configura una stabile organizzazione del socio impegnata in un'attività d'impresa, l'utile imputato per trasparenza confluirà nel reddito mondiale del socio tedesco come reddito di impresa realizzato mediante stabile organizzazione all'estero in base all'art. 7 del Trattato<sup>1438</sup>. In Germania, la doppia imposizione è eliminata con il metodo convenzionale dell'esenzione progressiva prevista dall'art. 24(3) lett.a) del Trattato<sup>1439</sup>. Sebbene le perdite estere non siano deducibili, l'esenzione con progressione consente di computare tali perdite estere per abbattere la progressività dell'imposta sul reddito complessivo dei soci tedeschi persone fisiche. La qualificazione dei "pagamenti speciali" come reddito d'impresa di stabile organizzazione del socio è discutibile<sup>1440</sup>.

Se invece la partnership italiana è classificata come opaca ai fini del diritto fiscale tedesco, il socio è considerato un'azionista e ha generalmente diritto all'esenzione, o in mancanza di requisiti, alla creditabilità della ritenuta su un eventuale

---

<sup>1436</sup> Conv. Italia-Germania, Art. 10(6): «*Ai fini del presente articolo il termine "dividendi" designa: a) gli utili distribuiti su azioni, compresi i redditi derivanti da azioni, azioni o diritti di godimento, quote minerarie, quote di fondatore o altre quote di partecipazione agli utili (ivi compresi quelli derivanti da partecipazioni in società a responsabilità limitata) ad eccezione dei crediti, e b) gli altri redditi assoggettati al medesimo regime fiscale degli utili distribuiti su azioni secondo la legislazione dello Stato di cui la società distributrice è residente e, ai fini dell'imposizione nella Repubblica federale di Germania, i redditi che uno "stiller Gesellschafter" (accomandatario) ai sensi della legislazione fiscale tedesca ritrae dalla sua partecipazione in tale qualità in un'impresa commerciale, industriale o artigianale, nonché le distribuzioni relative a quote di un fondo d'investimento*».

<sup>1437</sup> I redditi imputati per trasparenza dalle società tedesche ai soci residenti e non residenti sono qualificati come redditi di impresa ai sensi dell'art. 15 EStG mentre quelli imputati per trasparenza dalle società italiane ai soci residenti e non residenti sono qualificati come redditi di partecipazione, ai sensi dell'art. 5 e 20-bis TUIR.

<sup>1438</sup> EStG art. 15(1)2.

<sup>1439</sup> Fox T., *Italy Germany tax Treaty*...cit., p. 280. Si ricorda inoltre che la Germania è, come la Svizzera, un exemption State che generalmente esenta i redditi delle stabili organizzazioni all'estero e i capital gain esteri dei propri residenti.

<sup>1440</sup> Daniels T.H.M., *Issues in international partnership taxation*: cit., p.59.



dividendo estero. Tale conflitto di classificazione tuttavia non legittima il socio al credito di imposta per le imposte dirette italiane pagate sull'utile per difetto del requisito di "identità soggettiva"<sup>1441</sup>.

Nel caso di una partnership nazionale tedesca, l'utile imputato per trasparenza al socio italiano è tassato in Germania come reddito di impresa del socio attribuito alla sua stabile organizzazione all'interno della partnership. Per effetto del principio di trasparenza applicato in Germania, infatti, la legge fiscale tedesca qualifica la partnership con attività d'impresa, partecipata da soci esteri, come stabile organizzazione dei soci esteri co-imprenditori: pertanto l'utile imputabile al socio italiano è tassato in Germania come reddito di una stabile organizzazione di una impresa estera<sup>1442</sup>. Per effetto dell'*all corporate approach* adottato dall'Italia invece, i medesimi utili sono qualificati come redditi di capitale<sup>1443</sup>, saranno attratti al reddito mondiale del socio e tassati in Italia solo all'atto della materiale percezione<sup>1444</sup>. Si pone pertanto il noto problema della creditabilità in Italia dell'imposta estera pagata dal socio sul reddito imputato per trasparenza dalla partnership estera<sup>1445</sup>.

L'art. 13 del Trattato disciplina la ripartizione del potere impositivo dei due Stati sui *capital gains* derivanti da cessione di determinati beni ed asset (beni immobili, stabili organizzazioni e relativi beni mobili, navi o aerei impiegati in traffico internazionale, tutti gli altri beni)<sup>1446</sup>. Il Trattato tuttavia non definisce né il concetto di «alienazione» né la nozione di «utili di capitale»: anche in questo caso dunque occorre guardare all'*interpretation rule* dell'art. 3(2) del Trattato.

---

<sup>1441</sup> Daniels T.H.M., Issues in international partnership taxation: cit., p.62.

<sup>1442</sup> In base all'art. 49(1) n.2 lett.a) dell'ESTG in combinazione con l'art. 15(1)n.2 dell'ESTG e dell'art. 7 della Convenzione. Cfr. Fox T., Italy Germany tax Treaty: the German perspective, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, EGEA, p. 280.

<sup>1443</sup> Ai sensi dell'art. 44 TUIR al pari di qualunque dividendo distribuito da una società di capitali.

<sup>1444</sup> Corasaniti G., La Convenzione fra l'Italia e la Germania contro le doppie imposizioni, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, EGEA, p.231; Fox T., Italy Germany tax Treaty...cit., p. 279-280.

<sup>1445</sup> Il tema è discusso nel §1.1.

<sup>1446</sup> Conv. Italia-Germania, Art. 13: «1. Gli utili che un residente di uno Stato contraente ritrae dall'alienazione di beni immobili previsti all'articolo 6 e situati nell'altro Stato contraente, sono imponibili in detto altro Stato.

2. Gli utili derivanti dall'alienazione di beni mobili facenti parte dell'attivo di una stabile organizzazione che un'impresa di uno Stato contraente ha nell'altro Stato contraente ovvero di beni mobili appartenenti ad una base fissa di cui dispone un residente di uno Stato contraente nell'altro Stato contraente per l'esercizio di una professione indipendente, compresi gli utili derivanti dall'alienazione di detta stabile organizzazione (da sola od in uno con l'intera impresa), o di detta base fissa, sono imponibili in detto altro Stato.

3. Gli utili derivanti dall'alienazione di navi o di aeromobili utilizzati in traffico internazionale, nonché di beni mobili destinati all'esercizio di dette navi, od aeromobili, sono imponibili soltanto nello Stato contraente in cui è situata la sede della direzione effettiva dell'impresa.

4. Gli utili derivanti dall'alienazione di ogni altro bene diverso da quelli menzionati ai paragrafi 1, 2 e 3 sono imponibili soltanto nello Stato contraente di cui l'alienante è residente».

La letteratura converge sulla riferibilità della nozione di «alienazione» a transazioni che includono la vendita, lo scambio, il conferimento, e la disposizione di diritti<sup>1447</sup>.

Per la legge fiscale tedesca, nella nozione di capital gain tassabili in Germania come reddito d'impresa rientrano le plusvalenze da cessione di quote partecipative in partnership tedesche<sup>1448</sup>. Per effetto del principio di trasparenza della legislazione fiscale tedesca, la cessione di una quota di una partnership residente in Germania effettuata da un socio italiano è qualificata come cessione di una stabile organizzazione del socio italiano in Germania: l'art. 13(2) del Trattato attribuisce la potestà impositiva concorrente sui tali capital gain ai due Stati. Simmetricamente ma solo in linea teorica, per la Germania i capital gain da cessione di quote di partnership italiane realizzati da soci tedeschi dovrebbero assumere la medesima qualificazione<sup>1449</sup>.

Per la legge fiscale italiana, invece, la cessione di quote di una partnership italiana o tedesca è qualificata sempre come cessione di quote o azioni: i relativi capital gain quindi rientrano sempre fra quelli per i quali l'art. 13(5) del Trattato attribuisce la potestà impositiva esclusiva allo Stato di residenza del cedente.

Nel caso di partnership tedesche, quindi la qualificazione operata dalla Germania come Stato della fonte le consentirà di tassare sempre e in modo illimitato i capital gain realizzati da soci italiani in base all'art. 13(2) del Trattato; al contrario l'Italia rinuncerà alla sempre alla tassazione dei medesimi capital gain in conformità all'art. 13(5) del Trattato<sup>1450</sup>.

Nel caso di partnership italiane invece, la qualificazione operata dall'Italia come Stato della fonte impedirà sempre di tassare i capital gain realizzati da soci tedeschi in base all'art. 13(5) del Trattato, mentre la Germania conserverà il diritto impositivo su capital gain in conformità all'art. 13(2) del Trattato.

La Germania tuttavia rientra fra gli Stati che in generale accordano l'esenzione (anche se progressiva) agli utili prodotti all'estero dai loro residenti sia sotto forma di

---

<sup>1447</sup> Cfr. Vogel K., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Deventer, The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2014. (art. 13) p. 1033 ss.; v. Fox T., Italy Germany tax Treaty...cit., p. 282.

<sup>1448</sup> EStG Art. 16(1); cfr. Fox T., Italy Germany tax Treaty...cit., p. 282.

<sup>1449</sup> Quest'affermazione resta teorica nella misura in cui anche l'Italia operasse la medesima qualificazione. Tuttavia, secondo le regole OCSE, una diversa qualificazione reddituale alla fonte dell'Italia dovrebbe essere vincolante per la Germania come Stato della residenza dei soci.

<sup>1450</sup> Sotto questo profilo la quasi totalità dei commentatori rileva che l'approccio italiano ancorché coerente rispetto all'all corporate approach e quindi teoricamente legittimo, di fatto confligge con l'approccio OCSE di far prevalere la regola qualificatorio dello Stato fonte tutte le volte che si verifica un conflitto di qualificazione oggettiva.

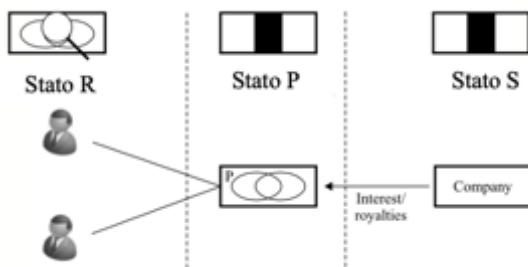
redditi d'impresa delle stabili organizzazioni sia di capital gain da cessione di beni plusvalenti localizzati all'estero.

La letteratura pertanto osserva come il conflitto qualificatorio in questione favorisca uno schema di doppia non inclusione del reddito (sia in Italia che in Germania) con effetto di sistemica doppia non imposizione<sup>1451</sup>. In questo specifico caso, tuttavia, tale eventualità è esclusa per effetto della clausola di *switch over* contenuta nell'art. 16 lett.d) del Protocollo<sup>1452</sup>.

La regola distributiva prevista dall'art.14 per le professioni indipendenti ricalca lo schema strutturale dei *business profits*. Nel silenzio del Protocollo e in assenza di ulteriori fonti, sembra quindi ragionevole poter applicare alle partnership professionali nazionali con soci esteri le considerazioni finora svolte.

### 3.7.2 Tax Treaty practice in caso di partnership internazionali

Il criterio tedesco di classificazione soggettiva, come visto, comporta una valutazione caso per caso e non consente di prevedere se l'entità estera sia opaca o trasparente. L'esito di tale approccio pertanto non è prevedibile e ogni ipotesi qualificatoria andrà discussa.



Come Stato della fonte, la Germania applica il Trattato alle entità considerate opache nella loro giurisdizione e ai soci esteri se il loro Stato di residenza classifica la partnership come trasparente. In questo caso, quindi la Germania applicherà il Trattato Germania-P<sup>1453</sup>. Questo caso

tuttavia non può interessare l'Italia.

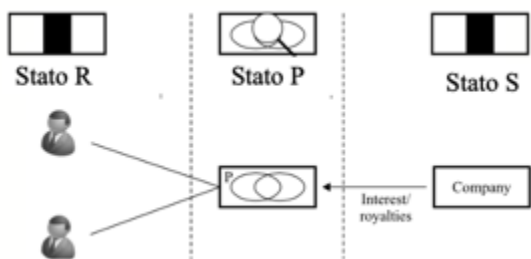
Come Stato di residenza dei soci, la Germania valuterà la situazione in dipendenza del fatto che la partnership configuri o meno una stabile organizzazione. Nel caso si configuri una stabile organizzazione in Italia e a questa siano attribuiti redditi in base ai criteri OCSE, la Germania esenterà (in modo progressivo) tali redditi

<sup>1451</sup> Cfr. Mayr S., Brevi note sulla tassazione in Italia degli utili di partecipazione in società di persone estere, in BT, n. 20/2012, p.1436, il quale commenta che in questa specifica circostanza il conflitto qualificatorio genera sempre una situazione a svantaggio dell'Italia. V. Fox T., Italy Germany tax Treaty...cit., p. 284.

<sup>1452</sup> Conv. Italia-Germania, Prot. Art. 16. Ad articolo 24 «d) Per l'applicazione del paragrafo 3, capoverso a), dell'articolo 24, i redditi di un residente di uno Stato contraente sono considerati provenienti dall'altro Stato contraente se essi hanno effettivamente scontato l'imposta prevista in questo altro Stato contraente conformemente alla presente Convenzione».

<sup>1453</sup> V. Cfr. Dorfmueller P., Germany branch report, ... cit., p.369.

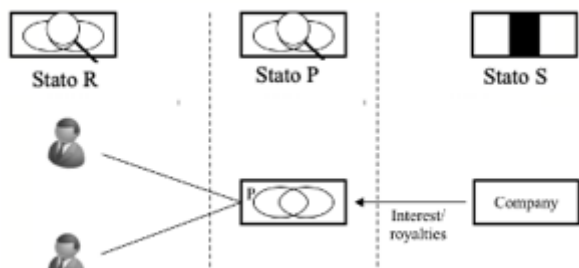
per norma domestica<sup>1454</sup>. Nel caso in cui vi sia stabile organizzazione ma i redditi non possono essere attribuiti a questa, oppure nel caso in cui non vi sia stabile organizzazione, la Germania tassa i suoi residenti sui redditi ricevuti e concederà il credito di imposta per le ritenute applicate dall'Italia come Stato della fonte<sup>1455</sup>.



Caso D

Come Stato della fonte, la Germania applica il Trattato con lo Stato di residenza dei soci<sup>1456</sup>. Come stato della partnership, la Germania valuterà e tasserà i redditi imputabili ad una stabile organizzazione sul suo territorio.

L'art. 50(3) della legge sull'imposta sui redditi prevede come rimedio unilaterale per la doppia imposizione il riconoscimento di un credito di imposta oppure una deduzione opzionale<sup>1457</sup>.



Caso E

La Germania, come Stato della fonte, applica il Trattato con lo Stato di residenza dei soci<sup>1458</sup>. Anche l'Italia come stato della partnership, applicherà il Trattato con lo Stato di residenza dei soci valutando la presenza di eventuali stabili organizzazioni sul suo territorio.

La Germania, come stato della partnership, valuterà l'esistenza di eventuali stabili organizzazioni sul suo territorio tassando gli eventuali redditi ad essa attribuibili e concedendo il credito d'imposta per le imposte assolte all'estero<sup>1459</sup>.

<sup>1454</sup> Nel Trattato con l'Italia non si rinviene la *activity clause* prevista dal modello di convenzione tedesco art. 22(1)(4): «an activity clause for income within the meaning of article 7 (business profits) which includes the items of income or profits derived from the production, processing, working or assembling of goods, merchandise, the exploration and extraction of natural resources, banking and insurance, trade and the rendering of services». Cfr. Dorfmüller P., Germany branch report, ... cit., p.369.

<sup>1455</sup> Ministry of Finance, circular of 16 April 2010, BStBl. 2010 I, 354, par. 4.1

<sup>1456</sup> Ministry of Finance, circular of 16 April 2010, BStBl. 2010 I, 354 par.2.1; Cfr. Dorfmüller P., Germany branch report, ... cit., p.370.

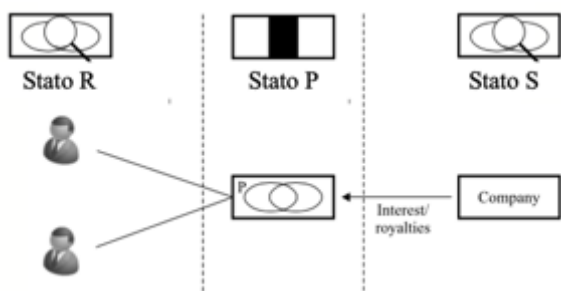
<sup>1457</sup> The (credit) provision applies only to income from agriculture and forestry, trade (commercial business activity), or independent personal services for which a place of business is maintained in Germany, to the extent that such income includes no income from a foreign jurisdiction with respect to which the non-resident taxpayer is liable to tax on income in that country equivalent to that of a resident tax liability. The credit is, however, limited to the equivalent German tax, whereby Germany provides for a per-country limitation (§50(3) in connection with §34c(1) sentences 2–4 of the German Income Tax Act). Alternatively, a deduction of the foreign tax withheld (actually paid) from the German tax base can be sought. Cfr. Dorfmüller P., Germany branch report, ... cit., p.370.

<sup>1458</sup> Cfr. Dorfmüller P., Germany branch report, ... cit., p.371.

<sup>1459</sup> Vedi caso precedente.

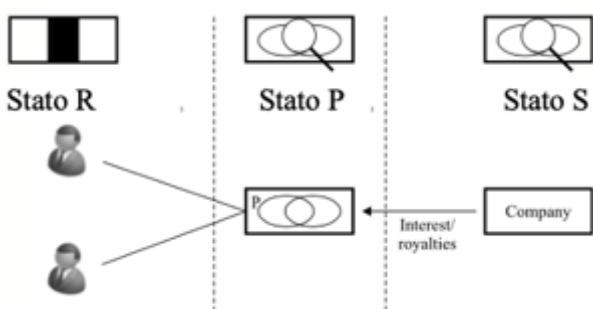
La Germania, come Stato di residenza dei soci, replica la situazione del caso A, quindi esenta con progressione i redditi prodotti da eventuali stabili organizzazioni all'estero, ma solo nel caso in cui queste siano assoggettate a tassazione.

In questi ultimi due casi l'Italia come Stato della fonte applicherà il Trattato con lo Stato di residenza dei soci e, in caso, anche ad eventuali loro stabili organizzazioni in Germania<sup>1460</sup>. Sia il Trattato con l'Italia che il diritto domestico tedesco prevede la *subject to tax clause*<sup>1461</sup>.



La Germania, come Stato della fonte, applicherà il Trattato solo con lo Stato P indipendentemente dalla residenza dei soci<sup>1462</sup>. La Germania, come Stato della partnership, dovrebbe tassare la partnership sul reddito mondiale, a meno che un Trattato fra S e R non preveda la partnership

clause<sup>1463</sup>.



La Germania, come Stato della fonte, non applicherà il Trattato né con lo Stato P ma potrà applicare il Trattato con lo Stato R a meno che il reddito non sia tassato in capo ad una stabile organizzazione in P<sup>1464</sup>. L'Italia come stato di residenza dei soci tasserà il reddito in capo ai soci solo

quando distribuiti<sup>1465</sup>.

La Germania, come Stato di residenza dei soci, classifica l'entità come entità opaca, tasserà i soci solo all'atto della distribuzione dei dividendi<sup>1466</sup> e non concederà credito di imposta per le ritenute applicate alla fonte.

<sup>1460</sup> Cfr. Dorfmueller P., Germany branch report, ... cit., p.371.

Questa casistica è simile alla fattispecie prevista nel caso Saint Gobain in cui la Germania è stata obbligata a riconoscere il rimedio contro la doppia imposizione a stabili organizzazioni francesi presenti sul loro territorio che percepivano redditi tassati alla fonte in USA in base al Trattato USA-Francia.

<sup>1461</sup> See federal Ministry of Finance, circular of 16 April 2010, BStBl. 2010 I, 354, under 4.1.1.2.3.

<sup>1462</sup> See federal Ministry of Finance, circular of 24 January 2012, BStBl. 2012 I, 171, under 3; federal Ministry of Finance, circular of 16 April 2010, BStBl. 2010 I, 354, under 2.1.2 4th sentence. Cfr. Dorfmueller P., Germany branch report, ... cit., p.372.

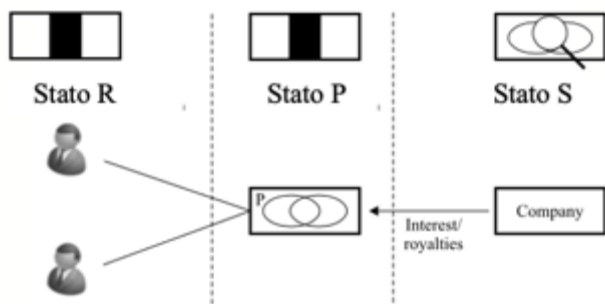
<sup>1463</sup> V. Trattato USA – Germania.

<sup>1464</sup> V. federal Ministry of Finance, circular of 16 April 2010, BStBl. 2010 I, 354, under 2.1.2 3rd sentence; Cfr. Dorfmueller P., Germany branch report, ... cit., p.373.

<sup>1465</sup> See federal Ministry of Finance, circular of 16 April 2010, BStBl. 2010 I, 354, under 2.1.2.

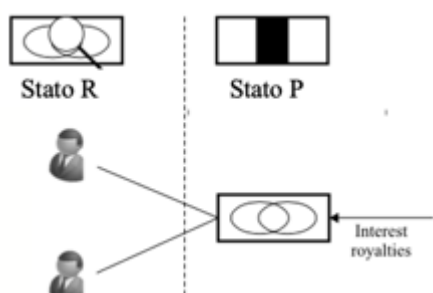
<sup>1466</sup> federal Ministry of Finance, circular of 16 April 2010, BStBl. 2010 I, 354, under 4.1.4.2.

L'Italia non applicherà mai il Trattato né come Stato di residenza dei soci, né come Stato della partnership.



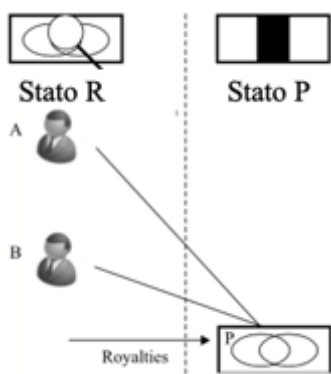
La Germania, come Stato della fonte, applica il Trattato con lo Stato P. La Germania, come Stato della partnership, riconosce il credito d'imposta alla partnership per le ritenute applicate dallo Stato S perché, in base alla legislazione interna, il credito è dovuto a condizione

che il contribuente sia identico e l'imposta estera pagata sia assimilabile all'imposta tedesca<sup>1467</sup>. L'Italia come Stato di residenza dei soci, concederà il credito convenzionale sui dividendi inbound, mentre come Stato della fonte non applicherà il Trattato con lo Stato P.



La Germania, come Stato della partnership, non applica il Trattato con lo Stato R perché considera la situazione come meramente interna ai sensi dell'art. 21 del mod. OCSE<sup>1468</sup>.

La Germania, come Stato di residenza dei soci, in generale concederà il rimedio convenzionale ai soci poiché non si sente obbligata dalla classificazione dello Stato P. La soluzione, come visto in precedenza, è comunque dipendente dall'esistenza di una stabile organizzazione nello Stato P. La circostanza non si verifica tuttavia in Italia.



La Germania, come Stato della partnership, tasserà la partnership come società e si attende che lo Stato R applichi il Trattato riducendo il tasso delle ritenute. Nel caso in cui questo non accada, ci si attende una MAP<sup>1469</sup>. Nel caso in cui il Trattato contenga la partnership clause (come il Trattato con USA) la fattispecie potrebbe essere considerata esclusivamente interna allo stato R.

La Germania, come Stato della residenza dei soci, tratterà la situazione come meramente domestica: la Germania non applica le ritenute

<sup>1467</sup> Cfr. Dorfmueller P., Germany branch report, ... cit., p.373-374.

<sup>1468</sup> Ibidem., p.374.

<sup>1469</sup> Ibidem., p.375.

convenzionali ridotte alla società estera nello Stato P nella misura in cui è partecipata da soci tedeschi per effetto della *anti treaty shopping rule*<sup>1470</sup>.

### 3.7.3 Valutazioni

All'interno del Trattato Italia-Germania si replica il problema del riconoscimento de credito d'imposta in base all'art. 165 TUIR dell'imposta tedesca sul reddito pagata dal socio italiano. La prevalente prassi tedesca di configurare l'attività del socio italiano all'interno di una partnership tedesca come stabile organizzazione localizzata in Germania rende per lo più attivabile la regola distributiva dell'art. 7 del Trattato relativa ai business profit mediante stabile organizzazione. L'approccio all'entità italiana tuttavia rende impossibile una qualunque simmetria con la tassazione convenzionale applicata in Germania, giacché l'Italia riquifica l'utile imputato per trasparenza al socio italiano come reddito di capitale tassato al rimpatrio (ancorché su base netta, in base alla prassi più recente).

In assenza di stabile organizzazione (il che per lo più si verifica in relazione a partnership tedesche di sola gestione patrimoniale), la prassi tedesca esclude la tassabilità del reddito d'impresa in capo ai soci italiani e rende invece tassabili i singoli redditi (per lo più passive income) secondo le altre regole del Trattato. Tale circostanza presenta vantaggi solo quando la società di gestione patrimoniale tedesca incassa dividendi di fonte tedesca: solo in tal caso l'approccio all'entità italiana consente di riallineare la tassazione italiana con quella tedesca e il socio italiano potrebbe beneficiare del credito d'imposta per le eventuali ritenute applicate in Germania. In tutti i casi diversi da un dividendo, la diversa qualificazione fra Germania come Stato fonte e Italia come Stato della residenza potrebbe condurre a soluzioni asimmetriche ed insoddisfacenti rispetto all'obiettivo del Trattato.

La tassazione in Italia dell'utile imputato per trasparenza da partnership domestiche a soci tedeschi non pone particolari difficoltà sempreché l'approccio classificatorio tedesco sia simmetrico a quello italiano nel considerare la partnership italiana come entità fiscalmente trasparente. Nel caso opposto, sorgono per il socio tedesco i medesimi problemi di creditabilità dell'imposta estera che si verificano per il socio italiano. A causa dei requisiti di titolarità del credito d'imposta, l'asimmetria classificatoria genera anche asimmetria soggettiva ai fini della legge tedesca fra chi

---

<sup>1470</sup> In base all'art. 50d(3) EStG la tassazione ad aliquota ridotta è ammissibile solo per i soci non tedeschi della società estera. Tale pratica sembra ispirata dal principio in base al quale i Trattati non possono essere impiegati dai residenti per limitare la tassazione nel proprio Stato di residenza. V. Ministry of Finance, circular of 24 January 2012, BStBl. 2012 I, 171, under 4.1.

chiede il beneficio contro la doppia imposizione e chi si ritiene debba aver subito la doppia imposizione (identità soggettiva fra chi chiede il credito e chi paga l'imposta estera).



### 3.8 LE PARTNERSHIPS NEL TRATTATO CON IL REGNO UNITO

Il Regno Unito vanta una vasta rete di Trattati fiscali internazionali<sup>1471</sup>, la maggior parte dei quali segue lo standard OCSE.

A seguito di un referendum, nel 2020 il Regno Unito è receduto dal Trattato con l'Unione Europea entrando a far parte dei Paesi terzi rispetto all'UE.

Nel Regno Unito i trattati internazionali sono fonte di obbligazione per il Governo nazionale ai fini del diritto internazionale, ma per essere efficaci nel diritto interno hanno necessità di essere adottati mediante un ordine di esecuzione<sup>1472</sup>. Data la complessa articolazione istituzionale del sistema giuridico britannico – che si compone di tre diversi sistemi giuridici di diversa matrice, Inghilterra e Galles, Scozia e Irlanda del Nord - alcune disposizioni del Trattato non entrano in vigore nel sistema interno<sup>1473</sup>.

#### 3.8.1 Tax treaty practice

Generalmente i Trattati del Regno Unito includono le partnership fra le *persons*. Secondo la giurisprudenza britannica inoltre la locuzione “*body of person*” deve essere interpretata in modo sufficientemente ampio da includere in ogni caso le partnership<sup>1474</sup>.

In taluni Trattati come quello con l'Italia la nozione “*body of person*” esclude le partnership che non sono trattate come *body corporate* ai fini fiscali in entrambe gli Stati. Visto che in Regno Unito le partnership sono considerate persone, ciò renderebbe applicabile il Trattato alle partnership inglesi solo se queste fossero classificate come entità anche dallo Stato della fonte<sup>1475</sup>.

---

<sup>1471</sup> Ad oggi l'HM Revenue & Customs ne conta circa 130 in vigore.

In particolare, la clausola della convenzione USA-Svizzera (che sarà utile anche per la trattazione successiva) all'art. 4(1) lett.d) prevede la residenza delle partnership nella misura in cui i suoi utili siano assoggettati ad imposizione nello stato della società.

<sup>1472</sup> ICTA Sec.788; Roxan I., Italy-United Kingdom tax treaty: the british perspective, cit., p.488.

<sup>1473</sup> V. il caso R. v IRC., ex parte Commerzbank AG.

<sup>1474</sup> *Padmore vs CIR* (1989) STC 493. Il caso riguardava la classificazione di una partnership stabilita in Jersey.

In tale circostanza la Corte d'appello stabilì che una partnership è sempre *body of person* ai sensi del Trattato e che tale aspetto non potesse essere più oggetto di interpretazione da parte delle autorità fiscali britanniche.

Sempre in tale circostanza la Corte stabilì che per classificare la Jersey partnership, le autorità fiscali avrebbero dovuto applicare un test verificando che questa fosse residente in Jersey mediante l'applicazione delle regole inglesi.

Tale decisione comportò la riformulazione della disposizione dell'ICTA 1988 sec.832 dedicata all'interpretazione dei Trattati fiscali: «*In the Tax Acts, except in so far as the context otherwise requires— (...) “body of persons” means any body politic, corporate or collegiate, and any company, fraternity, fellowship and society of persons whether corporate or not corporate.*».

Cfr. Clayson M., *United Kingdom branch report*, cit. p. 552.

<sup>1475</sup> Clayson M., *United Kingdom branch report*, cit. p. 552.

In altri Trattati (Uzbekistan, India e Ucraina) le partnership non sono persone se non limitatamente ad alcune forme specifiche (come la joint venture) che ricevono una precisa qualificazione all'interno dello Stato contraente<sup>1476</sup>.

Per classificare una società estera (amministrata all'estero) come residente ai fini del Trattato il Regno Unito adotta un *partnership test* definito dalla dottrina *Padmore*: le corti inglesi valutano la residenza ai fini del Trattato di una società estera nel suo Stato di stabilimento con le regole britanniche. Se la partnership non è residente nel suo Stato in base alle regole britanniche<sup>1477</sup> il Trattato è applicabile ai soci.

Dato che le partnership britanniche (cioè quelle gestite o amministrare all'interno del territorio britannico) non sono *resident* ai fini del Trattato (in quanto non liable to tax nel Regno Unito)<sup>1478</sup>, lo Stato accorda i benefici convenzionali ai soci britannici, ma li nega ai soci esteri se lo Stato in cui questi risiedono considera la partnership britanniche come opache ai fini del Trattato<sup>1479</sup>. Ne deriva che se uno stato estero classifica una corporation britannica come partnership ciò non è in grado di modificare la classificazione fiscale adottata dal Regno Unito. Al contrario, se una società estera considerata opaca da uno Stato estero risulta trasparente ai fini fiscali nel Regno Unito in base al partnership test previsto dalla dottrina *Padmore*, il Regno Unito verificherà l'applicazione del Trattato ai soci. Se in base al partnership test il Regno Unito classifica la società estera come una partnership, applicherà la sec. 112 (4) dell'ICTA 1988<sup>1480</sup>.

Il Regno Unito riconosce la territorialità delle attività d'impresa commerciali e professionale svolte sul suo territorio che presentino i requisiti della stabile organizzazione o della base fissa. In alcuni Trattati il Regno Unito applica la territorialità delle basi fisse sia alle persone fisiche residenti che alle partnership<sup>1481</sup>. L'esistenza della stabile organizzazione in base al Trattato è l'esito di un accertamento di fatto, ma se ne viene accertata l'esistenza, si presume che tutti i soci presenti e non presenti all'interno della stabile organizzazione svolgano l'impresa commerciale della

---

<sup>1476</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 552.

<sup>1477</sup> Ibidem, p. 553.

<sup>1478</sup> Le autorità fiscali britanniche infatti le trattano come trasparenti in massimo grado poiché sostengono che le partnership non sono soggetti giuridici e che i soggetti passivi di imposta sono i soci, per effetto di quella che in Italia si chiamerebbe traslazione della soggettività d'imposta (vedi sul punto la dottrina italiana richiamata in relazione all' Ris. n. 171/2005). Tuttavia, la dottrina inglese oppone il fatto che la società dichiara autonomamente il reddito prodotto anche se questo è tassato in capo ai soci e soprattutto la società è responsabile del debito fiscale dell'impresa. V. Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 553

<sup>1479</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 553.

<sup>1480</sup> La circostanza si qualifica chiaramente come un Treaty override. Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 553

<sup>1481</sup> Art. 15 del Trattato con l'India

partnership estera<sup>1482</sup>. In base alle regole della territorialità britannica i soci esteri non saranno tassati sui tutti i redditi di fonte estera prodotti dalla stabile organizzazione. Se tuttavia l'impresa commerciale è parzialmente svolta su territorio britannico tutti i redditi d'impresa della stabile organizzazione saranno tassabili in Regno Unito<sup>1483</sup>.

Gli utili delle partnership non sono considerati dividendi ai fini fiscali interni, ma utili derivanti dagli asset sottostanti. Se il reddito è qualificato alla fonte come dividendo, si applica il regime dei dividendi interni che è assistito da un credito per l'imposta pagata dalla società distributrice<sup>1484</sup>. I benefici del Trattato sono in genere esclusi quando il beneficiario effettivo ha una stabile organizzazione in Regno Unito, il che accade spesso in caso di una limited partnership con socio accomandatario britannico<sup>1485</sup>.

In caso di interessi/royalties, se la partnership non è residente si guarda alla residenza dei soci e loro eventuali stabili organizzazioni possono modificare la fonte del reddito. Nel caso di pagamenti di fonte britannica, il Regno Unito applica il Trattato ai soci esteri solo nel caso che questi non abbiano stabile organizzazione nel territorio britannico<sup>1486</sup>.

Le cessioni di partecipazioni sono qualificate in base alla disciplina interna come cessioni pro quota degli assets sottostanti: nel caso di soci esteri occorrerà quindi stabilire di quali asset si tratta e quale disposizione del Trattato applicare<sup>1487</sup>.

Nei Trattati del Regno Unito per l'eliminazione della doppia imposizione prevale il metodo del credito. Il Trattato non prevede la residenza del beneficiario, ma tale requisito è generalmente richiesto per il credito unilaterale interno. Dal momento che il sistema fiscale esclude da tassazione i redditi esteri prodotti da soci esteri mediante una partnership, a questi nessun credito d'imposta è riconosciuto<sup>1488</sup>.

La clausola antidiscriminazione inserita ne Trattati del Regno Unito varia considerevolmente. Alcune comprendono solo gli individui, altri escludono le partnership altri le includono. I soci delle partnership tuttavia in quanto nazionali sono ricompresi nella protezione del Trattato. la protezione in genera riguarda l'imposizione e le procedure amministrative connesse. La protezione dalle discriminazioni è

---

<sup>1482</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 555.

<sup>1483</sup> ICTA 1988, sec. 112; Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 555.

<sup>1484</sup> Clayson M., United Kingdom branch report, cit. p. 555.

<sup>1485</sup> Ibidem.

<sup>1486</sup> Ibidem.

<sup>1487</sup> Ibidem.

<sup>1488</sup> Ibidem.

accordata alle imprese con la maggior parte del capitale posseduto all'estero. Tuttavia, quando si tratta di una partnership residente nel Regno Unito, questa è considerata impresa britannica. nel caso di partnership con socie esteri, le autorità fiscali inglesi applicano la clausola confrontando un'impresa posseduta da un residente dello Stato estero e un'impresa posseduta da un qualunque altro non residente britannico.

### 3.8.2 Il Trattato fiscale Italia-Regno Unito

Il Trattato Italia-Regno Unito si distingue per l'essere l'unico Trattato in cui è parte l'Italia rispetto al quale le partnership sono espressamente escluse<sup>1489</sup>.

Tale circostanza rende quindi materialmente inapplicabile il Trattato in tutti i casi in cui sia coinvolta una partnership italiana<sup>1490</sup>: quando cioè un reddito di fonte italiana sia percepito da una partnership britannica, quando prodotto da una partnership italiana sia imputato per trasparenza ad un socio britannico e quando l'utile prodotto da una partnership britannica sia imputato per trasparenza ad un socio italiano<sup>1491</sup>.

Analogamente può dirsi con riguardo alle partnership britanniche benché sia la LLP sia la Scottish partnership configurino nel Regno Unito delle company a tutti gli effetti. Per la prima tuttavia difetta il requisito di *resident* convenzionale, poiché tassata nel Regno Unito per trasparenza. Per la seconda invece, in quanto definita partnership all'interno del diritto britannico, difetta il requisito di *person* convenzionale<sup>1492</sup>.

La tassazione degli utili prodotti dalle partnership internazionali dei due Paesi resta pertanto rimessa alla combinazione degli effetti fiscali dei rispettivi ordinamenti

---

<sup>1489</sup> Conv. Italia-Regno Unito, art. 3(1): «*Ai fini della presente Convenzione, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione: (...)*

*d) il termine "persona" comprende le persone fisiche, le società ed ogni altra associazione di persone, ma non comprende le società di persone le quali non sono considerate persone giuridiche ai fini dell'imposizione in ciascuno Stato contraente; (...)*

*g) il termine "nazionale" designa: 1) per quanto concerne il Regno Unito, ogni cittadino del Regno Unito o ogni soggetto britannico che non possiede la cittadinanza di ogni altro Paese o territorio del Commonwealth, a condizione che abbia il diritto di risiedere nel Regno Unito, nonché ogni persona giuridica, società di persone, associazione o altro ente costituito in conformità alla legislazione in vigore nel Regno Unito».*

<sup>1490</sup> Contra, Giorgi S., La Convenzione fra l'Italia e il Regno Unito... cit., p. 469.

<sup>1491</sup> V. Roxan I., Italy-United Kingdom tax treaty: the british perspective, cit., p.499-500, il quale afferma che il requisito della residenza è escluso in radice per la general partnership e la limited partnership che non sono "body corporate", ma resta qualche perplessità per la LLP che invece è un "body corporate" residente nel Regno Unito in base alla legge britannica. Secondo l'Autore quindi l'esclusione delle partnership dalla nozione di person ai fini del Trattato sarebbe finalizzata proprio all'esclusione delle LLP.

<sup>1492</sup> Non è nemmeno qui condivisibile l'opinione di Roxan I., Italy-United Kingdom, cit., p.503, secondo cui il Trattato potrebbe essere applicato ai dividendi delle LLP.

tributati domestici. Ciò entro certi limiti consente di valorizzare tutti i vantaggi unilaterali derivanti dall'impiego dei vari veicoli societari<sup>1493</sup>.

Nell'ambito del Trattato le società di persone sono tuttavia considerate "nazionali", il che le abilita ad azionare la clausola antidiscriminazione dell'art. 25 del Trattato, anche se con i limiti interni visti precedentemente dal sistema britannico.

In base all'art. 25 del Trattato<sup>1494</sup> una partnership costituita in uno dei due Stati è protetta dalle discriminazioni sulla base della nazionalità.

La clausola dell'art. 25 (1) protegge i nazionali che in questo caso sono sia le persone fisiche che le società trasparenti. Le clausole dell'art. 25 (2), (3) e (4) proteggono invece le imprese estere e di riflesso le stabili organizzazioni dei soci esteri considerate (ed accertate) all'interno della partnership che svolge un'impresa commerciale nel Paese estero<sup>1495</sup>.

Rispetto all'introduzione dell'IRAP, ancorché questa non si configuri come imposta sul reddito secondo il sistema fiscale inglese, le autorità fiscali britanniche hanno prontamente qualificato la nuova imposta come *substantially similar* all'ILOR ai sensi dell'art. 2(2) del Trattato<sup>1496</sup>.

Ciò consente l'applicazione del Trattato alle persone residenti in Regno Unito che producono redditi con stabile organizzazione in Italia, il che si traduce in una creditabilità dell'IRAP assoluta in Italia per effetto delle norme italiane e convenzionali. L'eventuale estensione di tale beneficio alle società personali britanniche può avvenire quindi solo per norma domestica, giacché queste non sono *resident persons* ai fini del Trattato.

La formulazione testuale dell'art. 3(1) lett.d) del Trattato consente invece di classificare le società personali italiane come *resident persons* ai fini IRAP. Ciò come visto si traduce nell'applicazione dell'imposta secondo le regole italiane e in base ai criteri di collegamento stabiliti nel Trattato. Il riconoscimento dell'IRAP inoltre espone

---

<sup>1493</sup> Cfr. Giorgi S., op. cit., p. 475-476, il quale segnala la possibilità di impiegare la Scottish partnership per esentare i redditi di fonte estera imputabili ai soci non residenti nel Regno Unito quando la partnership sia gestita ed amministrata al di fuori del Regno Unito; oppure la tassazione per trasparenza di un socio italiano di una partnership britannica per dedurre le perdite maturate nel Regno Unito su altri redditi; mentre in Italia il reddito è tassato per cassa al momento della materiale percezione, con al più la deducibilità dell'imposta assoluta all'estero (circ. n.9/2015, par. 5.1).

<sup>1494</sup> Conv. Italia-Regno Unito, art. 25(1): «*I nazionali di uno Stato contraente non sono assoggettati nell'altro Stato contraente ad alcuna imposizione od obbligo ad essa relativo, diversi o più onerosi di quelli cui sono o potranno essere assoggettati i nazionali di detto altro Stato che si trovino nella stessa situazione*».

<sup>1495</sup> Clayson M., *United Kingdom branch report*, cit. p. 557-8.

<sup>1496</sup> Giorgi, op. cit., p.469 e 478.

gli investimenti italiani in Regno Unito a doppia imposizione, soprattutto in caso di esenzione IRES/IRPEF.

### 3.9 LE PARTNERSHIPS NEL TRATTATO CON GLI STATI UNITI

#### 3.9.1 U.S. Tax Treaty policy

La *tax Treaty policy* statunitense rappresenta l'esito di un lungo e complesso processo evolutivo che ha avuto i suoi esordi all'indomani del primo conflitto mondiale. Nel corso del tempo, essa ha preso forma in un modello specifico, detto modello USA, sviluppatosi progressivamente insieme e collateralmente al modello OCSE e al meno fortunato modello ONU<sup>1497</sup>.

In abbinamento ad ogni modello, le autorità fiscali predispongono uno specifico commentario detto *Technical explanations* contenente apposite raccomandazioni mirate a chiarire la *Treaty practice* americana.

Il modello più recente di Convenzione contro le doppie imposizioni adottato dagli USA nell'ambito delle negoziazioni con gli altri Stati, risale al 2016 (US model 2016)<sup>1498</sup>. Il commentario più recente al modello di convenzione statunitense risale invece al 2006 (TE 2006)<sup>1499</sup>.

Ad oggi il *Treaty network* statunitense conta 63 Convenzioni, ciascuna delle quali è accompagnata da specifiche *Technical Explanations*. Ove i singoli Trattati contengano clausole aggiuntive o derogatorie rispetto al modello USA, le *Technical Explanations* relative al singolo Trattato mirano a chiarire non solo la modalità in cui specifiche clausole saranno applicate dalle autorità fiscali USA, ma anche come queste sono interpretate dagli USA nel più ampio contesto del Trattato stesso.

---

<sup>1497</sup> Cfr. Rosenbloom H. D., Langbein S., *United States Tax Treaty Policy: An Overview*, cit., p.359. Nel processo evolutivo della politica fiscale estera degli USA, gli Autori individuano quattro periodi principali. Durante i primi tre la negoziazione dei Trattati USA è avvenuto in modo iterativo e senza un modello di riferimento, anche se si consolida la tendenza a ripetersi di alcuni punti fermi e ricorrenti nelle clausole sottoscritte dagli USA. L'ultimo periodo, coincidente grossomodo con la metà degli anni Settanta, ha visto invece la nascita del primo modello USA. L'esigenza di un modello specifico sorgeva dalle speciali caratteristiche del sistema fiscale USA che richiedeva necessari, importanti e numerosi adattamenti rispetto all'allora vigente modello OCSE del 1963. A partire da quel momento, le divergenze fra le varie versioni del modello USA e quelle del modello OCSE si sono rincorse in un continuo di adattamenti e distanziamenti, successivi e reciproci. Sul punto v. anche OCSE Model 2017, introduction; Doernberg R. - Van Raad K., *The Forthcoming U.S. Model Income Tax Treaty and the Saving Clause*, in TNI, n.5/1992, p. 780; Berman D., *Covering the World: The Expanding U.S. Tax Treaty Network*, in Taxes, 1996, n. 74, p. 1069.

<sup>1498</sup> I modelli precedenti risalgono al 1977, 1981, 1996, 2006. cfr. Valente P., *Lotta all'evasione fiscale internazionale nel Modello statunitense di Convenzione contro le doppie imposizioni del 2016*, in IF, n.9/2016, p.1860.

<sup>1499</sup> I precedenti commentari risalgono al 1977, 1981 e 1996.

L'adozione di questa prassi comunicativa generalizzata è evidentemente mirata a dare chiarezza preventiva non solo ai contribuenti, ma anche agli Stati esteri delle modalità con le quali le autorità fiscali statunitensi daranno applicazione al modello in USA e ai singoli Trattati. Tale prassi e, per altro verso, la diffusa applicazione (salvo rare eccezioni) delle clausole tipiche del modello USA nel Treaty network statunitense sono senza dubbio elementi sintomatici del preminente ruolo degli USA sulla scena economico finanziaria internazionale.

Oggi il modello USA si caratterizza per taluni elementi che possono dirsi distintivi. Di questi, prenderemo in considerazione quelli rilevanti ai fini di questo lavoro.

Gli Stati Uniti negoziano i trattati solo con riferimento all'imposta federale. I 51 Stati della federazione non sono parti dei Trattati fiscali. Come conseguenza, l'imposizione alla fonte di livello statale (salvo rare e specifiche eccezioni) non è limitata dai Trattati, mentre i residenti in America possono detrarre le imposte estere sia dalla imposta federale sia dalla imposta statale<sup>1500</sup>.

Poiché gli Stati Uniti adottano la *citizenship base taxation*, nei Trattati USA il principio di tassazione mondiale sulla base della residenza si accompagna sempre a quello di tassazione mondiale sulla base della cittadinanza. Ciò comporta l'inclusione nel Trattato di una delle pietre angolari della *tax Treaty policy* statunitense: la *saving clause*<sup>1501</sup>. Tale clausola, pur ammettendo eccezioni, consente agli Stati Uniti di tassare i propri cittadini come se il Trattato non esistesse<sup>1502</sup>. A tale clausola generalmente accede anche la riserva dei maggiori benefici della legislazione domestica rispetto al Trattato ma anche il disconoscimento dei benefici convenzionali quando la perdita della cittadinanza è motivata solo da ragioni fiscali<sup>1503</sup>.

---

<sup>1500</sup> Cfr. Adelchi Rossi A., Perin L., Convenzione Italia – Usa e tassazione in assenza di stabile organizzazione, in IF, n.48/ 2006, p.7361; V. Rosenbloom H. D., Langbein S., *United States Tax Treaty Policy...cit.*, p.383.

<sup>1501</sup> Tale clausola è stata recentemente introdotta anche nel mod. OCSE 2017.

<sup>1502</sup> Cfr. TE1999, p.3. La clausola può essere sintetizzata nel brocardo: «*Treaties are not designed to protect Americans from American tax*». Per un inquadramento sistemico della *saving clause* come pietra miliare della tax Treaty policy USA nei Trattati, cfr. Rosenbloom H. D., Langbein S., *United States Tax Treaty Policy...cit.*, p.383; Kofler G., *Some Reflections on the 'Saving Clause'*, in *Intertax*, 2016, n. 8/9, p. 576; Sasseville J., *A Tax Treaty Perspective: Special Issues*, in Maisto G. (ed.), *Tax Treaties and Domestic Law*, vol. 2, Amsterdam, 2006, p. 49. Per un'analisi dei profili di criticità della *saving clause* rispetto alle *hybrid entities* cfr. Parada L., *The OECD "saving clause": an american-tailored provision made to measure the world*, in RDFSFS n.1/2019, p. 13.

<sup>1503</sup> Mod. USA art. 1(2): «no provision in the Convention may restrict any exclusion, exemption, deduction, credit or other benefit accorded by the tax laws of the Contracting States, or by any other agreement between the Contracting States». Tale clausola impedisce che i Trattati peggiorino il trattamento fiscale dei residenti accordato dalla legislazione domestica e riflette la particolare conformazione del Sistema fiscale statunitense nel quale le norme fiscali sono varate dal congresso mentre i Trattati sono varati dal Senato. Cfr. Magenta M., Valente P., *La Convenzione fra l'Italia e gli Stati Uniti contro le doppie imposizioni*, in Garbarino C.; AVI-YONAH R.S., *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*, Cambridge Univ. Press, 2007, p. 182.

Nonostante le diverse ragioni storicamente alla base di questo approccio statunitense all'interno dei Trattati<sup>1504</sup>, la letteratura ha segnalato che la *saving clause* può essere frequentemente causa di una potenziale e permanente doppia imposizione economica soprattutto quando siano coinvolte partnership internazionali<sup>1505</sup>. In particolare, l'interazione fra *saving clause* e *partnership clause* genera un conflitto impositivo (di imputazione e talora anche di qualificazione reddituale) che non si presta ad essere risolto con le regole interpretative ordinarie<sup>1506</sup>.

La *citizenship base taxation* e la connessa *saving clause* all'interno dei Trattati USA peraltro comportano l'effetto pratico di un doppio ricalcolo delle imposte dovute su base globale dai loro cittadini che siano fiscalmente residenti in un altro Stato<sup>1507</sup>.

Il network convenzionale USA prevede che la residenza delle società statunitensi sia collegata al luogo di incorporazione (*place of incorporation*).

---

<sup>1504</sup> Secondo la letteratura, fra le ragioni che motivano la *saving clause policy* degli USA vi sarebbe in primo luogo l'orientamento verso una politica di *capital export neutrality* (CEN) e non di *capital import neutrality* (CIN). V Rosenbloom H. D., Langbein S., *United States Tax Treaty Policy...*cit., p.392-393. La tradizione del sistema USA di tassare il reddito delle persone residenti sulla base del criterio della cittadinanza ha origini antiche ed è scolpita nella celebre sentenza della Corte suprema, *Cook v. Tait*, 265 U.S. 47 (1924). Tale criterio di tassazione, peraltro, è divenuto costante espressione di un forte interesse nazionale degli USA nei rapporti bilaterali, anche se non è esente da forti critiche di incoerenza con i principi del diritto fiscale internazionale. V CHRISTIANS A., *A Global Perspective on Citizenship-Based Taxation*, in *Mich. J. of Int'l Law*, 2017, n. 38, p. 193; KIRSCH M., *Taxing Citizens in a Global Economy*, in *NYU Law Rev.*, 2007, n. 82, p. 443; sul punto anche Parada L., *The OECD "saving clause"...*cit., p.21. La tradizionale adozione della *citizenship base taxation* ha comportato la codificazione della *saving clause* come principio generale già all'interno dei primi Trattati post-bellici contro le doppie imposizioni sottoscritti dagli USA: quello con la Francia del 1932 e quello con la Svezia del 1939. Rosenbloom H. D., Langbein S., *United States Tax Treaty Policy...*cit., p.374. Da allora l'inclusione della *saving clause* opera in modo formalmente simmetrico all'interno dei Trattati del network statunitense per entrambe gli Stati contraenti, anche se di fatto, nel panorama internazionale, gli Usa sono rimasti l'unico Stato ad adottare la cittadinanza come criterio di tassazione dei residenti.

<sup>1505</sup> La questione si pone soprattutto quando la partnership è opaca nel suo Stato (che è anche stato fonte) e trasparente nello stato dei soci: in tal caso lo Stato della partnership applica la *saving clause* mentre lo Stato dei soci tassa i soci per trasparenza. La *saving clause* modifica la prevalenza dei criteri di soluzione dei conflitti impositivi: senza *saving clause* prevalgono i criteri interpretativi dell'art. 23 del Trattato, con la *saving clause* i criteri interpretativi dell'art. 23 del Trattato passano in subordine perché la *saving clause* è reciproca ed è clausola espressa del Trattato. La questione peraltro non si presta ad essere risolta in ogni caso dal Trattato perché pone un problema di doppia imposizione economica (stesso reddito tassato due volte nelle mani di soggetti diversi) e non di doppia imposizione giuridica. Sul punto, Nikolakakis A. et al., *Some Reflections on the Proposed Revisions to the OECD Model and Commentaries, and on the Multilateral Instrument, With Respect to Fiscally Transparent Entities*, in *BTR*, 2017, n. 3, PARADA L., *Hybrid Entities and Conflicts of Allocation of Income Within Tax Treaties: Is New Article 1(2) of the OECD Model (Article 3(1) if the MLI) the Best Solution Available?*, in *BTR*, 2018, n. 3. See also, Parada L., *Double Non-Taxation and the Use of Hybrid Entities: An Alternative Approach in the New Era of BEPS*, Amsterdam, 2018, pp. 115-118, Parada L., *Tax Treaty Entitlement and Fiscally Transparent Entities: Improvements or Unnecessary Complications?*, in Wheeler J. (ed.), *The Aftermath of BEPS*, Amsterdam.

<sup>1506</sup> Il mod. OCSE 2017 Comm. art.23 c. 11.1 sembra lasciare allo Stato dei soci la possibilità di negare il rimedio se lo Stato della partnership la tassa come suo residente.

<sup>1507</sup> Gli USA infatti si arrogano il potere di tassare nuovamente, in via secondaria e definitiva, il reddito di tutti i loro cittadini che siano nel contempo fiscalmente residenti in un altro Stato il quale possiede il diritto di tassarli sul medesimo reddito mondiale in via primaria. In questo senso è possibile affermare che la tassazione che si può realizzare in un Trattato USA si completa in un ciclo "trifase" (tassazione alla fonte, tassazione in base alla residenza e tassazione in base alla cittadinanza) anziché in un ordinario ciclo "bifase" (tassazione alla fonte e tassazione in base alla cittadinanza).



Il modello USA inoltre prevede l'impiego della MAP per la soluzione dei conflitti di residenza delle partnership e per la soluzione dei conflitti di qualificazione su particolari elementi di reddito o sul significato di un termine del Trattato.

Per gli USA l'applicazione dei Trattati alle partnership ha costituito storicamente un profilo di criticità, connesso per lo più con l'impiego di enti ibridi (*hybrid e reverse hybrid*) in operazioni di finanziamento ed acquisizione societaria.

Contrariamente ai modelli più recenti, i modelli USA precedenti al 1996 contenevano riferimenti ambigui alle partnership nonostante la diffusa prassi di impiegare le entità trasparenti come comuni veicoli di business<sup>1508</sup>.

Il fatto che anche l'OCSE abbia iniziato ad interessarsi delle partnership solo nel 1999 (con enorme ritardo), ha pertanto indotto il Tesoro americano ad adottare specifiche disposizioni interne che stabiliscono modalità e requisiti di riconoscimento dei benefici convenzionali e che, secondo la letteratura avrebbero anche una funzione interpretativa dei Trattati in vigore, di ordine prevalente alla lettera del Trattato stesso<sup>1509</sup>.

L'approccio statunitense ai Trattati per altro verso, si caratterizza anche per l'inclusione di speciali clausole di *Limitation on Benefits (LoB)*<sup>1510</sup> mirate evitare che possano beneficiare del Trattato soggetti terzi altrimenti esclusi.

In tema di riconoscimento dei benefici convenzionali, la letteratura ha segnalato tuttavia la diversa portata pratica e nel contempo la complementarietà delle

---

<sup>1508</sup> Rossi M., L'applicazione...cit.,p. 273.

<sup>1509</sup> L'IRC sec. 894, introdotta nel 1997 e ulteriormente ampliata dal Tesoro americano con circolari successive, contiene specifiche regole antiabuso che disapplicano i benefici convenzionali quando la combinazione delle regole di classificazione soggettiva degli Stati, insieme alle disposizioni del Trattato realizzano schemi di doppia non imposizione con erosione di base imponibile statunitense. Le disposizioni in questione e le connesse Regulations state spesse volte additate dalla letteratura come sistematico meccanismo di *Treaty overriding* degli Stati Uniti; cfr. Infanti C.A., United States, in Maisto G, Tax Treaties and Domestic Law, p.385; Doernberg R.L., *Overriding tax treaties: the U.S. perspective*, in Emory International Law Review, n. 9/1995, p.110. Per un commento sulla potenziale compatibilità di tale disposizione con le raccomandazioni del commentario OCSE e del PR99 e v. Rossi M., L'applicazione...cit.,p. 273 e 321-35.

Ai fini della verifica dei requisiti, sul beneficiario di un Trattato incombe l'obbligo di presentare un'apposita dichiarazione (form 8833) attestante la fruizione dei benefici di una convenzione internazionale; cfr. Iannaccone G., Perin L., Stati Uniti d'America...cit., p.335.

<sup>1510</sup> Gli USA hanno avviato la prassi di inserire clausole LoB nei Trattati a partire dal 1981. Tale prassi si è progressivamente consolidata nei successivi modelli del 1996, 2006 e 2016 mentre il commentario OCSE ne ha previsto l'inclusione a partire dal 2003. Sulla ricostruzione storica e sistematica delle clausole LoB nei Trattati, v. Vega Borego F.A., *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*, Deventer, 2005; Dell'Anese L., *L'evoluzione della disciplina antiabuso nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni sottoscritte dagli Stati Uniti*, in DPT, n.3/1998, p.697 e, con riferimento all'ultimo modello USA, Valente P., *Lotta all'evasione fiscale internazionale nel Modello statunitense di Convenzione contro le doppie imposizioni del 2016*, in IF, 2016.

disposizioni antiabusive interne da quelle convenzionali<sup>1511</sup>. Mentre le prime infatti, avvalendosi del principio *substance over form*, sono volte a verificare la corretta qualificazione di una operazione in base alla sua sostanza, le seconde mirano a verificare che il beneficiario del Trattato abbia un legame sufficientemente radicato con lo Stato di cui è residente.

La legislazione fiscale interna disciplina anche altre fattispecie che interferiscono con le disposizioni convenzionali limitandone, spesso e unilateralmente, l'applicazione. È il caso della disciplina che definisce il concetto di imposta estera ai fini della imputazione del credito d'imposta come rimedio unilaterale contro la doppia imposizione<sup>1512</sup>.

### 3.9.2 Il Trattato Italia-USA

La convenzione Italia-Usa del 1999, sostituisce il Trattato risalente al 1984. Essa si accompagna ad un Protocollo e a un *Memorandum of understandings* sulla procedura arbitrale, di epoca successiva e non ancora entrato in vigore<sup>1513</sup>.

In relazione a tale Convenzione il Dipartimento del Tesoro americano ha adottato specifiche *Technical Explanations* (TE 1999)<sup>1514</sup>. Subito dopo la data di firma del Trattato Il *Joint Committee on Taxation*, l'organo istituzionale di consulenza legislativa del Congresso, rilasciò una *Explanation*<sup>1515</sup> cui seguì uno scambio di note diplomatiche che concordarono la eliminazione dal testo del Trattato di alcune disposizioni antiabusive ritenute eccessivamente restrittive e a una interpretazione espressa dell'art.26 che escludesse la riserva del segreto bancario.

---

<sup>1511</sup> Cfr. Valente P., Elusione fiscale internazionale: strumenti unilaterali di contrasto e disposizioni convenzionali in materia di Treaty shopping, in DPT, n. 2/1998, p. 11; Valente P., La limitation on benefit clause, in Garbarino C. (a cura di), Convenzione Italia - USA contro le doppie imposizioni. Commentario, Milano, 2001, p.240 e, più ampiamente, Weeghel S.V., The Improper Use of Tax Treaties, With Particular Reference to the Netherlands and the United States, Kluwer, 1998.

<sup>1512</sup> Tale disciplina risale al 1980 e fissa i criteri per definire se il pagamento di una imposta estera sia qualificabile come pagamento di una imposta sui redditi secondo la legge fiscale USA creditabile in USA. Cfr. Rosenbloom H. D., Langbein S., United States Tax Treaty Policy: An Overview, in CJTL, n.19/1981, p.394.

<sup>1513</sup> Il memorandum è del 2007.

<sup>1514</sup> Department of the Treasury technical explanation of the convention between the Government of the United States of America and the Government of the Italian Republic for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and the prevention of fraud or fiscal evasion, 1999.

<sup>1515</sup> Explanation of Proposed Income Tax Treaty and Proposed Protocol Between the United States and the Italian Republic: Scheduled for a Hearing Before the Committee on Foreign Relations, United States Senate, on October 13, 1999.

La Convenzione Italia USA del 1999 è entrata in vigore nel 2009<sup>1516</sup>.

Il Trattato prevede la clausola di residenza in base alla cittadinanza USA (*citizenship clause*)<sup>1517</sup>, include la riserva per i maggiori benefici della legislazione domestica rispetto al Trattato<sup>1518</sup> e la *saving clause*<sup>1519</sup>. Dal momento che l'Italia non riconosce la trasparenza estera, l'interazione fra *saving clause* e *partnership clause* non genera conflitti interpretativi per l'imputazione e la classificazione del reddito.

Il Trattato include le società di persone nella nozione di «*person*» art. 3(1)(a) e nella nozione di nazionale art. 3(1)(h)<sup>1520</sup>. Tale inclusione è in linea con il modello OCSE e confermata dalle TE 1999<sup>1521</sup> e in primo luogo abilita le *partnership* americane e le società personali italiane ad invocare la clausola MAP dell'art. 25 del Trattato e in secondo luogo integra uno dei due requisiti soggettivi indispensabili per l'accesso ai benefici convenzionali. Nel caso (*rectius*, nella misura in cui) le *partnership* integrino anche il requisito della residenza, infatti, potranno accedere integralmente al Trattato.

Il fatto che il Trattato non fornisca una specifica definizione di società di persone e nemmeno rinvii alla disciplina domestica degli Stati è stato indicato dalla letteratura come ostacolo per l'applicazione delle norme convenzionali alle *partnership*<sup>1522</sup>.

Tantomeno appare risolutivo il ricorso all'*interpretation rule* dell'art. 3(2) del Trattato per identificare la nozione di *partnership* inclusa nella definizione di *person*<sup>1523</sup>.

---

<sup>1516</sup> Sulle vicende che hanno contraddistinto il lungo e travagliato processo di ratifica v. Garbarino C. (a cura di), *Convenzione Italia - USA contro le doppie imposizioni*. Commentario, Milano, 2001, Addenda 2009; Rolle G., Turina A., *Condizioni applicative e profili temporali della Convenzione Italia- Usa*, in CT, n.11/2010, p.888; Valente P., *Convenzione Italia – Usa: rassegna delle principali novità*, in *il Fisco*, 2010; Sheppard L.A., Rossi A.A., *Where is the Italian Treaty?*, in *TNI*, 29 Aug. 2005, p. 791 ss.; Sheppard L.A., *Where is the Italian Treaty?: Part 2*, in *TNI*, 10 Apr. 2006, p. 93 ss.

<sup>1517</sup> Conv. Italia-USA, Art.1(2)(b) e Prot. Art.1(1).

<sup>1518</sup> Conv. Italia-USA, Prot. Art. 3(1).

<sup>1519</sup> Conv. Italia-USA, Art.1(3).

<sup>1520</sup> Conv. Italia-USA, Art. 3(1) «1. *Ai fini della presente Convenzione, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione:*

(a) *il termine «persona» comprende le persone fisi- che, le società, un patrimonio ereditario (estate), un'associazione commerciale (trust), le società di persone ed ogni altra associazione di persone; (...)*

(h) *il termine «nazionali» designa: (...)*

(ii) *le persone giuridiche, società di persone ed associazioni costituite in conformità alla legislazione in vigore in uno Stato contraente»;*

<sup>1521</sup> V. anche Rolle G., Turina A., *Condizioni applicative e profili temporali della Convenzione Italia- Usa*, in CT, n.11/2010, p.888

<sup>1522</sup> V. Garbarino C., *Introduzione*, in (a cura di Garbarino C.) *Convenzione Italia-USA contro le doppie imposizioni*, Milano, 2001, p.28 e nello stesso senso Maronese A., *l'inserimento delle società di persone tra i soggetti cui è applicabile la convenzione*, in (a cura di Garbarino C.) *Convenzione Italia-USA contro le doppie imposizioni*, Milano, 2001, pag. 64 ss.

<sup>1523</sup> Conv. Italia-USA, Art. 3(2): « 2. *Ai fini dell'applicazione della Convenzione da parte di uno Stato contraente, le espressioni ivi non definite hanno il significato che ad esse è attribuito dalla legislazione di detto Stato relativa alle imposte cui si applica la presente Convenzione, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione».*

Il termine società di persone in Italia identifica una nozione giuridicamente molto ristretta e limitata a figure dotate di una precisa connotazione civilistica<sup>1524</sup>. Tale nozione ha una relazione di tipo univoco con il regime di trasparenza obbligatoria dell'art. 5 TUIR il quale è rigidamente circoscritto alle società personali domestiche e fiscalmente residenti in Italia. Vi è poi un regime di trasparenza opzionale riservato alle società di capitali a ristretta base partecipativa dell'art. 116 TUIR e al *consortium relief* dell'art.115 TUIR, che operano in direzione “inversa” rispetto a quello obbligatorio giacché costituiscono un'eccezione valida solo per alcuni tipi di società di capitali e non per altre forme giuridiche. Tutte le altre società estere, incluse le partnership estere, sono invece classificati soggetti IRES ai fini della fiscalità italiana.

Al contrario, in USA il termine partnership identifica una nozione giuridica molto più vasta che si ottiene per differenza da quella di corporation, trust ed estate<sup>1525</sup>. Una volta che una qualunque entità domestica o estera è esclusa dal regime di corporate tax, può optare per il regime fiscale statunitense delle corporation o delle partnership<sup>1526</sup>, proprio in ragione di quella relazione (sopra descritta) di tipo biunivoco che esiste in USA fra regime commerciale e regime fiscale delle società. Ciò amplia a dismisura la gamma di figure soggettive potenzialmente incluse nella definizione di «*person*» convenzionale: oltre le partnership classiche (general e limited partnership) vi rientrano le società di capitali come LLP e le LLC che hanno optato per il regime delle partnership. Peraltro, tale inclusione è per così dire “fluida” nel senso che può accogliere potenzialmente qualunque entità dotata di questi caratteri ancorché di futura codificazione nel sistema giuridico USA.

L'assenza di una comune definizione di partnership all'interno del Trattato tuttavia è risolta con la tecnica tipica del mod. USA di riconoscere la residenza ai soggetti trasparenti (partnership e trust) riferendosi unicamente al trattamento fiscale del reddito da questi realizzato<sup>1527</sup>.

L'inclusione delle partnership nella nozione di «*national*» ai fini del Trattato è in linea con il modello OCSE e confermata dalle TE 1999. Questa abilita le partnership americane e le società personali italiane ad invocare la clausola dei servizi governativi dell'art. 19 e la clausola antidiscriminazione dell'art. 24 del Trattato.

---

<sup>1524</sup> Cfr. Maronese A., L'inserimento delle società di persone ...cit. p. 70 ss.

<sup>1525</sup> Cfr. Maronese A., L'inserimento delle società di persone ...cit. p. 72.

<sup>1526</sup> Rossi M., L'applicazione dei trattati fiscali alle “partnership”...., p.292.

<sup>1527</sup> In questo senso Dominici R., La ratifica della convenzione Italia-Usa contro le doppie imposizioni: un decennio di innovazioni, in FI, n.3/2010, par.2.

La formulazione dell'art. 4 del Trattato rileva per le partnership sotto tre distinti aspetti: il primo riguarda la soluzione di eventuali conflitti di residenza delle partnership, il secondo riguarda i requisiti di residenza delle partnership. Il terzo riguarda l'ipotesi di soci di partnership stabilite in USA che siano nel contempo cittadini USA e residenti in Italia e sarà discusso in relazione ai rimedi contro la doppia imposizione offerti dal Trattato.

Quanto al primo profilo, l'art. 4(3) del Trattato prevede la MAP come soluzione per eventuali conflitti di residenza relativi alle persone diverse dalle persone fisiche, cioè companies, trust, estate e partnership<sup>1528</sup>. Come segnalato dalla letteratura, tuttavia, tale previsione non è di pratica applicazione alle partnership<sup>1529</sup>.

Quanto al secondo aspetto, l'art. 4(1)(b) stabilisce i requisiti affinché partnership americane e società italiane possano qualificarsi come «resident» ai fini del Trattato<sup>1530</sup>. Tale disposizione è assistita da quella contenuta nell'art. 1(5)(d) del Protocollo<sup>1531</sup>.

La formulazione dell'art. 4(1)(b) del Trattato Italia-USA è dedicata all'ammissione delle partnership ai benefici convenzionali. Essa è mutuata dalla Treaty policy statunitense<sup>1532</sup> e anticipa di circa un decennio l'analoga formulazione oggi

---

<sup>1528</sup> Conv. Italia-USA, Art. 4(3): «Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere la questione di comune accordo e per determinare le modalità di applicazione della Convenzione nei confronti di detta persona».

<sup>1529</sup> Daniels T.H.M., *Issues in international ...* cit., p.193 segnala infatti che se la partnership è residente nei due Stati si tratterà di *dual residence* di una company mentre se la partnership è trasparente, si applicherà la previsione dell'art. 4(1)(b).

A riprova di questa osservazione, le TE 1999 p. 15 non esemplificano la *dual residence* di una partnership: «Dual residents other than individuals (such as companies, trusts or estates) are addressed by paragraph 4. If such a person is, under the rules of paragraph 1, resident in both Contracting States, the competent authorities shall seek to determine a single State of residence for that person for purposes of the Convention».

<sup>1530</sup> Conv. Italia-USA, Art. 4(1)(b): «Una persona è residente se assoggettata ad imposta in ragione della residenza a condizione che:

«1. Ai fini della presente Convenzione, l'espressione «residente di uno Stato contraente» designa ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato, a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione, del suo luogo di costituzione, o di ogni altro criterio di natura analoga, a condizione, tuttavia, che: (...)

(b) nel caso di redditi realizzati o pagati da una società di persone, da un patrimonio ereditario (estate) o da un'associazione commerciale (trust), tale espressione si applichi soltanto nei limiti in cui il reddito derivante da tale società di persone, patrimonio ereditario o associazione commerciale venga assoggettato ad imposizione in detto Stato, in capo a detti soggetti ovvero in capo ai loro soci o beneficiari».

<sup>1531</sup> Conv. Italia-USA, protocollo art. 1(5)(d): «(d) per determinare la residenza di un ente che è considerato fiscalmente trasparente in base alla legislazione di ciascuno Stato contraente si applicano le disposizioni del sub-paragrafo 1 (b) dell'articolo 4 (Residenti) della Convenzione».

<sup>1532</sup> Tale disposizione come quella analoga contenuta nella convenzione del 1984, non si ispira a quella del modello USA 1996 ma a quella del modello USA 1981.

adottata dall'OCSE nel modello 2017. Ad oggi le due formulazioni, quella del mod. OCSE e quella del mod. USA, possono dirsi allineate<sup>1533</sup>.

Come chiarito dalla letteratura e confermato dalle TE 1999, secondo tale disposizione un reddito realizzato mediante entità fiscalmente trasparenti, si considera realizzato da un residente di uno dei due Stati ai fini del Trattato, se tale Stato, in base alle sue norme domestiche, tratta un suo residente come colui che ha realizzato il reddito<sup>1534</sup>.

I successivi chiarimenti delle TE 1999 sono mirati a precisare alcuni fondamentali aspetti della disposizione. In particolare, la nozione di partnership, come anche chiarito nel Protocollo, esclude tutte le entità la cui tassazione è successivamente integrata dalla tassazione sul socio<sup>1535</sup> ed abbraccia tutte le entità i cui redditi non sono tassati al livello dell'entità: ciò rende la disposizione applicabile a qualunque residente di uno Stato che abbia diritto a percepire un reddito attraverso un ente classificato come fiscalmente trasparente in base al diritto domestico di uno Stato<sup>1536</sup>.

Le TE 1999 inoltre chiariscono che un socio statunitense (di una partnership italiana) che non è fiscalmente residente in USA ai fini del Trattato, non potrà ottenere i benefici del Trattato Italia-USA. Egli potrebbe però applicare il Trattato fra l'Italia e un terzo Stato se è considerato fiscalmente residente in quello Stato ai fini di quel

---

<sup>1533</sup> Non altrettanto può dirsi rispetto all'epoca in cui il Trattato Italia-USA fu sottoscritto, quando l'esito di un allineamento sostanziale fra l'approccio alle partnership del mod. USA e quello del mod. OCSE poteva essere derivato solo in via interpretativa dalla lettura combinata di alcune raccomandazioni contenute nelle versioni precedenti al Commentario OCSE 2017 e dalla lettura del PR 1999. Sono illuminanti a questo riguardo le ampie digressioni che commentatori dell'epoca dedicano alla verifica degli orientamenti OCSE con l'art.4 del Trattato Italia-USA (e più in generale con il Mod. USA) in tema di applicazione dei Trattati alle partnership. Tali commentatori concludevano infatti per un sostanziale allineamento fra i due approcci confrontando l'art. 4 del Trattato Italia-USA con le varie versioni del Comm. OCSE ante 2017 (2003, 2010, 2014) all'art. 1 par.5 e all'art. 4 par.8.4. Cfr. Rossi M., L'applicazione... p. 289-91.

<sup>1534</sup> La letteratura segnala che la formulazione dell'art. 4(1)(b) del Trattato Italia-USA del 1999, anziché attingere dal coevo mod. USA 1996, è basata sull'approccio impiegato dal modello USA del 1981 e ricalca la formulazione codificata nella precedente Convenzione Italia-USA del 1984. Quest'ultima, non adottando la logica della derivazione reddituale, è contrassegnata da una evidente ambiguità ove non chiarisce a chi vada attribuita la qualifica di residente, se alla partnership o al socio, e se resti applicabile quando il socio è residente nell'altro Stato.

Per fugare tali dubbi, le TE 1999 esemplificano l'applicazione della disposizione chiarendo che, nonostante essa mutui l'impostazione del mod. USA 1981, il suo significato debba ritenersi identico a quello contenuto nella formulazione del mod. USA del 1996. Ne consegue che le autorità fiscali americane ignoreranno il significato letterale della disposizione attribuendo ad essa il significato che all'analoga disposizione contenuta nel mod. USA 1996. Cfr TE 1999, p.12-13 e in particolare, Rossi M., L'applicazione... cit, p. 293; Burmester K., Rosenbloom H.D., The New U.S.-Italy treaty: A U.S. Perspective, in DPTI, n.2/2009, p.458.

<sup>1535</sup> Come avveniva per la distribuzione dei dividendi delle società ante riforma 2004.

<sup>1536</sup> TE 1999, p.13 : «In general, subparagraph (b) of paragraph 1 of Article 4, as clarified by the Protocol, relates to entities that are not subject to tax at the entity level, as distinct from entities that are subject to tax, but with respect to which tax may be relieved under an integrated system. This subparagraph applies to any resident of a Contracting State who is entitled to income derived through an entity that is treated as fiscally transparent under the laws of either Contracting State. Entities falling under this description in the United States would include partnerships, common investment trusts under section 584 and grantor trusts. This subparagraph also applies to U.S. limited liability companies ("LLC"s) that are treated as partnerships for U.S. tax purposes».

Trattato. Nel contempo però se una entità costituita in USA e classificata come corporation ai fini fiscali interni realizza redditi in Italia, il Trattato Italia-USA è applicabile. La classificazione soggettiva operata dallo Stato della fonte, anche se è uno Stato terzo, è del tutto irrilevante ai fini dell'applicazione di questa disposizione. Così, se la partnership è localizzata in un terzo Stato, la classificazione operata da tale Stato è irrilevante rispetto al Trattato Italia-USA che continuerà ad applicarsi in base a dette regole<sup>1537</sup>.

Una importante precisazione riguarda la clausola «*subject to tax*» riferita al reddito realizzato dal residente: tale clausola ricorre anche nelle circostanze in cui il singolo elemento reddituale sia esentato per circostanze oggettive previste dallo Stato contraente<sup>1538</sup>.

Un'ultima precisazione riguarda la clausola «*only to the extent that*» riferita alla porzione di reddito per il quale un soggetto può qualificarsi residente in uno Stato: questa è mirata prevalentemente ad intercettare tutti i casi in cui una entità possa classificarsi parzialmente trasparente ai fini fiscali in uno Stato, solo proporzionalmente alla quota di reddito imputata per trasparenza ad un socio (in caso di limited partnership, ad esempio) o ad un beneficiario (nel caso di un trust discrezionale)<sup>1539</sup>.

C'è da notare che, come accade nella migliore tradizione del *wording* convenzionale, il testo del Trattato Italia-USA non fornisce l'interpretazione materiale del termine “realizzato da” (*derived by*) che, nello stesso tempo, rappresenta il fulcro del meccanismo allocativo del reddito in ragione del quale valutare la residenza convenzionale. L'interpretazione di tale concetto resta ancorata alla legislazione domestica degli Stati contraenti, in questo caso dello Stato della residenza che è chiamato a eliminare la doppia imposizione.

Rispetto a tutti questi aspetti non si rilevano particolari difformità rispetto alle indicazioni generali fornite in ambito OCSE: la classificazione di un ente trasparente come «resident» ai fini del Trattato dipende dalla modalità con la quale lo Stato di residenza dei soci che invocano il Trattato classifica l'entità stessa essendo a questo

---

<sup>1537</sup> TE 1999, p.14

<sup>1538</sup> TE 1999, p.14. Tale clausola è stata al centro di numerose attenzioni della prassi e della giurisprudenza anche in Italia dove la Cassazione sembra aver ormai consolidato la Tax treaty practice italiana di considerare tale locuzione come astratta idoneità all'imposizione di un reddito indipendentemente da esenzioni normative di carattere oggettivo. Per una più ampia rassegna delle convergenti posizioni di dottrina e giurisprudenza, si v. Giacometti P., Setti della Volta C., Dalla Cassazione una decisione di “sistema” su assoggettamento ad imposta e benefici convenzionali - il commento, in CT, n.11/2019, p.954 ss. e in particolare la giurisprudenza citata nelle note 6 e 7.

<sup>1539</sup> TE 1999, p.14-15.

riguardo irrilevante sia la classificazione operata dallo Stato fonte che quella operata dallo Stato di localizzazione della entità trasparente.

Va rilevato un ultimo aspetto degno di nota riguardo alla locuzione *derived by* che, come detto, è il fulcro della formulazione normativa che ammette le partnership a beneficiare del Trattato. Questa formulazione appare un *unicum* nell'intero impianto convenzionale, ma anche rispetto alla tradizionale impostazione OCSE ante 2017. Essa infatti definisce una nozione soggettiva, «resident», non a partire dalle sue caratteristiche giuridiche, civilistiche o fiscali, ma focalizzando un elemento oggettivo a questa collegato, cioè il reddito. Si tratta cioè di una formulazione normativa che definisce un carattere soggettivo centrando la nozione su un elemento oggettivo cui questo si ricollega grazie ad un meccanismo di imputazione. Peraltro, quest'ultimo meccanismo non è qualificato dal Trattato, ma va ricercato nella legislazione domestica dello Stato di residenza del socio. Ciò rappresenta un'ulteriore deroga al principio in base al quale, nella qualificazione oggettiva dei redditi convenzionali, prevale la qualificazione dello Stato della fonte. Tale approccio in ultima analisi sembrerebbe ascrivibile ad una tecnica di codificazione normativa che tenta di superare le asimmetrie derivanti dai differenti sistemi nazionali di classificazione soggettiva mediante l'ancoraggio alle regole allocative del reddito applicate dagli Stati stessi.

Il Trattato include l'IRAP fra le imposte considerate. Per i soggetti statunitensi tale inclusione prevede un meccanismo di ricalcolo dell'imposta sul reddito creditabile in USA<sup>1540</sup>. Per tale imposta inoltre le società trasparenti italiane si qualificano come autonomi soggetti passivi.

In relazione a dividendi interessi e royalties, le precisazioni delle TE 1999 non discostano da quanto previsto dal Commentario OCSE 2017 a proposito di redditi «pagati a», «realizzati da» o «effettivamente posseduti da» soci di partnership localizzate nei due Stati o in un terzo Stato. Relativamente ai dividendi, in particolare le TE 1999 chiariscono che le società che possiedono le quote di altre società mediante

---

<sup>1540</sup> Cfr. Mayr S., La nuova Convenzione Italia-USA contro le doppie imposizioni sul reddito, in BTI, n.11/2009 p.851 e n. 7/2010, p.490; Truttali F., IRAP e non residenti: Accordo Italia-USA, in CT n.17/1998, p.1281 ss.; Valente P., Magenta M., Rolle G., Le modalità di riconoscimento del credito d'imposta e l'Irap, in (a cura di C. Garbarino) Convenzione Italia-USA contro le doppie imposizioni, Milano, 2001, p.204 ss. e Valente P., Magenta M., Il riconoscimento del dell'Irap ai fini convenzionali, in ibidem, p. 28 ss.; Dominici R., La ratifica delle convenzione Italia-USA contro le doppie imposizioni: un decennio di "innovazioni", in FI n. 3/2010, p.209; Camisasca G.M., Con la nuova convenzione Italia-Usa regolata anche l'IRAP, in Amministrazione e Finanza, n19/1999, p. 5; Celli R. Ferrazzi M., Italia e Usa rinnovano i «patti» fiscali, in Commercio Internazionale, n.21/1999, p.877; Valente P., Magenta M., Irap: accreditabilità negli Stati Uniti, in IF n. 25/1998, p.8375; Magenta M., Valente P., La nuova Convenzione Italia-USA contro le doppie imposizioni, in IF, n.12/ 1999, p.3936.



una partnership, sono considerate socie nella proporzionale quota di partecipazione nella società intermediaria<sup>1541</sup>.

Quanto ai redditi d'impresa, le partnership non costituiscono «*impresa*» ai sensi dell'art. 3 del Trattato in quanto prive del requisito di «*resident*», le TE 1999 tuttavia confermano che il termine si estende alle imprese svolte mediante entità (come le partnership) che sono classificate trasparenti nello stato del socio<sup>1542</sup>.

Negli Stati Uniti il codice non prevede la nozione di stabile organizzazione, ma il concetto che più si avvicina a questo come affermazione del principio di territorialità è quello di reddito effettivamente connesso (ECI) con un'attività *engaged in trade or business* in USA (US ETB). Secondo la legge fiscale statunitense, il socio non residente di una partnership americana o estera con un'attività *engaged in trade or business* in USA è tassato in USA sulla sua quota parte di utili di tale attività<sup>1543</sup>. Per altro verso, la legge fiscale statunitense considera l'attività di *trade or business* in USA svolta da una partnership americana con soci esteri come l'attività dei soci esteri, se questi operano come agenti della partnership e non per proprio conto<sup>1544</sup>. Tale approccio, basato sulla *entity theory*, è confermato dall'autorità fiscale e dalle Corti USA anche con riguardo ai Trattati fiscali<sup>1545</sup>.

Sotto questo profilo le TE 1999 appaiono completamente allineate all'approccio OCSE sulla configurazione di “stabili organizzazioni da socio di partnership”, così come previsto anche dagli esempi 10 e 11 del PR99.

Per effetto di tale approccio si realizzano due conseguenze: in USA generalmente le partnership con soci esteri sono soggette a *branch profit tax* (BPT) e la cessione di quote della partnership ha rilevanza patrimoniale di una cessione aziendale e non di partecipazioni.

---

<sup>1541</sup> TE 1999, p.31: « *Companies holding shares through fiscally transparent entities such as partnerships are considered for purposes of this paragraph to hold their proportionate interest in the shares held by the intermediate entity*».

<sup>1542</sup> TE 1999, p.8: « *the terms “enterprise of a Contracting State” and “enterprise of the other Contracting State” encompass an enterprise conducted through an entity (such as a partnership) that is treated as fiscally transparent in the Contracting State where the entity’s owner is resident. In accordance with Article 4 (Resident), entities that are fiscally transparent in the country in which their owners are resident are not considered to be residents of a Contracting State (although income derived by such entities may be taxed as the income of a resident, if taxed in the hands of resident partners or other owners). This treatment ensures that an enterprise conducted by such an entity will be treated as carried on by a resident of a Contracting State to the extent its partners or other owners are residents. This approach is consistent with the Code, which under section 875 attributes a trade or business conducted by a partnership to its partners and a trade or business conducted by an estate or trust to its beneficiaries*».

<sup>1543</sup> IRC sec. 875(1): «For purposes of this subtitle—(1) a nonresident alien individual or foreign corporation shall be considered as being engaged in a trade or business within the United States if the partnership of which such individual or corporation is a member is so engaged».

<sup>1544</sup> Cfr. Rossi M., L'applicazione... cit, p. 302; Maronese A., L'inserimento delle società di persone ...cit. p. 74.

<sup>1545</sup> *Unger v. CIR* 936 F2d 1316, Treas. Reg. se. 1.875-1.

La BPT<sup>1546</sup> è prelevata, con ritenuta alla fonte, dalla partnership che realizza redditi effettivamente connessi ad attività ETB in USA poi imputati al socio estero al pari di una ritenuta sui presunti dividendi equivalenti di una distribuzione di utili societari<sup>1547</sup>. Come chiarito dalle TE 1999, la BTP è esclusa dalle ipotesi discriminatorie dell'art. 24 del Trattato<sup>1548</sup>.

Come immediata conseguenza di ciò, un socio italiano di una partnership americana o estera con un'attività *engaged in trade or business* in USA sarà considerato, in relazione alle attività svolte dalla partnership, titolare pro quota di una stabile organizzazione in USA anche ai fini della cessione di quote<sup>1549</sup>. Come chiarito dalla TE 1999, tale cessione sarà quindi qualificata in USA non come cessione di partecipazioni, ma come cessione della stabile organizzazione o dei suoi beni mobili ai fini dell'art. 13(2) del Trattato<sup>1550</sup>.

Tale approccio si replica anche nel caso di attività professionali svolte mediante una *service partnership* con base fissa in USA<sup>1551</sup>. La prassi statunitense prevede a tal riguardo che l'utile della base fissa non sia imputato esclusivamente al socio estero che ha concretamente impiegato tale base fissa, ma è tassato in capo a tutti i soci esteri della partnership a prescindere dal fatto che essi abbiano lavorato presso tale base fissa<sup>1552</sup>.

Come rimedio contro la doppia imposizione l'art. 23(1)-(2) del Trattato prevede il *credit method* per entrambe gli Stati.

---

<sup>1546</sup> IRC sec. 884 e 1446.

<sup>1547</sup> IRC sec. 884. Cfr. Maronese A., L'inserimento delle società di persone ... cit. p. 74; Rosenbloom H.D., Katz J.L., La cosiddetta «Branch Profits Tax», in (a cura di C. Garbarino) Convenzione Italia-USA contro le doppie imposizioni, Milano, 2001, pa.116 ss.

<sup>1548</sup> TE 1999, p.78: «Section 1446 of the Code imposes on any partnership with income that is effectively connected with a U.S. trade or business the obligation to withhold tax on amounts allocable to a foreign partner. In the context of the Convention, this obligation applies with respect to a share of the partnership income of a partner resident in Italy, and attributable to a U.S. permanent establishment. There is no similar obligation with respect to the distributive shares of U.S. resident partners. It is understood, however, that this distinction is not a form of discrimination within the meaning of paragraph 2 of the Article. No distinction is made between U.S. and non-U.S. partnerships, since the law requires that partnerships of both U.S. and non-U.S. domicile withhold tax in respect of the partnership shares of non-U.S. partners. Furthermore, in distinguishing between U.S. and non-U.S. partners, the requirement to withhold on the non-U.S. but not the U.S. partner's share is not discriminatory taxation, but, like other withholding on nonresident aliens, is merely a reasonable method for the collection of tax from persons who are not continually present in the United States, and as to whom it otherwise may be difficult for the United States to enforce its tax jurisdiction. If tax has been over-withheld, the partner can, as in other cases of over- withholding, file for a refund». Cfr. Fort G., La nuova convenzione Italia-Stati Uniti: le principali novità, in CT, n.47/1999, p. 3529.

<sup>1549</sup> V. Rev. Rul. 91-32, 1991-1 C.B. 107. Di recente tale prassi è stata rigettata dalla decisione *Grecian Magnesite Mining, Industrial & Shipping Co., SA v. Commissioner*, T.C. No. 19215-12, 149 T.C. No. 3, 7/13/2017, la quale ha ritenuto incoerente l'applicazione automatica della *aggregate theory* per tassare cessione di quote di partnership estere come stabili organizzazioni se non esiste connessione fra il reddito dell'impresa e l'ETB in USA.

<sup>1550</sup> TE 1999, p. 47. Sul punto v. anche Nobili F., Graidi S., La disciplina dei capital gains, in Garbarino C. (a cura di), Convenzione Italia - USA contro le doppie imposizioni. Commentario, Milano, 2001, p. 179.

<sup>1551</sup> Marinello A., Angelotto E., I redditi derivanti dall'esercizio di professioni indipendenti, in Garbarino C. (a cura di), Convenzione Italia - USA contro le doppie imposizioni. Commentario, Milano, 2001, p.195.

<sup>1552</sup> TE 1999, p. 51.

L'approccio USA consiste nella concessione di un credito d'imposta per le imposte pagate o dovute all'estero indipendentemente dalla qualificazione del reddito operato dallo Stato della fonte<sup>1553</sup>. Il Trattato prevede espressamente che la concessione del credito convenzionale sia condizionato al rispetto della legislazione interna sulla limitazione dei benefici convenzionali richiamata in precedenza<sup>1554</sup>.

La quantificazione del credito convenzionale per l'IRAP pagata in Italia comporta uno specifico meccanismo di ricalcolo dovuto al fatto che tale tributo non incontra identica qualificazione di "income tax" ai fini della legislazione americana<sup>1555</sup>.

L'art. 23(4) del Trattato unitamente all'art. 4 del Protocollo disciplinano inoltre una potenziale e particolare situazione provocata dalla *citizenship clause* dell'art. 1(2)(b): l'ipotesi<sup>1556</sup> di una partnership americana con un socio cittadino degli Stati Uniti che nel contempo è fiscalmente residente in Italia<sup>1557</sup>.

Si tratta invero di applicare la Convenzione e in generale i principi OCSE ad una situazione molto particolare in cui una stessa persona si trova ad essere tassata due volte sul proprio reddito globale (perché cittadino USA residente in Italia) per un reddito conseguito in Italia, attraverso una partnership che gli USA considerano trasparente e l'Italia invece considera opaca (perché estera).

La partnership americana è soggetta ad IRES sui redditi di fonte italiana. Il cittadino Usa, ancorché residente in Italia paga imposte anche in USA sul reddito di fonte italiana prodotto attraverso la partnership. In tale circostanza, il Protocollo prevede che l'Italia conceda al socio un credito d'imposta (pro-quota) rispetto all'IRES pagata in Italia dalla partnership americana.

---

<sup>1553</sup> Tale approccio è coerente con quello previsto dall'IRC sec. 901.

<sup>1554</sup> Conv. Italia-USA, Art.23(2)(a): «In conformità alle disposizioni e fatte salve le limitazioni della legislazione degli Stati Uniti (così come può essere di volta in volta modificata, senza intaccare il principio generale qui esposto), gli Stati Uniti riconoscono ai residenti o ai cittadini statunitensi nei confronti dell'imposta statunitense sul reddito un credito pari al corrispondente ammontare dell'imposta sul reddito pagata in Italia (...)». Si tratta dell'IRC sec. 894 discusso nel par. precedente.

<sup>1555</sup> Conv. Italia-USA, Art. 2(2)(a)(iii) e Art.23(2)(c). Sul meccanismo di ricalcolo dell'IRAP creditabile in USA, si rinvia alla nota precedente in tema di IRAP.

<sup>1556</sup> Si tratta del terzo profilo di rilevanza per le partnership prima segnalato con riferimento alla *citizenship clause* dell'art. 4 del Trattato.

<sup>1557</sup> Conv. Italia-USA, Art.23(4)(a): «Se un cittadino statunitense è residente in Italia: (a) in relazione ad elementi di reddito che, ai sensi delle disposizioni della presente Convenzione, sono esenti dall'imposta statunitense o che sono assoggettati ad un'aliquota ridotta dell'imposta statunitense allorché ottenuti da un residente in Italia che non sia un cittadino degli Stati Uniti, l'Italia riconosce un credito nei confronti dell'imposta italiana per un ammontare non eccedente l'imposta che sarebbe dovuta negli Stati Uniti se il residente dell'Italia non fosse un cittadino degli Stati Uniti».

Conv. Italia-USA, Prot. art 4: «*Si conviene che un cittadino statunitense, residente dell'Italia, socio di una società di persone avente la nazionalità degli Stati Uniti, avrà diritto ad un credito rimborsabile, nei confronti dell'imposta sul reddito delle persone fisiche del socio prelevata dall'Italia nel periodo di imposta, pari alla quota dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche, prelevata dall'Italia per lo stesso periodo a carico della società di persone, che risulti attribuibile alla partecipazione del socio al reddito della società di persone*». Cfr. TE 1999, p. 52

Nonostante gli indubbi risultati sistematici cui mira<sup>1558</sup>, questa specifica disposizione, “forza” il partnership approach italiano, secondo cui le partnership estere risultano sempre opache nella tassazione dei soci residenti in Italia.

A questo riguardo, la relazione tecnica italiana conferma che, per effetto della disposizione dell’art. 4 del Protocollo, il *foreign partnership approach* italiano non muta<sup>1559</sup> e che quindi questa deve ritenersi una forzatura valida solo con riferimento al caso specifico in cui una partnership americana, con socio cittadino USA e fiscalmente residente in Italia, realizzi un reddito di fonte italiana<sup>1560</sup>.

---

<sup>1558</sup> La soluzione prospettata dalla norma, in ultima analisi, comporta la restituzione al socio della quota IRES pagata in Italia dalla partnership americana corrispondente alla quota di utile del socio cittadino USA. Essa ha l’indubbio vantaggio di applicare pedissequamente l’art. 4(1)(b) del Trattato al cittadino USA, perché considera la società americana trasparente nella misura in cui il reddito è considerato come “reddito di un residente” ai fini della fiscalità USA. Essa ha l’ulteriore vantaggio (e incombenza) di lasciare all’Italia una valutazione caso per caso dell’applicazione dei principi OCSE in materia di trasparenza fiscale delle partnership nei confronti di soci residenti in altri Stati.

La questione apre in verità altri scenari: si pensi ad una società americana trasparente partecipata ad esempio da un cittadino USA, un residente in Germania e un residente nel Regno Unito. L’applicazione dei principi generali ai tre Trattati porterebbe ad applicare il trattato USA-Italia al cittadino USA (“nella misura” in cui la partnership è residente USA in base dell’art. 4(1)(b) del Trattato), il trattato Germania-Italia al cittadino tedesco, a negare il Trattato al residente britannico con inevitabile violazione del principio di discriminazione UE.

<sup>1559</sup> Camera dei Deputati, Relazione tecnica (Articolo 11-ter, comma 2, della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni). Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni tra Italia e Stati Uniti d’America. Riflessi fiscali di gettito derivanti dall’introduzione delle nuove disposizioni, p.16 (consultabile in <https://www.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/html/relazioniTecniche%5C16PDL0016390.html>), punto n. 2. Ambito soggettivo di applicazione della Convenzione - Le società di persone (articolo 3): «(...) *In sostanza la norma convenzionale (pur non incidendo nell’ambito di una definizione già puntualizzata nel contesto del Protocollo aggiuntivo al testo impiegato nel 1985) ha formulato (in chiaro mediante la predisposizione di una norma ad hoc) una deroga alla nostra legislazione interna realizzando la trasparenza della società di persone americana sul reddito da essa conseguito e tassato in Italia.*

*(...) nell’ambito della nuova Convenzione l’esplicito riferimento alle società di persone non sembra decisivo al fine di estendere a tali soggetti l’ambito di applicazione della Convenzione e con ciò il meccanismo del credito d’imposta da questa richiamato.*

*Si ritiene, in questi termini, che i due requisiti contenuti nell’ambito dell’articolo 1 al fine di identificare i soggetti beneficiari della Convenzione (cioè che si tratti di «persone» e che siano «residenti» in uno dei due Stati contraenti) debbano essere soddisfatti congiuntamente.*

*In questi termini, è necessario che i soggetti (società di persone) dei quali si sta discutendo possano essere qualificati come residenti ai sensi dell’articolo 4 della Convenzione.*

*In conclusione, l’inserimento della nuova formulazione ha meglio precisato la definizione di società «nazionale» impiegata nella menzionata disposizione contenuta nel Protocollo aggiuntivo al testo convenzionale, con ciò generando certamente un’interpretazione più ristretta della disciplina riguardante il credito d’imposta (...).*

<sup>1560</sup> In questo senso la disposizione sembrerebbe espressamente superare sia i noti ostacoli opposti dal partnership approach italiano (qualificazione dell’utile come reddito di capitale e tassazione per cassa con indetraibilità dell’imposta estera, e al più deducibilità della stessa) sia l’impossibilità di imputare un credito di imposta italiano per imposte che in questo caso non sono estere ma italiane (IRES).

Il requisito di concomitanza temporale richiesto dalla disposizione (secondo cui il credito d’imposta va computato su un’IRPEF relativa al medesimo periodo d’imposta dell’IRES pagata dalla partnership americana) sembra sottintendere l’applicazione di un approccio di “trasparenza pura”. Ragionando in linea teorica infatti il socio residente italiano potrà beneficiare del credito d’imposta art. 4 del Protocollo solo al rimpatrio degli utili, quando cioè si realizza il presupposto “di cassa” (per lo Stato italiano), e se il pagamento dell’IRPEF su tali utili avviene nel medesimo periodo d’imposta in cui la partnership americana ha pagato l’IRES sui redditi di fonte italiana.

Ciò che in altre parole la disposizione dell’art. 4 del Protocollo sembra prevedere, è un’ipotesi di “perfetta trasparenza” della partnership americana in cui il flusso finanziario è diretto (dalla fonte direttamente al socio, senza

L'applicazione concreta di tale disposizione inoltre è minata da un requisito di concomitanza temporale<sup>1561</sup> che si rende irrealizzabile per effetto del funzionamento combinato dei sistemi di liquidazione delle imposte nei due Stati. Le imposte statunitensi sono infatti liquidate solo successivamente a quelle italiane quindi la concomitanza temporale richiesta dalla disposizione dell'art. 4 non si può in concreto realizzarsi<sup>1562</sup>.

L'art.2 del Protocollo contiene una clausola *Limitation on Benefit* (LoB clause) «simmetrica» che, benché non rientri nella *tax Treaty policy* italiana, è applicabile anche dalle autorità fiscali italiane. La disposizione è mirata ad evitare che residenti di Stati terzi costituiscano entità giuridiche in uno dei due Stati contraenti, con lo scopo principale (*principal purpose*) di accedere ai benefici della Convenzione<sup>1563</sup>. Essa quindi limita l'accesso ai benefici convenzionali al superamento di specifici test mirati a verificare l'effettivo radicamento nel Paese di residenza<sup>1564</sup>.

L'art. 2 del Protocollo prevede che l'accesso ai benefici della Convenzione possa avvenire in tre modalità: integrale (par. 2), parziale (par. 3) o discrezionale (par. 4).

Nel caso in cui sia coinvolta una partnership internazionale l'applicazione della *LoB clause* va combinata con la *partnership clause*: nella misura in cui la partnership è considerata residente in USA ai fini dell'art. 4(1)(b), l'Italia dovrà verificare i requisiti LoB rispetto ai soci statunitensi<sup>1565</sup>.

L'Italia potrà concedere integralmente i benefici convenzionali in base all'art. 2(2)(f) del Protocollo<sup>1566</sup> ai soci residenti in USA di una partnership (nazionale USA,

---

passare per la partnership) oppure i passaggi (dalla fonte alla partnership, e da questa al socio) si realizzano in modo contemporaneo e comunque all'interno del medesimo periodo d'imposta in cui è il reddito di fonte italiana è stato realizzato e il pagamento della relativa IRES è dovuto. Nell'ambito di questa ipotesi, quindi, l'Italia acconsente a rendere creditabili anche le imposte italiane quando, nell'ambito delle operazioni internazionali realizzate da partnership realmente e concretamente trasparenti, i flussi finanziari rispettino la completa trasparenza dei soggetti interposti.

<sup>1561</sup> L'art. 4 del Protocollo richiede infatti identità del periodo di imputazione del credito italiano con il periodo d'imposta cui si riferisce l'imposta pagata in Italia.

<sup>1562</sup> Fort G., La nuova convenzione Italia-Stati Uniti: le principali novità, in CT, n.47/1999, p.3529; Mayr S., La nuova Convenzione Italia-USA contro le doppie imposizioni sul reddito, in BTI, n.11/2009 p.851 e n. 7/2010, p.490.

<sup>1563</sup> TE 1999, p.93-94.

<sup>1564</sup> Sul punto in particolare Valente P., Magenta M., *Analysis of Certain Anti - Abuse Clauses in the Tax Treaties Concluded by Italy*, in BIT, n. 1/2000, p.41, Valente P., *La "limitation on benefits clause"*, in C. Garbarino, cit., p.236 - 248; Valente P., *Lotta all'evasione fiscale internazionale nel Modello statunitense di Convenzione contro le doppie imposizioni del 2016*, in IF, n.9/2016, p.1860; Rolle G., Turina A., *Condizioni applicative e profili temporali della Convenzione Italia- Usa*, in CT, n.11/2010, p.888.

<sup>1565</sup> La verifica dovrà avvenire solo da parte dell'Italia come Stato fonte, giacché come Stato di residenza dei soci, l'Italia classifica la partnership estere come opache e ciò rende inapplicabile il Trattato.

<sup>1566</sup> Conv. Italia-USA, Prot. art.2: «1. Un residente di uno Stato contraente ha diritto ai benefici altrimenti concessi ai residenti di uno Stato contraente ai sensi della Convenzione unicamente nella misura prevista dal presente articolo.

nazionale dell'Italia o nazionale di un terzo Stato) se gli USA classificano la partnership come trasparente<sup>1567</sup> e se i soci superano congiuntamente l'*ownership test* dell'art. 2(2)(f)(i) e il *base erosion test* dell'art. 2(2)(f)(ii) del Protocollo<sup>1568</sup>.

Se il socio della partnership è residente altrove, come visto in precedenza, l'Italia come Stato della fonte applicherebbe il Trattato con gli USA solo a condizione che la partnership si classifichi opaca anche in USA: in tal caso l'accesso ai benefici convenzionali sarà integrale alle condizioni che la LoB prevede ordinariamente per le società, in base all'art. 2(2)(c) del Protocollo<sup>1569</sup>.

Nel caso in cui non ricorrano i requisiti per il riconoscimento integrale dei benefici convenzionali in base all'art. 2(2) del Protocollo, l'Italia come Stato della fonte potrà concedere i benefici convenzionali in forma parziale, in base all'art. 2(3) del Protocollo, limitandoli a singoli elementi reddituali. In tal caso, i soci residenti in USA di una partnership (nazionale USA, nazionale dell'Italia o nazionale di un terzo Stato e sempre che gli USA classifichino la partnership come trasparente) potranno

---

2. *Un residente di uno Stato contraente ha diritto a tutti i benefici previsti dalla Convenzione a condizione che detto residente sia: (...)*

(f) *una persona diversa da una persona fisica, se:*

(i) *per almeno la metà dei giorni dell'anno fiscale le persone di cui ai commi (a), (b), (c), (d) o (e) possiedono, direttamente o indirettamente (tramite una catena di possesso in cui ciascuna persona ha diritto ai benefici previsti dalla Convenzione ai sensi del presente paragrafo), almeno il 50 per cento di ciascuna classe di azioni o altri diritti dei beneficiari nella persona, e*

(ii) *meno del 50 per cento del reddito lordo della persona per l'anno fiscale è, direttamente o indirettamente, pagato a o maturato da persone che non sono residenti di uno degli Stati contraenti (a meno che il pagamento sia attribuibile ad una stabile organizzazione situata in uno degli Stati), sotto forma di pagamenti deducibili ai fini dell'imposizione sui redditi nello Stato di residenza di detta persona».*

<sup>1567</sup> In tal caso infatti l'Italia è Stato della fonte e applica de plano il Trattato al socio USA perché USA tratta la partnership come entità trasparente.

<sup>1568</sup> In base all'*ownership test* dell'art. 2(2)(f)(i) del Protocollo, il riconoscimento integrale dei benefici richiede una verifica sui soggetti controllano la partnership. In particolare, almeno la metà dei diritti di partecipazione nell'entità devono essere possedute, per più della metà del periodo fiscale, da soggetti che soddisfano i requisiti previsti dell'art. 2(2). Così anche per tutti gli intermediari nel caso di partecipazione indiretta. Il *base erosion test* dell'art. 2(2)(f)(ii) del Protocollo prevede invece che meno della metà del reddito lordo della partnership sia direttamente o indirettamente trasferito a soggetti non residenti mediante pagamenti deducibili. Cfr. Valente P., *La limitation on benefit clause*, in Garbarino C. (a cura di), *Convenzione Italia - USA contro le doppie imposizioni. Commentario*, Milano, 2001, p.243; Di Stefano A., Porcarelli A., Falduto G., Di Giandomenico F., *La limitation on benefits clause nella convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e USA*, in FCI, n.6/2019, p.19; Magenta M., Rolle G., *Doppie imposizioni. La nuova Convenzione Italia - USA. Analisi delle principali disposizioni riguardanti i flussi transnazionali di reddito*, in IF, n.42/1999, p.18; Burmester K., Rosenbloom H.D., *The New U.S.-Italy treaty: A U.S. Perspective*, in DPTI, n.2/2009, p.460.

<sup>1569</sup> «2. *Un residente di uno Stato contraente ha diritto a tutti i benefici previsti dalla Convenzione a condizione che detto residente sia: (...)* (c) *una società, se:*

(i) *tutte le azioni ricomprese nella classe o nelle classi di azioni che rappresentano più del 50 per cento del potere di voto e del valore della società stessa sono oggetto di regolare negoziazione in una borsa valori riconosciuta, oppure*

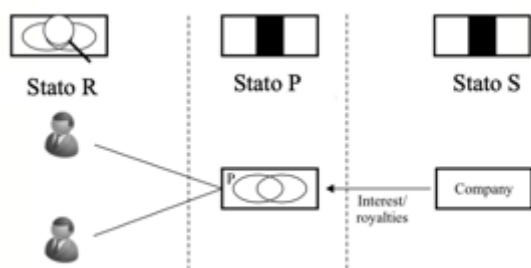
(ii) *almeno il 50 per cento di ciascuna classe di azioni della società è detenuto, direttamente o indirettamente, da cinque società, o meno, aventi diritto ai benefici ai sensi del punto i), a condizione che, nel caso di possesso indiretto, ciascun possessore intermedio sia una persona avente diritto ai benefici previsti dalla Convenzione ai sensi del presente paragrafo (...)*».

avere accesso ai benefici convenzionali se ricorrono congiuntamente le tre condizioni del cd *active trade or business test*<sup>1570</sup>.

Se il socio della partnership è residente in Italia, come visto, il Trattato e la relativa LoB potrà trovare applicazione solo se la partnership si qualifica opaca in USA: in tal caso, la simmetria classificatoria consentirà ai due Stati di considerare la partnership come una società che distribuisce utili a un socio italiano; rispetto a tale circostanza saranno gli Stati Uniti come Stato della fonte a verificare i requisiti Lob per poter applicare il Trattato USA al socio residente in Italia.

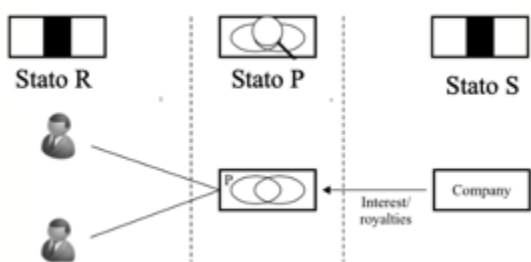
### 3.9.3 Tax Treaty practice

La tassazione USA di un reddito ricevuto da una entity fiscalmente trasparente nel suo stato di residenza generalmente non applica il Trattato<sup>1571</sup>. il Trattato si applica se lo stato di residenza del socio tratta la società come trasparente<sup>1572</sup>.



Come Stato della fonte, gli USA applicano il Trattato alle entità considerate opache nella loro giurisdizione e ai soci esteri se il loro Stato di residenza classifica la partnership come trasparente. In questo caso, quindi gli USA applicheranno il Trattato USA-S e il Trattato USA-P<sup>1573</sup>.

Questo caso tuttavia non può interessare l'Italia.



Come Stato di residenza dei soci, gli USA imputano ai soci un credito d'imposta per le ritenute applicate dallo Stato fonte S e generalmente riconoscono anche un credito per le imposte (dirette o ritenute) applicate dallo Stato della partnership P quando questa è

considerata opaca nel suo Stato e trasparente in USA<sup>1574</sup>. In questo caso, se l'Italia è Stato della fonte (Stato S) dovrà applicare ai soci il Trattato con gli USA se risultano verificati i requisiti LoB. Ciò accadrà anche se l'Italia è Stato della partnership (Stato

<sup>1570</sup> Vale a dire quando il socio sia impegnato nella «gestione di un'attività commerciale o industriale» nello Stato di residenza, tale attività sia «sostanziale» rispetto a quella esercitata nello Stato della fonte del reddito e il reddito sia «collegato o secondario» rispetto all'attività svolta. Per i riferimenti bibliografici v. nota n. 177.

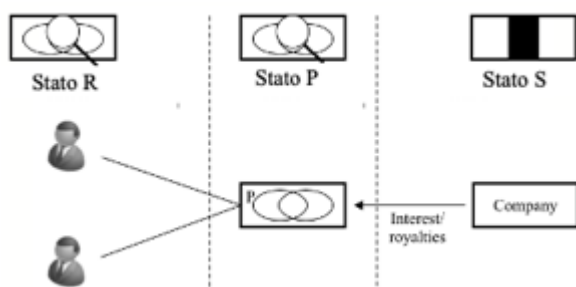
<sup>1571</sup> Infanti A.C., Moens B., United States branch report, cit.p.859.

<sup>1572</sup> Ibidem.

<sup>1573</sup> V. Treas Reg. § 1.894-1; Infanti A.C., Moens B., United States branch report, cit.p.872.

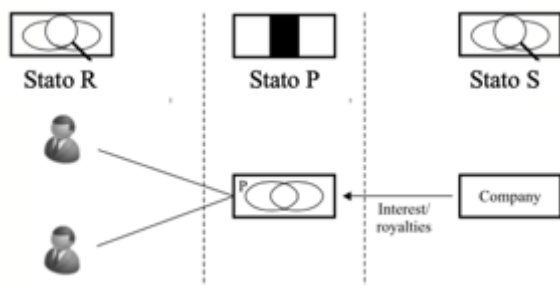
<sup>1574</sup> IRC 901 (a) e Treas. Reg. §1.901-2; IRC 903 ) e Treas. Reg. §1.903-1.

P) ma in aggiunta verificherà se la partecipazione dei soci statunitense nella partnership italiana configuri loro stabile organizzazione o base fissa in Italia. Gli USA, come Stato della fonte, non applicheranno alcun Trattato poiché la partnership non è residente nello Stato P e lo Stato R la classifica opaca. In ogni caso, l'Italia, come Stato P o come Stato R, non applicherà il Trattato. Gli USA, come Stato della partnership, riconoscono un credito per imposte estere sui redditi tassati in USA solo se tali redditi sono effettivamente connessi con attività di *trade o business* localizzata in USA. Se la società non è ETB in USA, nessun reddito societario è tassato e nessun credito è dovuto<sup>1575</sup>. Il credito è dovuto solo se il reddito è connesso con attività svolta in USA.



Gli USA, come Stato della fonte, applicano il Trattato con lo Stato R<sup>1576</sup> ma non con lo Stato P. Gli USA, come stato della partnership, riconoscono il credito di imposta alla partnership solo se questa si configura come stabile organizzazione del socio estero in USA, in tal caso infatti il

socio estero è tassato in Usa come non residente che riceve redditi effettivamente connessi con attività di *trade o business* di fonte USA. Gli USA, come Stato di residenza dei soci, riconoscono un credito di imposta ai soci per le ritenute operate da S sui redditi pagati a P; i soci infatti, in quanto tassati pro quota sugli utili della partnership ricevono la corrispondente quota di credito d'imposta per le imposte pagate dalla partnership<sup>1577</sup>. L'Italia come Stato della fonte applicherà il Trattato ai soci residenti nello Stato R. Se gli USA sono lo Stato R, sarà applicabile il Trattato Italia-USA, se gli USA sono lo Stato P, sarà applicabile il Trattato in vigore con lo Stato di residenza di ogni singolo socio.



Gli USA, come Stato della fonte, applicheranno entrambe i Trattati con lo Stato P e lo Stato R<sup>1578</sup>. Gli USA, come Stato della partnership, in questo caso opaca, non riconoscono il credito d'imposta alla partnership per le ritenute applicate dallo Stato S perché, in base alla legislazione

<sup>1575</sup> IRC sec. 111, 875.

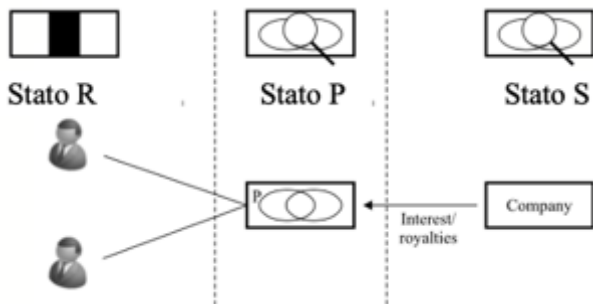
<sup>1576</sup> V. Treas Reg. § 1.894-1; Infanti A.C., Moens B., *United States branch report*, cit.p.873.

<sup>1577</sup> Treas. Reg. §1.901-2.

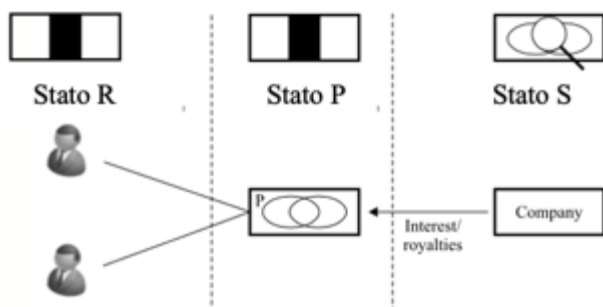
<sup>1578</sup> V. Treas Reg. § 1.894-1; Infanti A.C., Moens B., *United States branch report*, cit.p.873.



interna il credito è imputabile solo a chi è legalmente responsabile delle relative imposte<sup>1579</sup>.

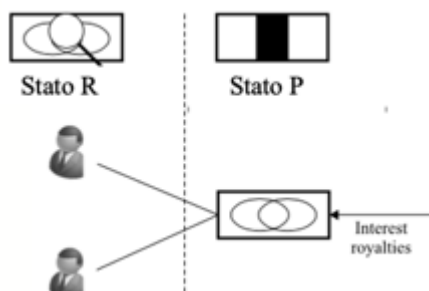


Gli USA, come Stato della fonte, non applicheranno il Trattato né con lo Stato P, né con lo Stato R. Gli USA, come Stato di residenza dei soci, non concedono credito di imposta<sup>1580</sup>. L'Italia non applicherà mai il Trattato né come Stato di residenza dei soci, né come Stato della partnership.



Gli USA, come Stato della fonte, applicheranno il Trattato con lo Stato P. Gli USA, come Stato della partnership, non riconoscono il credito d'imposta alla partnership per le ritenute applicate dallo Stato S perché, in base alla legislazione interna, il credito è imputabile solo a chi è

legalmente responsabile delle relative imposte<sup>1581</sup>. L'Italia, come Stato di residenza dei soci, concede il credito di imposta per le ritenute applicate dallo Stato P, ma non per le ritenute applicate dallo Stato R.



Gli USA, come Stato della fonte e Stato della partnership, non applicheranno il Trattato con lo Stato R perché classificano la partnership come *reverse hybrid* alla quale la disciplina fiscale interna disconosce i benefici del Trattato<sup>1582</sup>. Gli USA, come Stato di residenza dei soci, applicano la *saving clause*

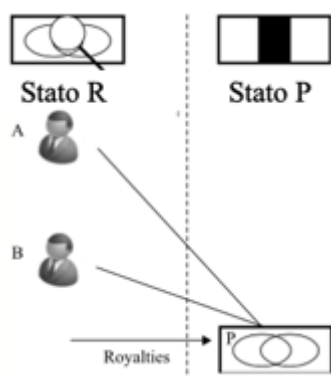
convenzionale e non riconoscono il diritto esclusivo dello Stato P di tassare i suoi residenti. La circostanza non si verifica tuttavia in Italia.

<sup>1579</sup> Treas. Reg. §1.901-2, Infanti A.C., Moens B., *United States branch report*, cit.p.873.

<sup>1580</sup> Treas. Reg. §1.901-2 e IRC sec. 909; Infanti A.C., Moens B., *United States branch report*, cit.p.874.

<sup>1581</sup> Treas. Reg. §1.901-2, Infanti A.C., Moens B., *United States branch report*, cit.p.874.

<sup>1582</sup> V. Treas Reg. § 1.894-1; Infanti A.C., Moens B., *United States branch report*, cit.p.875.



Gli USA, come Stato della partnership, tasseranno la partnership come società e lo Stato R potrà applicare il Trattato perché gli USA tassano la partnership come residente in base alla partnership clause. Gli USA non concedono il credito alla società perché questa non è legalmente responsabile per le imposte applicate dallo Stato R<sup>1583</sup> e nemmeno ai soci perché questi sono non residenti in USA ma senza reddito connesso ad attività ETB localizzata

in USA<sup>1584</sup>. Gli USA, come Stato di residenza dei soci, applicano anche in questo caso la *saving clause* convenzionale e non riconoscono il diritto esclusivo dello Stato P di tassare i suoi residenti. Gli USA però non concedono alcun credito d'imposta perché se la partnership è classificata trasparente la legge non prevede alcuna ritenuta sui redditi di fonte USA prodotti da soci residenti in USA. Se lo Stato P applica ritenute, gli USA concedono un credito d'imposta che potrà essere utilizzato solo se i soci hanno altri redditi esteri perché il reddito in questione è di fonte USA e non consente scomputo di imposta estera<sup>1585</sup>. La circostanza non si verifica tuttavia in Italia.

### 3.9.4 Valutazioni

Trattato Italia-USA si caratterizza in particolare per gli specifici requisiti affinché i redditi delle partnership possano godere dei benefici convenzionali.

Come prevede la tradizionale e consolidata *tax treaty policy* degli Stati Uniti, le clausole del Trattato Italia-USA ricevono una codificazione simmetrica. Tale simmetria tuttavia derivando dal mod. USA, è evidentemente conformata alle particolarità del sistema fiscale americano e risulta di fatto inapplicabile per l'Italia. Ciò vale sia per la citizenship base taxation, sia per la *saving clause*, sia per la partnership clause.

Con specifico riferimento alle partnership, l'analisi ha mostrato come il Trattato risulti palesemente "sbilanciato" a vantaggio degli USA. Tale sbilanciamento va letto nella prospettiva di una concreta utilità del Trattato rispetto alle sue funzioni principali.

Nel caso di cittadini USA fiscalmente residenti in Italia, la *citizenship base taxation* statunitense riconosciuta nel Trattato attribuisce agli USA il diritto secondario

<sup>1583</sup> Treas. Reg. §1.901-2, Infanti A.C., Moens B., United States branch report, cit.p.875.

<sup>1584</sup> IRC sec. 906.

<sup>1585</sup> IRC sec. 904; Infanti A.C., Moens B., United States branch report, cit.p.876.

di tassazione del reddito globale di suoi cittadini, già tassato globalmente in Italia in via primaria.

In caso di redditi di fonte italiana prodotti da cittadini USA residenti in Italia attraverso partnership stabilita in USA, il diritto dell'Italia di invocare la *saving clause* (diritto potenzialmente simmetrico) è di fatto compromesso dal suo foreign partnership approach. Il credito d'imposta riconosciuto dall'art.23 del Trattato in combinazione con l'art. 4 del Protocollo è impraticabile per effetto della impossibile concomitanza temporale della liquidazione delle imposte italiane e americane.

La saving clause quindi non trova mai applicazione in caso di partnership internazionale con l'Italia.

La *partnership clause* è attivabile esclusivamente dagli USA. L'Italia infatti resta ferma nel suo *foreign corporate approach* che impedisce di applicare i Trattati ai soci residenti in Italia. In modo affatto simmetrico tuttavia l'Italia applica i Trattati come Stato della fonte se ne ricorrono i requisiti: fra questi in particolare rientrano i requisiti della LoB clause. Tale clausola si atteggia in modo del tutto particolare rispetto alle partnership richiedendo la verifica dell'ownership test e del base erosion test previsto dall'art. 2 del Protocollo.

### 3.10 CONCLUSIONI

Nel capitolo precedente si è visto che l'interazione fra i *partnership approaches* degli Stati può originare numerosi conflitti impositivi e asimmetrie di diverse tipo. In generale l'assenza di un Trattato fiscale fra due Paesi lascia inalterata la situazione rimettendo agli Stati in via unilaterale l'ipotesi di rimedi specifici contro la doppia imposizione internazionale derivante dalla differente caratterizzazione degli enti domestici ed esteri operata dai due diversi ordinamenti fiscali.

La presenza di un Trattato fiscale fra i due Stati tuttavia non offre sempre una soluzione certa a tali problemi per diversi ordini di ragioni. I Trattati ripartiscono il potere impositivo fra Stati ma non contengono regole di imputazione reddituali. Le divergenze classificatorie quindi potrebbero comportare una asimmetrica applicazione del Trattato a partnership che operano in due Stati poiché ciascuno Stato applica le norme convenzionali all'entità o ai soci dell'entità in funzione delle sue regole classificatorie. Inoltre, la bilateralità dei Trattati non contribuisce a risolvere le frequenti ipotesi in cui le operazioni delle partnership coinvolgono tre Stati. Ove il Trattato infine non preveda clausole apposite per le partnership, il risultato fiscale è rimesso alla *tax Treaty practice* degli Stati definita da prassi amministrative domestiche e da orientamenti delle Corti nell'applicare le disposizioni convenzionali alle partnership le quali ugualmente possono produrre risultati asimmetrici.

Il primo paragrafo ha consentito di inquadrare i conflitti di classificazione fiscale soggettiva delle partnership (*fiscally transparent/opaque entity*) fra i problemi di *tax treaty entitlement* e di definire, in linea di principio, la loro estraneità ai conflitti di qualificazione che hanno invece natura interpretativa.

Tale distinzione è funzionale distinguere le due questioni ma non rende immuni i conflitti di qualificazione reddituale da problemi interpretativi. I precedenti capitoli hanno infatti contribuito a definire il tipo di condizionamento esistente fra regole di classificazione fiscale degli enti e le regole di imputazione e qualificazione reddituale che, nell'ambito del partnership approach di uno Stato, governa la tassazione domestica delle partnership. È evidente quindi che i conflitti di classificazione soggettiva possano provocare "a cascata" anche conflitti di qualificazione nell'applicazione dei Trattati.

Il problema dell'applicabilità dei Trattati alle partnership è individuabile nel fenomeno di dissociazione dei requisiti di legittimazione ai benefici del Trattato fra soci e società: la personalità resta in capo all'entità la quale configura tecnicamente una persona in base alle definizioni del Trattato, ma è priva del requisito di residenza.

Ciò solleva il problema di verificare se, in ipotesi di trasparenza, sia possibile estendere l'applicazione del Trattato ai soci e a quali condizioni.

L'analisi del Partnership Report 1999 ha consentito di focalizzare dieci principi guida nell'applicazione dei Trattati alle partnership. Tuttavia, le numerose incoerenze nei criteri di volta in volta applicati e le diverse aporie che la loro applicazione lascia aperte non ne hanno consentito un'adozione uniforme da parte degli Stati. Uno dei temi più dibattuti dalla letteratura si è mostrato quello di piegare di volta in volta l'adozione dei criteri applicabili in ragione dell'obiettivo di eliminare la doppia imposizione, ma anche la doppia non imposizione internazionale.

L'esame dei requisiti di *treaty entitlement* in base al modello OCSE 2017 si è concentrato sulla definizione di "persona residente" ai fini del Trattato e su come tali requisiti possono essere estesi alla casistica delle partnership.

La *partnership clause* contenuta nel modello OCSE 2017 può dirsi allineata all'analoga clausola del Mod. USA. In sintesi, questa consente di estendere alle partnership i benefici convenzionali "nella misura in cui" il reddito della partnership è tassato come reddito di un residente dello Stato di stabilimento della partnership stessa, il che implica la residenza dei soci. L'applicazione di tale principio generale si allinea alle conclusioni generali del Partnership Report 1999 in base alle quali i conflitti di classificazione vanno risolti applicando le *entity classification rules* dello Stato di residenza dei soci, mentre i conflitti di qualificazione vanno risolti adottando le regole qualificatorie dello Stato della fonte.

La rassegna dei Trattati italiani con i Paesi scelti nella comparazione ha comportato un sommario esame della *tax treaty policy* degli Stati, le eventuali *partnership clauses* contenute nel Trattato e le connesse *tax treaty practice* dello Stato estero. Gli esiti di tale ricognizione sono sintetizzati nelle valutazioni finali di ciascuna sezione.

## 4 TASSAZIONE DEI REDDITI DELLE PARTNERSHIPS NEL DIRITTO EUROPEO

Si è visto in precedenza come la doppia imposizione e la doppia non imposizione dei redditi<sup>1586</sup> delle partnership internazionali sia l'effetto dei divergenti criteri adottati dagli Stati per la classificazione fiscale delle entità. Il conseguente conflitto di classificazione evidenzia quindi l'asimmetria – ovvero l'assenza di coordinamento fra Stati – nei requisiti soggettivi per l'applicazione dell'imposizione diretta sui redditi prodotti da un ente: in particolare nello stabilire chi, in caso di una entità che opera a livello internazionale, sia il soggetto tassabile ai fini della legislazione fiscale di uno Stato, se la società o il socio<sup>1587</sup>. Da ciò, seguono poi numerosi e ulteriori problemi inerenti all'applicazione dei criteri di imputazione e qualificazione reddituale, che a loro volta possono essere origine di altri conflitti<sup>1588</sup>.

L'esame del regime di trasparenza fiscale delle partnership internazionali ha fatto emergere la sua articolata composizione “anatomica” (si pensi ad esempio, il meccanismo dell'imputazione nel caso entity/pass-through approach oppure la sua

---

<sup>1586</sup> Non solo sugli utili delle partnership ma in genere anche sui redditi che derivano da operazioni con queste (per esempio i pagamenti garantiti fra soci e società, i redditi della liquidazione o anche più semplicemente il conferimento dei capitali).

<sup>1587</sup> A questo riguardo, è rilevante ricordare la distinzione fra “conflitto di classificazione fiscale” delle entità, che riguarda i criteri impiegati per stabilire se il soggetto tassabile in base alla legislazione fiscale di uno Stato è l'entità o i suoi soci, dal “conflitto di imputazione/allocazione reddituale” che invece può non derivare da un conflitto di classificazione fiscale ma da una differente definizione del presupposto impositivo nei diversi Stati.

La classificazione fiscale è quel processo volto a stabilire se una entità domestica o estera (ovvero organizzata in base al diritto straniero) è un soggetto passivo in base alla legislazione fiscale di uno Stato oppure se lo sono i suoi soci. Questo dato è fondamentale per esempio per l'applicazione dei Trattati fiscali che, come condizione di applicabilità, richiedono che la persona che invoca i benefici debba essere *liable to tax* ai fini della fiscalità dello Stato che è parte del Trattato. Le regole di classificazione soggettiva attribuiscono uno status ad un soggetto da cui derivano effetti giuridici: in particolare contengono i criteri impiegati per stabilire se il soggetto tassabile in base alla legislazione fiscale di uno Stato è l'entità o i suoi soci. Un conflitto di classificazione nasce pertanto dalla differente opinione fra Stati se il soggetto *liable to tax* ai fini della propria legislazione fiscale sia l'entità domestica o estera oppure i suoi soci.

Al contrario l'imputazione è un processo che segue i criteri stabiliti da una norma per l'attribuzione del reddito ai fini fiscali e della conseguente obbligazione tributaria. L'imputazione reddituale, di norma, segue la classificazione soggettiva ma in taluni casi può anche prescindere in considerazione di particolari circostanze, come la certezza del prelievo e l'esigenza di non prolungarne il differimento. Un esempio tratto da sistema italiano può essere l'imposizione dei redditi esteri di un trust discrezionale residente in Italia ma senza beneficiario, mediante imputazione al trust di un reddito di capitale. Alla regola di imputazione italiana potrebbe corrispondere, nello Stato della fonte, una diversa regola di imputazione reddituale dello Stato estero. Un conflitto di allocazione pertanto può anche non essere innescato da un conflitto di classificazione fiscale; in questo senso può sorgere autonomamente e derivare da una differente definizione del presupposto impositivo nei diversi Stati, oppure dalla differente modalità in cui un presupposto è attratto a tassazione in uno Stato. Cfr. Wheeler J., *The attribution of income to a person for tax treaty purposes*, in BIT n.1/2005, p.478; IFA...*The conflict of attribution*; Wheeler J., *Persons Qualifying for Treaty Benefits, Papers on Selected Topics in Administration of Tax Treaties for Developing Countries, Paper No. 2-A, UN, May 2013, p.34*

Chi in dottrina percepisce metodologicamente l'esigenza di distinguere le due nozioni, infatti, rileva che un conflitto di classificazione comporta sempre un conflitto di allocazione ma non è vero il viceversa. cfr. Fibbe, *EC Law Aspects of Hybrid Entities*, IBFD, 2009, p. 8.

<sup>1588</sup> Quanto appena detto a proposito dei conflitti di imputazione vale allo stesso modo per i conflitti di qualificazione: essi possono derivare da conflitti di classificazione, o solo da conflitti di imputazione oppure essere completamente autonomi, derivando da specifiche regole qualificatorie domestiche applicate da diversi Stati su un medesimo reddito cross-border.

differente configurazione nel caso di partnership domestiche ed estere o ancora le operazioni fra società e soci) e la potenzialità idoneità di una minima variante di tale composizione a modificare l'esito complessivo della tassazione quando due regimi fiscali domestici si trovano ad interagire.

Si è visto inoltre come l'approccio scelto da uno Stato per la classificazione fiscale delle entità domestiche ed estere possa presentare - ma anche non presentare - un qualche nesso con la relativa classificazione civile<sup>1589</sup>.

Si è visto infine che rispetto alla doppia imposizione/doppia non imposizione causata dall'approccio classificatorio unilaterale degli Stati, i Trattati fiscali bilaterali di standard OCSE offrono soluzioni generalmente poco efficaci poiché, nonostante gli sforzi interpretativi, questa permane.

Volendo sintetizzare quindi, il dato di partenza che rileva in questo stadio del lavoro non è dissimile da quello descritto nelle fasi precedenti: la tassazione delle partnership è il "regno delle divergenze" fra le legislazioni degli Stati poiché ciascuno Stato è autonomo e sovrano nello stabilire normativamente i criteri cui ancorare la classificazione delle entità, tanto nel diritto civile quanto nel diritto tributario. Per effetto di tale autonomia i conflitti di classificazione fiscale fra Stati sono in grado di produrre doppia imposizione o doppia non imposizione, vale a dire un trattamento fiscale non neutrale delle partnership che operano in un contesto internazionale. L'assenza di tale di neutralità fiscale si manifesta sia nella sua dimensione orizzontale che nella sua dimensione verticale<sup>1590</sup>, provocando quindi effetti distorsivi sia nella scelta della forma giuridica dell'investimento (società/partnership), sia in quella della sua localizzazione geografica.

---

<sup>1589</sup> Tale nesso può essere diretto (così che ad esempio le società classificate come di capitali siano assoggettate a *corporation tax* mentre i redditi delle società di persone siano soggetti ad *income tax* sui soci), oppure indiretto, intendendosi per tale il fatto che un elemento o più elementi della legislazione civile sono adottati come criteri per la classificazione fiscale (per esempio la personalità giuridica, la responsabilità dei soci ecc.). Tale nesso può anche non sussistere poiché la norma classificatoria prescinde inderogabilmente da ogni elemento civilistico come avviene per esempio negli approcci all' *corporate/transparent* oppure negli approcci classificatori *eligible*. Dunque una qualche correlazione fra la classificazione civile e quella fiscale può esistere e quando esiste si possono presentare due generi di conflitti, quello civilistico e quello fiscale, che seppure posti su piani separati presentano relazioni di dipendenza.

<sup>1590</sup> La carenza di neutralità orizzontale fa emergere ad esempio la diversità fra Stati nei quali il reddito estero di una partnership domestica è soggetto a doppia imposizione oppure a nessuna imposizione e Stati nei quali ciò non avviene e il reddito estero è tassato per esempio secondo le ordinarie regole convenzionali. Tale situazione configura la componente fiscale di un business come un evidente fattore distorsivo che, in assenza di altri elementi, è potenzialmente idoneo a dirottare gli investimenti in uno Stato anziché in un altro, innescando peraltro una tendenza degli Stati a competere fiscalmente per attrarre gli investimenti

La carenza di neutralità verticale genera invece una evidente discriminazione nell'imposizione delle partnership che operano in un contesto internazionale rispetto a quelle che operano in un contesto prettamente nazionale.

Ciò che cambia in questo stadio del lavoro non è dunque il dato di partenza ma il contesto giuridico nel quale questo viene considerato.

Nell'ordinamento dell'Unione, la doppia imposizione internazionale – e più recentemente anche la doppia non imposizione internazionale – che scaturisce dalle divergenze dei sistemi di fiscalità diretta degli Stati membri è sintomo di assenza di neutralità fiscale. Questa è fonte di distorsioni del naturale (o meglio, *razionale*) comportamento degli operatori economici: provocando discriminazioni infatti ostacola l'esercizio delle libertà fondamentali scritte nei Trattati, e come tale identifica una disfunzione del mercato interno.

Ciò solleva un primo problema: se, in base all'attuale conformazione di valori e principi del sistema europeo, la doppia imposizione sui redditi delle partnership internazionali (e specificamente questa) configuri un ostacolo al funzionamento del mercato e quindi una restrizione o una distorsione che l'UE dovrebbe rimuovere.

Si tratta di una questione che attiene alla funzione della fiscalità e in particolare al ruolo della fiscalità diretta nell'attuale conformazione dell'Unione che necessita di una discussione sotto più punti di vista e merita pertanto di essere ulteriormente disarticolata.

Le due forze motrici del processo di integrazione europeo – quella positiva che si compie per mano degli organi legislativi e quella negativa rappresentata dalla funzione interpretativa della Corte di Giustizia – operano congiuntamente nel rimuovere gli ostacoli fiscali che turbano il naturale funzionamento del mercato interno.

Da una parte, il ravvicinamento delle legislazioni fiscali domestiche agevola la convergenza solo di alcune aree dei sistemi di fiscalità diretta degli Stati verso un modello comune. L'integrazione positiva in questo modo intende creare all'interno del mercato europeo condizioni analoghe a quelle di un mercato interno<sup>1591</sup>: assicurarne cioè neutralità fiscale ed efficienza allocativa, rimuovendo nel contempo discriminazioni, restrizioni e distorsioni derivanti dall'applicazione delle legislazioni fiscali nazionali e dalla loro interazione<sup>1592</sup>. Questa attività presuppone un'attribuzione

---

<sup>1591</sup> La costruzione e il funzionamento del mercato interno è, come si vedrà a breve, il perno sul quale ruota l'intero progetto comunitario ed è una attribuzione specifica che l'Unione svolge in via concorrente con gli Stati. Considerata l'influenza che la fiscalità esercita sul funzionamento del mercato – parimenti a quanto avviene in settori diversi dalla fiscalità – anche la fiscalità pertanto “indirettamente” una competenza indiretta dell'Unione. Il tema è sviluppato nel § 4.1.2

<sup>1592</sup> Kofler G., *Eu power to tax: competences in the area of direct taxation*, in HJI Panayi C., Haslehner W., Traversa E., *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Edward Elgar Publishing, 2020, p.21



di competenza<sup>1593</sup> ma si caratterizza per la discontinuità temporale dei suoi progressi<sup>1594</sup> e per la frammentarietà della sua estensione<sup>1595</sup>.

Il piano dell'integrazione positiva solleva quindi un secondo ordine di problemi: se, in base all'attuale conformazione giuridica di poteri attribuiti al sistema europeo, la doppia imposizione dei redditi delle partnership sia un ostacolo che l'UE può rimuovere normativamente, con le competenze e gli strumenti che le sono attribuiti dai Trattati. Tale indagine dovrebbe inoltre scendere nei profili della sussidiarietà e proporzionalità connessi all'armonizzazione delle imposte dirette e verificare l'eventuale compatibilità con il paradigma della neutralità fiscale, cioè con il criterio che guida gli sviluppi europei della fiscalità nel mercato interno.

Dall'altra, la funzione interpretativa della Corte di Giustizia che – su impulso dei rinvii pregiudiziali sollevati dai giudici nazionali e delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea – mira a verificare la compatibilità delle norme di fonte domestica ed internazionale con le norme di diritto primario e secondario dell'Unione, rimettendone la disapplicazione ai giudici nazionali. L'integrazione negativa, a differenza di quella positiva, presenta i caratteri tipici di un processo per «case law», che avanza a macchia di leopardo poiché rimesso al *casus belli*<sup>1596</sup>. Essa quindi si connota, da una parte, per un'estensione inversamente proporzionale a quella dell'integrazione positiva<sup>1597</sup> e, dall'altra, per la maggiore profondità d'impatto sulle legislazioni fiscali nazionali in quanto opera attraverso i «principi» che sottendono all'interpretazione delle libertà del Trattato da applicare al caso concreto<sup>1598</sup>. In materia di imposizione diretta la Corte ha svolto un ruolo che è stato quindi riconosciuto molto permeante ed invasivo nelle prerogative degli Stati membri.

---

<sup>1593</sup> Il tema della estensione, profondità, limiti e presupposti della competenza ad armonizzare la fiscalità diretta è discussa nel § 4.3

<sup>1594</sup> La discontinuità è il frutto del confronto fra approcci teorici diversificati degli Stati rispetto al ruolo che la fiscalità diretta avrebbe dovuto assumere all'interno del mercato interno. v. infra § 4.1.2

<sup>1595</sup> Così anche la frammentarietà si spiega come esito di un accordo epocale che ha caratterizzato la chiusura della prima stagione di paralisi dell'integrazione positiva della fiscalità diretta (anni 60-80) e ha aperto la seconda stagione del '*piecemeal approach*' degli anni '90. V. infra § 4.4.1.2

<sup>1596</sup> Va ricordato tuttavia come tale correlazione possa essere apprezzata solo dalla metà degli anni '80 epoca in cui furono sollevate le prime questioni di compatibilità dei sistemi di imposizione diretta con i principi dell'ordinamento comunitario. V. infra § 4.4.1.1

<sup>1597</sup> La dottrina infatti collega la maggiore proattività della Corte alle fasi di minore attivismo del processo di integrazione positiva, indicando nei grandi arrêts degli anni '60-'80 del '900 l'esigenza di colmare il *lack of legislation*; v. infra § 4.1.4 nota 1702.

<sup>1598</sup> Sulla tanto discussa funzione politica svolta nel periodo di stasi dell'integrazione positiva e sulla funzione demolitoria delle sentenze europee nel settore della fiscalità diretta v. Wathelet, *Direct taxation in the EU law: integration or disintegration?*, in ECTR, n.1/2004, p. 2; Selicato P., Herrera M., Pedro M.G., *Il concetto di tributo nel diritto comunitario [Relazione alla Conferenza Annuale dell'EATLP (European Association of Tax Law Professors), Caserta, 26 maggio 2005]*, in RDTI, n.2/2007, p.124; De Hosson F.C., *On the controversial role of the European Court in corporate tax cases*, in Intertax, n.6-7/2006, p. 303.

Il piano dell'integrazione negativa solleva così un terzo ordine di problemi: se la doppia imposizione scaturita dalla differente classificazione fiscale delle partnership sia lesiva delle libertà fondamentali e, in quanto distorsiva del mercato, debba essere considerata *incompatibile* col diritto primario dell'Unione. Si tratta in altre parole di comprendere se l'attuale consistenza ed estensione concettuale delle libertà che il Trattato pone a garanzia del funzionamento del mercato interno sia compatibile con l'autonomia degli Stati membri nello stabilire i criteri di classificazione fiscale degli enti, prevalendo così su tale manifestazione della sovranità fiscale e sui loro interessi finanziari.

Nel discutere come tali profili interessino il diritto europeo, la giurisprudenza della Corte di giustizia inoltre segnala come l'applicabilità di disposizioni di un eventuale Trattato fiscale possa rappresentare una interferenza in grado di alterare in varia misura l'equilibrio della situazione complessiva<sup>1599</sup>.

Per altro verso, in base al principio di *leale cooperazione*<sup>1600</sup>, l'art. 4(3) TUE<sup>1601</sup> attribuisce agli Stati precisi obblighi, di portata generale ed autonoma, rispetto alle azioni intraprese dall'Unione per il concreto perseguimento dei suoi obiettivi. Il primo si colloca nella fase di applicazione del diritto europeo e comporta un obbligo generale

---

<sup>1599</sup> Il tema è discusso relativamente alla definizione delle quasi-restrizioni, v. § 4.1.4.3.

<sup>1600</sup> Il principio di leale cooperazione, insieme al principio di attribuzione, è a buon ragione ritenuto in dottrina una delle pietre angolari dell'*acquis* comunitario.

Sulla genesi e la progressiva conquista di autonomia di tale principio, oltre che per una efficace ricostruzione storica e giurisprudenziale delle sue quattro declinazioni (orizzontale fra Stati, verticale fra Stati e Unione, verticale inversa fra Unione e Stati e mutuale fra istituzioni europee), cfr. Battaglia F., Il principio di leale cooperazione nel Trattato di Lisbona. Una riflessione sulle vicende legate al recesso del Regno Unito dall'Unione europea, in *Federalismi.it*, n.19/2020, p. 23-53, in part. p. 24 ss., consultabile presso: <https://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=43664&dpath=document&dfile=160620202029.pdf&conten t=Il%2Bprincipio%2Bdi%2Bleale%2Bcooperazione%2Bnel%2BTrattato%2Bdi%2BLisbona%2E%2BUna%2Briflessione%2Bsulle%2Bvicende%2Blegate%2Bal%2BRece sso%2Bdel%2BRegno%2BUnito%2Bdall%27Unione%2Beuropea%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2 D%2B>, (ultimo accesso 4 agosto 2020). Per un inquadramento generale del principio di leale cooperazione, cfr. Klamert M., *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014, consultabile presso: [https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:96049643-f0bd-412a-a899-4553f6484158/download\\_file?file\\_format=pdf&safe\\_filename=The%2BPrinciple%2Bof%2BLoyalty%2Bin%2BEU%2BLaw&type\\_of\\_work=Book](https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:96049643-f0bd-412a-a899-4553f6484158/download_file?file_format=pdf&safe_filename=The%2BPrinciple%2Bof%2BLoyalty%2Bin%2BEU%2BLaw&type_of_work=Book), (ultimo accesso 4 agosto 2020).

<sup>1601</sup> Articolo 4(3) TUE: «In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione».

Come noto tale formula fu inserita dal Trattato di Lisbona e riprende la disposizione dell'art.10 TCE; essa tuttavia, codificando la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia intervenuta *medio tempore*, ne ampliò la portata e la rese generale ed autonoma, svincolandola dal necessario collegamento a disposizioni derivanti da altre disposizioni dei Trattati o del diritto derivato.

La codificazione del principio di leale cooperazione nell'art. 4(3) TUE si completa con quella dell'art.13 TUE indicata come sua declinazione orizzontale o inter-organica, la quale inevitabilmente interagisce con il principio di attribuzione e con il principio di solidarietà. Sul punto cfr. Battaglia F., *Il principio di leale cooperazione nel Trattato di Lisbona*, cit. p. 38 e cfr. Klamert M., *The Principle of Loyalty in EU Law*, cit., p.215 ss.

degli Stati di adottare le misure necessarie a conformarsi agli obblighi derivanti dal diritto primario e secondario<sup>1602</sup>. Il secondo consiste nel dovere di astenersi dall'adozione di misure in grado di compromettere il raggiungimento degli obiettivi europei<sup>1603</sup>.

Il richiamo di tale principio solleva un ulteriore ordine di problemi: come l'adozione di autonomi criteri di classificazione fiscale delle entità da parte degli Stati possa considerarsi compatibile con l'obbligo che gli Stati stessi hanno assunto nel Trattato di astenersi da misure potenzialmente distorsive del funzionamento del mercato interno. Sia sul piano commerciale che su quello fiscale.

Non deve pertanto sorprendere come l'articolazione della discussione condotta in questo capitolo si presenti con logica difforme da quella condotta nei capitoli precedenti. La ragione è da ricercarsi nel diverso contesto giuridico di riferimento. Rispetto a questo si vuole valutare la conformità dell'attuale coesistenza di differenti sistemi di tassazione delle partnership.

Questo capitolo si propone l'obiettivo di analizzare gli effetti asimmetrici della tassazione degli utili delle partnership internazionali nella prospettiva del diritto europeo.

L'analisi mirerà in particolare ad individuare le ragioni per le quali la doppia imposizione derivante dalle divergenze dei sistemi nazionali di tassazione delle partnership, pur essendo riconosciuta e identificata dal legislatore e dal giudice europeo, resta un ostacolo al funzionamento del mercato interno.

La prima parte è dedicata ad un inquadramento di contesto. Questo mira ad individuare il ruolo del diritto europeo nella fiscalità diretta degli Stati e a chiarire le aree interessate dalla fiscalità delle partnership internazionali. In particolare, l'analisi del ruolo della Corte richiederà di scendere nell'articolazione strutturale e negli snodi delle sue decisioni per chiarire il raggio di azione delle libertà fondamentali in materia di fiscalità diretta. Fra le categorie logiche disegnate dalla giurisprudenza in materia di fiscalità diretta, l'analisi si appunterà in modo particolare sulle quasi-restrizioni, come area interessata da disparità di carattere non restrittivo e non discriminatorio e generata dalla coesistenza di più sistemi fiscali nel mercato interno.

---

<sup>1602</sup> In giurisprudenza, v. C-336/97, Commissione/Italia, punto 19; C-531/03, Commissione/Germania, punto 16; C-178/05 Commissione/Grecia, punto 25.

<sup>1603</sup> In giurisprudenza, v. C-235/87 Matteucci, punto 19.

Nel secondo paragrafo, l'analisi del legal framework vuole offrire una prospettiva sull'eventuale base giuridica per un intervento normativo europeo in tema di partnership internazionali.

Il terzo paragrafo mira a individuare la collocazione logica delle partnership nella strategia dell'Unione sulla fiscalità d'impresa. La finalità è comprendere quale sensibilità giuridica la politica fiscale l'Unione abbia sviluppato rispetto al problema delle partnership. Tale obiettivo è perseguito attraverso un duplice approccio: da una parte l'esame puntuale dei report tematici e delle iniziative della Commissione che hanno caratterizzato le diverse fasi del processo di integrazione della fiscalità diretta e dall'altra l'analisi di alcuni atti della produzione legislativa europea in materia di tassazione societaria per verificare se l'ambito soggettivo di applicazione possa estendersi o meno alle partnership.

L'ultima sezione è dedicata all'analisi del dato giurisprudenziale come consecuzione logica dell'analisi del processo decisionale della Corte svolta nella prima sezione. Essa accoglie l'analisi dell'unico caso in cui la Corte incontra il problema delle partnership internazionali che operano nel mercato interno anche se in riferimento ad un rinvio pregiudiziale vertente su una diversa questione. L'analisi del case law consentirà di inquadrare la pronuncia fra gli orientamenti in tema di quasi-restrizioni e offrirà l'occasione di confermare gli importanti sviluppi giurisprudenziali in tema di rapporti fra principio della territorialità fiscale degli Stati, ripartizione dei diritti impositivi nelle convenzioni fiscali internazionali e limiti imposti dall'esercizio delle libertà fondamentali del Trattato europeo.

#### **4.1 UNIONE EUROPEA E FISCALITÀ DIRETTA D'IMPRESA: UN'ANALISI DI CONTESTO PER LO STUDIO DEI PROBLEMI DELLE PARTNERSHIP**

L'UE non è né uno Stato sovrano né una giurisdizione fiscale<sup>1604</sup>.

Questo è il significato che la CGUE sembra attribuire ad una rituale quanto frequente formula impiegata nelle sue decisioni quando afferma che *«la materia delle imposte dirette è competenza degli Stati»* ma che *«questi devono esercitarla in modo conforme al diritto dell'Unione e in particolare con le libertà fondamentali»*<sup>1605</sup>.

---

<sup>1604</sup> Kofler G., Eu power to tax: competences in the area of direct taxation, in HJI Panayi C., Haslehner W., Traversa E., Research Handbook on European Union Taxation Law, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 11.

<sup>1605</sup> Si tratta di una formula ormai consolidata nella giurisprudenza della Corte sulla fiscalità diretta, cfr. C-277/93 Schumacker punti 21 e 26; C-80/94 Wielockx punto 16; C-107/94 Asscher punto 36; C-250/95 Futura Participation & Singer, punto 19; causa C-391/97, Gschwind punto 20; C-385/00, De Groot (par. 75); C-334/02 Commissione/Francia punto 21; C-319/02 Manninen, punto 19; C-155/09 Commissione/Grecia p.39; C-10/10 Commissione/Austria punto 23; C-338/11 - C-347/11 (cause riunite), Santander punto 14; C-632/13 Hirvonen punto 28.

Ad oggi l'imposizione diretta non rientra fra le materie attribuite alla competenza dell'Unione in base all'art.4(1) e 5 TUE. Questa infatti, contrariamente all'imposizione indiretta, non vanta una specifica base giuridica né riceve un'esplicita menzione all'interno dei Trattati.

Il mercato interno, uno dei principali obiettivi dell'UE, è tuttavia irraggiungibile senza un certo grado di convergenza dell'imposizione diretta fra gli Stati membri<sup>1606</sup>.

Questa è la ragione per la quale la letteratura concorda nel considerare la fiscalità diretta uno dei settori di massima complessità del processo di integrazione<sup>1607</sup>: posto che una qualche forma di sistematica convergenza fra gli Stati membri nelle modalità di esercizio dell'imposizione sui redditi è necessaria e funzionale al mercato interno, uno dei più seri problemi dell'Unione è il “come” tale convergenza deve concretamente realizzarsi in termini di strumenti, ampiezza e profondità.

Sin dalle origini, la scelta della più opportuna relazione fra fiscalità diretta degli Stati e mercato interno dell'Unione – e quindi dello specifico ruolo che la fiscalità diretta avrebbe dovuto svolgere rispetto agli obiettivi dei Trattati – ha rappresentato un vero dilemma per le istituzioni europee, sotto molteplici punti di vista. Nelle prime fasi la dialettica ha coinvolto lo stesso approccio teorico al mercato - più liberista per alcuni Stati o più interventista per altri. Una volta istituita l'Unione economica e Monetaria, si è poi focalizzata sull'esigenza di garantire agli Stati una sicura leva finanziaria per le politiche sociali e redistributive nazionali e infine sull'esigenza di calibrare gli opportuni ingredienti di una ricetta che consentisse di ottenere al contempo un mercato interno correttamente funzionante fra economie nazionali, in una giusta equa e leale competizione fiscale.

Sul piano politico, lo scontro ideologico fra il liberismo intransigente di alcuni Stati e l'interventismo unificatore di altri ha imbrigliato per decenni il processo di integrazione positiva della materia lasciandola prevalentemente in balia della regola

---

<sup>1606</sup> V. Fichera F., Fisco ed Unione europea: L'Acquis Communautaire, in RDFSFS, n.3/2003, pp. 427-450 in part. par.2; Roccatagliata F., Diritto tributario comunitario, in V. Uckmar (coordinato da), Diritto tributario internazionale, 2005, p.1250.

<sup>1607</sup> Casado Ollero G., L'ordinamento comunitario e l'ordinamento tributario interno, in Amatucci F. (a cura di), Trattato di diritto tributario. Annuario, Padova, 2001, p. 505; Melis, Coordinamento fiscale nell'Unione Europea, in Enc. del dir., p. 394; Lang J., I presupposti costituzionali dell'armonizzazione del diritto tributario in Europa, in Amatucci F. (a cura di), Trattato di diritto tributario. Annuario, Padova, 2001, p. 443 ss., in part. p. 455.

dell'unanimità e oggetto dei dirompenti orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia<sup>1608</sup>.

Il paradosso della concorrenza fiscale, accelerato dall'approccio fiscalmente predatorio delle multinazionali operanti nel mercato unico, ha infine condotto l'Unione ad un deciso cambio di passo verso il coordinamento<sup>1609</sup> delle decisioni di politica fiscale dei Governi e verso un livello di protezione standard legislativamente imposto a tutti gli Stati contro l'erosione fiscale delle basi imponibili.

Il dilemma UE ha innescato una più profonda riflessione sulla filosofia retrostante ai valori, ai principi e alle libertà scritte nel Trattato, la quale ha ispirato e guidato l'azione – o molto più spesso l'inerzia – europea in materia di fiscalità diretta. Tale argomento, legato a doppio filo con i concetti economici di equità – tanto allocativa quanto redistributiva – e di neutralità fiscale<sup>1610</sup>, ha aperto un importante dibattito anche all'interno del pensiero economico<sup>1611</sup>.

La discussione intorno alla concreta declinazione che tali concetti avrebbero dovuto assumere come parametri ispiratori del mercato interno ha trovato il suo inevitabile punto di ricaduta sul rapporto fra competenza fiscale dell'Unione e il principio della capacità contributiva oggetto della potestà impositiva Statale. La diversa modulazione e il diverso dosaggio di tali concetti hanno contribuito, di volta in volta, ad ispirare l'ideologia motrice dell'azione politica, a definire i contorni delle aree di intervento<sup>1612</sup> e gli strumenti dell'azione giuridica dell'Unione in materia di fiscalità diretta. Sotto questo aspetto, viene in rilievo anche il contributo indiretto della Corte di

---

<sup>1608</sup> Roccatagliata F., *Diritto tributario comunitario*, in V. Uckmar (coordinato da), *Diritto tributario internazionale*, 2005, p.1268. È noto come all'inizio vi fossero due fazioni: gli Stati interventisti e quelli liberisti. All'inizio degli anni 90, a seguito della istituzione del mercato interno, si pose tuttavia il problema di come convogliare le tensioni della concorrenza fiscale degli Stati a favore e non contro il mercato interno.

<sup>1609</sup> V. Fichera F., *Fisco ed Unione europea: L'Acquis Communautaire*, in RDFSFS, n.3/2003, pp. 427 ss., par.4.

<sup>1610</sup> Il tema della multi-dimensionalità della neutralità fiscale dell'imposizione diretta nel mercato interno è inoltre esaminato nel saggio di Bizioli G., Reimer E., *Equality, ability to pay and neutrality*, in Panayi C. HJI, Haslehner W. , Traversa E., (a cura di), *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Edward El-gar Publishing, 2020, p.51 ss. che esamina le scelte concrete operate dal legislatore e gli effetti in termini di neutralità derivanti dalle sentenze della Corte di giustizia.

<sup>1611</sup> Per una sintesi v. Badriotti A., *Armonizzazione dell'imposta sulle società nell'Unione Europea*, CSF papers, novembre 2007, consultabile presso: [http://www.csfederalismo.it/attachments/article/855/RP\\_Badriotti\\_07.pdf](http://www.csfederalismo.it/attachments/article/855/RP_Badriotti_07.pdf)

<sup>1612</sup> Sono da ricondurre a tale dibattito tutti i contributi scientifici che esaminano i criteri di scelta delle aree armonizzate della fiscalità diretta. V. 4.3.2

giustizia, tutte le volte che le sue decisioni hanno interferito con i principi cardine della fiscalità statale: come quello della territorialità<sup>1613</sup> e della capacità contributiva<sup>1614</sup>.

Sul piano giuridico infine la questione si è tradotta nella definizione concreta degli strumenti e delle modalità di armonizzazione dell'imposizione diretta degli Stati la quale è avvenuta in diversi stadi e con approcci, metodi ed intensità molto diversificate nel corso del tempo.

Dei primi due aspetti (politico ed economico) questo lavoro darà alcuni accenni, per lo più contestuali alla trama principale tessuta intorno al terzo profilo, quello giuridico, che interessa più da vicino questa parte della ricerca: l'influenza del diritto europeo nella imposizione diretta sui redditi delle partnership.

Questo paragrafo ha l'obiettivo di contestualizzare l'approccio dell'Unione alla fiscalità diretta d'impresa. A tal fine un breve inquadramento dell'attuale stato del diritto dell'Unione prelude alla individuazione della funzione della fiscalità e in particolare della fiscalità diretta. Il richiamo al paradigma della neutralità fiscale vuole essere utile a definire il perno concettuale intorno al quale ruota la funzione dell'Unione nel settore della fiscalità degli Stati. L'analisi di contesto si chiude con una ricostruzione del ruolo della Corte di Giustizia nell'armonizzazione delle imposte e di un quadro assiologico di sintesi degli approcci decisionali impiegati della Corte in tema di fiscalità diretta d'impresa.

Le valutazioni degli elementi emersi in questa analisi saranno utili ad inquadrare nel paragrafo successivo i problemi che emergono dalla tassazione dei redditi della partnership nell'ambito della fiscalità diretta armonizzata.

#### **4.1.1 L'imperativo del mercato e «lo stato attuale del diritto dell'Unione»<sup>1615</sup>**

L'attuale conformazione giuridica dell'UE è l'esito di un lungo e complesso processo di integrazione politica degli Stati membri che ha visto i suoi esordi nella

---

<sup>1613</sup> Il tema della territorialità emergerà in tutta la sua delicatezza nella sezione § 4.1.4.3 dedicata all'analisi delle quasi restrizioni, una categoria giurisprudenziale che riflette il primato del principio di territorialità degli Stati rispetto alle libertà fondamentali quando le legislazioni domestiche non si configurano come restrittive o discriminatorie.

<sup>1614</sup> Il tema del rapporto fra capacità contributiva e giurisprudenza europea emerge con particolare riguardo al percorso di analisi svolto in: Selicato P., Herrera M., Pedro M.G., Il concetto di tributo nel diritto comunitario [Relazione alla Conferenza Annuale dell'EATLP (European Association of Tax Law Professors), Caserta, 26 maggio 2005], in RDTI, n.2/2007, p. 103-155.

<sup>1615</sup> Si tratta di una rituale espressione frequentemente impiegata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia per indicare l'esigenza di inquadrare gli elementi della decisione di un caso all'interno di un contesto giuridico conforme al diritto vivente dell'Unione, cioè quello applicabile in un preciso momento storico del processo di integrazione (il quale è per sua natura continuo e dinamico), alla luce di norme pro tempore vigenti e dei principi interpretativi sino a quel momento elaborati.

metà del '900 e la cui costante evoluzione (o anche costruzione)<sup>1616</sup> ne contraddistingue la natura di una “Unione di diritto”<sup>1617</sup> dinamica, sia in senso materiale che in senso formale<sup>1618</sup>.

Si tratta invero di una istituzione contrassegnata da inconfondibili tratti di originalità rispetto alla platea degli ordinamenti giuridici più tradizionali ed è forse questo l'aspetto che più la identifica: la progressiva tendenza ad affermarsi per differenziazione, prima come Comunità plurima sovranazionale e oggi come soggetto giuridico di diritto internazionale, insieme, fondato sul diritto e produttore di diritto vincolante per gli Stati membri, motore di integrazione politica ed economica e promotore di relazioni giuridiche e politiche esterne con gli Stati terzi. L'UE non è uno

---

<sup>1616</sup> Sin dalla dichiarazione di Shuman sono note le difficoltà del processo e che questo avrebbe dovuto procedere per tappe successive. Il tema delle istituzioni europee, intese come un “cantiere in continua costruzione” e alla costante ricerca di un assetto giuridico definitivo è divenuto un topos letterario fra i commentatori sia di matrice politica che di matrice giuridica. Cfr. Roccatagliata F., *Diritto tributario comunitario*, in V. Uckmar (coordinato da), *Diritto tributario internazionale*, 2005, p.1203 ss.

<sup>1617</sup> L'identificazione dell'Europa come “Comunità di diritto” (*Rechtsgemeinschaft*) è ascrivibile a Walter Hallstein, giurista e convinto politico europeista (capo della delegazione tedesca ai negoziati di Parigi del 1950 sul cd Piano Schuman per la costituzione della CECA e segretario di Stato agli affari esteri nel cancellierato di Adenauer dal 1955) il quale ricoprì la carica di primo Presidente della Commissione CEE (1958-67). L'espressione *Rechtsgemeinschaft* - argomentata in diversi saggi di Hallstein (per esempio *Die Europäische Gemeinschaft*, Econ-Verlag, 1979 p. 51 ss. e *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf, Econ Verlag, 1969) - rappresenta l'efficace sintesi concettuale di una corrente di pensiero molto incisiva nello sviluppo dell'esperienza comunitaria: essa affascinò presto la letteratura giuridica e politica del tempo e occupò un posto di rilievo in alcuni importanti sviluppi della Corte di Giustizia. Per esempio, nella causa C-294/83 *Les Verts v Parliament*, al punto 23 si legge: « (...) la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato». Tale orientamento in particolare avviò l'intenso dibattito sulla possibilità di riconoscere nei Trattati una Costituzione europea. Così anche nel Parere sullo Spazio Economico Europeo n.1/91 (par.21), la Corte afferma: «Per contro, il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto». Sull'impulso della *Rechtsgemeinschaft* nell'evoluzione delle istituzioni comunitarie, v. Stolleis M., *Europa, comunità di diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2012, p. 293-306; Itzcovich G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2016, p. 122 ss., in particolare la bibliografia citata a nota 109.

In concomitanza con l'approvazione del Trattato di Lisbona, nella giurisprudenza della Corte di giustizia l'espressione «Unione di diritto» prese il posto di quella originaria di «Comunità di diritto» per connotare un'Unione nella quale né gli Stati membri né le istituzioni sfuggono al controllo della conformità dei loro atti alla “carta costituzionale” costituita dai trattati istitutivi. Nella causa C-362/14 *Schrems*, p.60, la Corte afferma: «(...) occorre richiamare la giurisprudenza costante della Corte secondo la quale l'Unione è un'Unione di diritto, nel senso che tutti gli atti delle sue istituzioni sono soggetti al controllo della conformità, segnatamente, ai Trattati, ai principi generali del diritto nonché ai diritti fondamentali»; a tale riguardo la Corte richiama le sentenze della Grande sezione: Commissione e a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, p. 66, *Inuit Tapiriit Kanatami e a./Parlamento e Consiglio*, C-583/11 P, p.91, nonché *Telefónica/Commissione*, C-274/12 P, p.56. Analoghi orientamenti sono rinvenibili nelle cause C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, p. 31 e C-216/18, *LM*, p. 49. Cfr. Adam R., Tizzano A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017, p.221; Circolo A., *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in *DPCE online*, 2019/1, p. 23; Gialdino C.C., *Riflessioni sul carattere costituzionale dei Trattati istitutivi delle Comunità e dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, n.16/2018, p.13 il quale peraltro segnala che la formula, originariamente coniata da RIDEAU J., *L'incertaine montée vers l'Union de droit. De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, 2000, fu poi fatta propria dalla Corte di Giustizia.

<sup>1618</sup> L'evoluzione in senso materiale è un processo descrivibile mediante il ricorso al concetto di aquis comunitario. V. nota 1623. L'evoluzione formale è invece descrivibile con la successione dei Trattati europei nel tempo.



Stato sovrano<sup>1619</sup> ed è priva di una Costituzione in senso formale<sup>1620</sup>. Al suo interno confluiscono elementi di ordinamenti giuridici diversi<sup>1621</sup>, come quelli del diritto internazionale pubblico, del diritto dei sistemi federali e di common law: il che ne fa un sistema giuridico ibrido<sup>1622</sup>, il cui sviluppo dinamico è alimentato dall'*acquis communautaire*<sup>1623</sup>.

La singularità del diritto dell'UE risiede nella sua funzione integrativa degli ordinamenti degli Stati membri e nella sua idoneità ad orientarli, mediante strumenti giuridici e politici, verso gli obiettivi fissati nei Trattati istitutivi dell'Unione. Gli

---

<sup>1619</sup> Boria P., L'antisovrano: potere tributario e sovranità nell'ordinamento comunitario, Torino, 2004., p.104-105 riprende la dialettica fra teoria monista e teoria dualista dell'ordinamento comunitario. Nella teoria monista l'UE è inteso come ordinamento autonomo ed unitario cui gli Stati hanno delegato ed attribuito una porzione di sovranità originaria: si tratterebbe cioè dell'esito di un fenomeno di auto-limitazione dell'originario potere sovrano degli Stati ad un ordinamento dotato di sovranità "secondaria". Nella teoria dualista l'UE è inteso come ordinamento originario e di nuova costituzione cui gli Stati sovrani hanno conferito poteri autonomi che ridefiniscono l'assetto dei poteri dei preesistenti Stati sovrani: si tratterebbe cioè di un ordinamento dotato di sovranità originaria al pari degli ordinamenti nazionali. In base a queste diverse ricostruzioni l'A. deriva la visione dell'UE come antisovrano.

<sup>1620</sup> Come noto il progetto di una Costituzione per l'Europa è naufragato per effetto dell'omessa ratifica di un sufficiente numero di Stati membri. Sull'orientamento che vede nei Trattati una Carta costituzionale europea.

Sull'orientamento giurisprudenziale della CGUE che riconosce ai Trattati valore di *carta costituzionale* v. Parere sullo Spazio Economico Europeo n.1/91 (par.21), citato alla nota 507.

<sup>1621</sup> Cfr. Casado Ollero G., *L'ordinamento comunitario e l'ordinamento tributario interno*, in Amatucci F. (a cura di), *Trattato di diritto tributario. Annuario*, Padova, 2001, p. 505-507 e bibliografia ivi citata, il quale rileva come - indipendentemente dalla definizione della natura giuridica che si intende adottare - il diritto europeo ingloba elementi strutturali tanto diversificati: elementi giuridici del diritto internazionale, elementi giuridici specifici e altri propri del diritto interno degli Stati membri. Nella prospettiva dell'ordinamento domestico, il diritto europeo non ha natura di diritto interno ma nemmeno di diritto straniero e tantomeno di diritto internazionale inteso in senso classico. Esso è parte del diritto interno esplicandone una funzione dilatatoria, cioè integrandone la composizione e orientandone la compatibilità con gli obiettivi dei Trattati UE, ma è anche parte del diritto internazionale, basandosi su Trattati multilaterali che integrano l'azione politica e normativa di più Stati.

<sup>1622</sup> L'identificazione dell'UE come istituzione multilivello la configura come una originale combinazione di ordinamenti nazionali ed internazionali; sul punto per esempio, Longo M., *Constitutionalising Europe: processes and practices*, Ashgate 2006, p.11, afferma: «*The EU has been described as a multi-level governance; a postmodern polity; a confederation; a quasi-federal system featuring pre-federal institutions; a sui generis legal order (...)*».

Per un inquadramento dei profili validi a configurare l'UE come un sistema quasi federale in ordine alla ripartizione interna dei poteri e alle competenze nei confronti degli Stati membri v. Schmidt V.A., *European "Federalism" and Its Encroachments on National Institutions*, in *Publius*, n.1/1999, p.19-44, consultabile presso [www.jstor.org/stable/3330918](http://www.jstor.org/stable/3330918) (accesso 27 luglio 2020); così anche Graetz M. J., Warren A.C., *Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe*, *Yale Law Journal*, n.6/2006, p. 1190.

<sup>1623</sup> L'*acquis communautaire* è una formula che riassume l'insieme dinamico, cioè in continua evoluzione, dei principi generali, strutturali e normativi dell'Unione europea. Per una ricostruzione del concetto in dottrina v. Ajani G., *Acquis comunitario*, voce in *Dig. Civ.*, 2009.

La dottrina inserisce la formula come quintessenza del concetto di diritto tributario europeo affermando che: «l'acquis comunitario - integrato nell'ambito dell'UE - (...) comprende, l'insieme delle determinazioni di natura normativa (fonti di diritto derivato), politica e giurisprudenziale adottate nel corso del processo di integrazione europea dalle Istituzioni comunitarie in virtù dei poteri attribuiti loro dai trattati istitutivi, nonché dagli accordi internazionali stipulati dalle Istituzioni comunitarie, come pure da Accordi internazionali stipulati dove gli Stati membri che partecipano unitariamente e non più singolarmente tramite gli organi della Comunità europea, in quanto soggetto di diritto internazionale»; cfr. De Cicco A.M., *Diritto tributario dell'Unione europea*, (voce) in *Dig. Comm.*, 2015, par. 2. Analogamente, Fichera F., *Fisco ed Unione europea: L'Acquis Communautaire*, in *RDFSFS*, n.3/2003, par.4, afferma che il primato e l'effetto del diritto comunitario (primario e secondario) sono i tratti, «propri di un ordinamento giuridico, che caratterizzano in modo autonomo il diritto tributario comunitario rispetto al diritto tributario internazionale, che manca di istituzioni e di organi giurisdizionali sovranazionali, non si impone agli Stati ed ai singoli, se non sulla base di convenzioni tra gli Stati contraenti, e connotano l'acquis communautaire».

elementi che hanno consentito al diritto comunitario prima, e al diritto europeo poi, di affermarsi e consolidarsi progressivamente come sistema giuridico<sup>1624</sup> trovano sintesi nel carattere di “sovrnazionalità”<sup>1625</sup> attribuito alle istituzioni europee.

Sul piano giuridico, questo carattere definisce la consistenza della speciale relazione intercorrente fra diritto europeo e diritto interno degli Stati membri, la quale si esplica nelle proprietà dell'autonomia e della funzione integrativa del diritto europeo, della sua efficacia e applicabilità diretta (affiancata dai relativi corollari dell'interpretazione conforme<sup>1626</sup> e della disapplicazione della norma interna confliggente)<sup>1627</sup> e del suo primato sul diritto degli Stati membri<sup>1628</sup>.

---

<sup>1624</sup> Sul tema Sacco R., Sistemi giuridici (aspetti generali), voce in Dig. Civ., 1998; Boria P., Sistema tributario, in Dig. Comm., 1997, in part. par. 1 e 2.

<sup>1625</sup> Di particolare interesse è la ricostruzione storica svolta da Gialdino C.C., *Riflessioni sul carattere costituzionale dei Trattati istitutivi delle Comunità e dell'Unione europea*, in Federalismi.it, n.16/2018, p. 5-7, sull'impiego dell'espressione “sovrnazionale” che tanta fortuna ha avuto nel percorso evolutivo dell'UE. All'indomani della celebre dichiarazione di Shuman del 1950, l'espressione compare nel Trattato di Parigi il 15 aprile 1951, istitutivo della Comunità carbosiderurgica; nell'art. 9 c.10 e 11 si legge: «*I membri dell'Alta Autorità esercitano le loro funzioni in completa indipendenza, nell'interesse generale della Comunità. Nell'adempimento dei loro doveri non sollecitano accettano istruzioni da parte di Governi o di altre organizzazioni. Essi si astengono da ogni atto incompatibile con il carattere sovranazionale delle loro funzioni. Ogni Stato membro si impegna a rispettare tale carattere sovranazionale e a non cercare di influenzare i membri dell'Alta Autorità nell'esecuzione del loro compito*». Sebbene scomparsa nei Trattati di Roma e nei Trattati successivi, da quel momento, l'espressione “sovrnazionale” entra a pieno titolo fra quelle che meglio identificano e sintetizzano la natura giuridica e politica delle istituzioni europee. Alla ricerca di una «*incontestabile primogenitura di studi*» sul significato dell'espressione “sovrnazionale”, l'A. riporta un significativo passaggio di Shuman contenuto nell'introduzione al saggio Reuter P., *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, Paris, 1953 che, chiamando in causa la sovranità degli Stati membri e la implicita vocazione federale della neo-istituita CECA, così argomenta: «*le supranational se situe à égale distance entre, d'une part, l'individualisme international, qui considère comme intangible la souveraineté nationale et n'accepte comme limitations de la souveraineté que des obligations contractuelles, occasionnelles et révocables; d'autre part, le fédéralisme d'Etats qui se subordonnent à super-Etat doté d'une souveraineté territoriale propre. L'institution supranationale, telle que notre Communauté, ne possède pas les caractéristiques d'un Etat; mais elle détient et exerce certains pouvoirs souverains*».

<sup>1626</sup> I contorni del principio dell'interpretazione conforme emergono nel caso C- 212/04, Aderner punto 111: «Il principio di interpretazione conforme richiede nondimeno che i giudici nazionali facciano tutto quanto compete loro, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima». Il principio ha registrato successive precisazioni grazie alle indicazioni contenute nelle sentenze C-80/86 Volpinghuis, punti 12-13 e C-168/95 Luciano Arcaro, punto 42.

In dottrina si rinvia a Pistorio G., *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli 2012; Piccone V., *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, in (a cura di) Cosio R. e Foglia R., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano 2012, p.277 ss.; Foa S., *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale comunitaria e internazionale: i confini dell'interpretazione conforme*, Napoli 2011.

Sulla funzione dell'interpretazione adeguatrice nel diritto tributario nel quadro dell'integrazione fiscale in Europa, si rinvia a Di Pietro A., *L'integrazione fiscale europea e la sua interpretazione*, in Bernardi A. (A CURA DI), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, p. 369 ss.; D'Angelo G., *Integrazione europea e interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2013 e all'ampia bibliografia ivi citata.

<sup>1627</sup> Adonnino P., *Armonizzazione fiscale nell'Unione Europea*, voce in Enc. Dir., agg. III, 1999, par. 8; Casado Ollero G., *L'ordinamento comunitario e l'ordinamento tributario interno*, in Amatucci F. (a cura di), *Trattato di diritto tributario. Annuario*, Padova, 2001, p.505 ss., p.508-522

<sup>1628</sup> In tema di definizione del diritto europeo come *ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale* e dei caratteri (autonomia, integrazione, primato, efficacia ed applicabilità diretta) che lo contraddistinguono come sistema giuridico sovranazionale, appaiono significative le argomentazioni della Corte di

---

Giustizia nelle cause C-26/62 Van Gend En Loos, C-4/64 Costa-ENEL, C-67/65 Luttich; C-28/67, C-14/68 Walt Wilhelm, C-106/77 Simmenthal, alle quali ancora oggi, si continua a fare sistematico riferimento.

Nella causa C-26/62, NV Algemene Transport - En Expeditie Onderneming Van Gend En Loos v. Amministrazione olandese delle imposte si legge: «La Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro diritti sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini. Pertanto il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal trattato ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie».

Nella causa C-4/64 Costa-ENEL si legge: «La Corte rileva che, a differenza dei comuni Trattati internazionali, il Trattato Cee ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare. Infatti, istituendo una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi. (...) Tale integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che provengono da fonti comunitarie, e più in generale, lo spirito e i termini del Trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune. Se l'efficacia del diritto comunitario variasse da uno Stato all'altro in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l'attuazione degli scopi del trattato contemplata nell'art.5, secondo comma, e causerebbe una discriminazione vietata dall'art.7. (...) Il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia».

Il giudice Timmermans, uno degli estensori di tali pronunce, afferma a riguardo: «The fundamentals of the Community's legal order were established in the early 1960s by Van Gend en Loos<sup>1</sup> and Costa ENEL and it was this solid foundation that enabled the further development and strengthening of the quality of this legal order», cfr. Timmermans C., The European Union's judicial system, in CMLR n.1/2004, p.393.

Nella causa C-28/67 Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmBH v. Hauptzollamt Paderborn si legge: «La Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro amministratori. Pertanto il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal trattato ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie».

Nella causa C-14/68 Walt Wilhelm and Others v. Bundeskartellamt, mn.6, la Corte afferma: «Il Trattato Cee ha istituito un ordinamento giuridico a se stante, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare. Sarebbe contrario alla natura di tale sistema ammettere che gli Stati membri possano adottare o mantenere in vigore misure atte a menomare gravemente l'effetto utile del trattato. La forza vincolante del trattato e degli atti adottati per la sua applicazione non potrebbe variare a seconda degli Stati per effetto di atti interni, senza compromettere il funzionamento del sistema comunitario e mettere a repentaglio il conseguimento degli scopi del trattato. Perciò, in conflitti tra norma comunitaria e norme nazionali in materia d'intese, vanno risolti applicando il principio del primato del diritto comunitario».

Nella causa C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato contro Spa Simmenthal, mn. 14 e 15, la Corte afferma: «l'applicabilità diretta va intesa nel senso che le norme del diritto comunitario devono esplicare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme, in tutti gli Stati membri, a partire dalla loro validità; dette norme sono quindi fonte immediata di diritti ed obblighi per tutti coloro che esse riguardano, siano questi gli Stati membri ovvero i singoli, soggetti di rapporti giuridici disciplinati dal diritto comunitario».

Nel già citato parere sullo Spazio Economico Europeo n.1/91, mn. 21, la Corte afferma: «Come risulta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini (v., in particolare, sentenza 5 febbraio 1963, Van Gend & Loos, causa 26/62, Racc. pag. 1). Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario così istituito sono, in particolare, la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali Stati nonché agli Stati stessi».

La dottrina osserva come, a partire dagli anni '80, una buona parte di tali caratteri siano frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia proprio in materie di ordine tributario o, in senso più ampio, finanziario<sup>1629</sup>.

Sul piano istituzionale, la sovranazionalità si è progressivamente configurata in uno speciale assetto di poteri e relazioni definito “federazione funzionale”, come cioè *pooling of sovereignty*<sup>1630</sup> dai tratti *quasi-federal*<sup>1631</sup>.

Le proprietà giuridiche in cui ha trovato compiuta definizione la sovranazionalità dell'ordinamento comunitario – e in particolare quelli dell'effetto diretto e del primato – in quanto rappresentano prevalentemente il frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, non hanno incontrato immediata e passiva accettazione da parte delle Corti supreme degli Stati membri<sup>1632</sup>. È noto anzi come il significativo

---

Sui rapporti fra diritto europeo e diritto interno degli Stati membri cfr. Contaldi, G., Effetto diretto e primato del diritto comunitario, in Diz. dir. pubbl., a cura di S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, 2124 ss.; Craig, P., De Búrca, G., The evolution of EU law, Oxford, 2011. In materia fiscale cfr. in particolare: Fois P., Rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, (voce) in Enc. Giur. Treccani, 1992; Casado Ollero G., L'ordinamento comunitario e l'ordinamento tributario interno, in Amatucci F. (a cura di), Trattato di diritto tributario. Annuario, Padova, 2001; Boria P., Diritto tributario europeo, Milano, 2017, p. 31 ss.

<sup>1629</sup> Per un esame complessivo della giurisprudenza della Corte di Cfr. Casado Ollero G., *L'ordinamento comunitario... cit.*, p. 508 e in particolare la bibliografia citata a nota 7.

<sup>1630</sup> Emblematica appare la definizione che ne dà Graetz: «The political and legal institutions that govern the EU do not fit easily into familiar categories. Some scholars describe the EU as a pooling of sovereignty. Others regard it as a blend of international law, national constitutional law, and federalism. In any event, the rights and obligations of the treaties apply to the member states and to the citizens of those states, as well as to the EU's governing institutions», cfr. Graetz M. J., Warren A.C., Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe”, *Yale Law Journal*, n.6/2006, p. 1190 e la bibliografia ivi citata in particolare alle note 8 e 9.

<sup>1631</sup> I tratti di quasi-federal della sovranazionalità comunitaria, sono spiegati molto efficacemente dalla dottrina attraverso il confronto fra la *primazia* del diritto europeo e la *supremazia* dei sistemi federali.

La *primazia* configura una relazione giuridica funzionale che riguarda l'applicabilità della norma domestica in presenza di una norma comunitaria confliggente. Quando l'UE obbliga uno Stato ad astenersi da misure incompatibili con il diritto europeo con il compito di modificare in senso conforme quelle già esistenti, implicitamente obbliga ad astenersi dal sollevare un conflitto fra norme e disapplicando la norma interna non conforme al diritto europeo. Il primato della norma europea è quindi una “regola di conflitto”. La *supremazia* invece configura una relazione giuridica strutturale di tipo gerarchico che riguarda la validità della norma in quanto affetta da violazione di una norma superiore in base al principio di gerarchia stabilito dal sistema costituzionale. Così mentre nei sistemi federali, la Federazione ha una giurisdizione di tipo costitutivo che incide sulla validità dell'atto viziato da illegittimità per incompatibilità con una norma federale, l'UE e la Corte di giustizia in particolare hanno una giurisdizione solo di tipo dichiarativo sui conflitti dovendosi limitare a dichiarare l'atto o la misura nazionale inapplicabile in quanto incompatibile con il diritto europeo. Per questa ricostruzione v. Claes M., The primacy of EU law in European and national law, in Arnulf A., Chalmers D., The Oxford Handbook of European Union Law, Oxford University Press, 2015, p.182 ss.

Curiosamente invece, AdamczykL., Majdańska A., The Sources of EU Law Relevant for Direct Taxation, in Lang M., Pistone P., Schuch J., Staringer C., Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, Linde, 2018, mn.6, ricostruisce invece la primazia come supremazia e, attingendo ad un celebre passo della decisione C-6/64 Costa-Enel, la definisce come impossibilità che il Trattato possa essere oggetto di overriding da parte delle norme di uno Stato membro.

In tema di configurazione federale dei poteri fiscali, la dottrina osserva tuttavia una incoerenza di fondo del processo di integrazione europea: gli Stati federali generalmente armonizzano le imposte dirette e lasciano sovranità agli Stati sull'imposizione indiretta mentre in Europa accade il contrario. Boria P., L'antisovrano...cit., p.92 ss.

<sup>1632</sup> Per molto tempo, la prolungata indecisione politica degli Stati membri sulle azioni delle Comunità, abbinata alla convinzione che il principio di attribuzione contenuto nei Trattati mettesse al riparo la sovranità statale da una diretta

impatto costituzionale delle prime pronunce della Corte in affermazione di tali proprietà abbia innescato una seria questione di legittimazione, prima della Corte e poi dei Trattati<sup>1633</sup>, i cui effetti sono ancora percepibili nella delicata materia dell'imposizione diretta<sup>1634</sup>.

Sin dalle prime mosse del progetto comunitario, la costruzione di un mercato unico – oggi mercato interno<sup>1635</sup> – ha svolto un ruolo centrale<sup>1636</sup> configurandosi, sotto

---

interferenza delle Comunità, fece della Corte il principale promotore della difesa e del primato assoluto delle libertà fondamentali contenute nei Trattati stessi.

La questione attiene all'accettazione, da parte degli Stati, del primato e dell'efficacia diretta del diritto comunitario sul diritto interno anche successivo. Esso sfociò, come noto, in un dialogo cooperativo fra Corte di Giustizia e Corti supreme nazionali degli Stati membri, che talora prese anche pieghe conflittuali.

Negli ordinamenti nazionali 'monisti' che conferiscono cioè supremazia al diritto internazionale visto in un *unicum* col diritto interno, il processo di adeguamento alla sovranazionalità dell'ordinamento comunitario fu abbastanza semplice. La vicenda dell'accettazione della supremazia comunitaria attraversò invece fasi più sofferte negli Stati a teoria dualista come l'Italia e la Germania, in cui la separazione dei due ordinamenti li inquadra sul medesimo piano giuridico. Sulla differenza fra ordinamenti monisti e dualisti vedi Fois P., *Rapporti tra diritto interno e diritto comunitario*, (voce) in *Enc. Giur. Treccani*, 1992, mentre sulla diversa vicenda dell'accettazione negli ordinamenti domestici, v. Schermers H.G., Waelbroeck D.F., *Judicial Protection in the European Union*, Kluwer 2001, § 329 ss.

Sulla portata che tale conquista ebbe rispetto al processo di integrazione, è interessante l'opinione del giudice Timmermans, il quale afferma «*With hindsight one can only be grateful that the Court was able to develop this early fundamental case law in relative anonymity and outside the lime-light of national politics. The potential consequences of these decisions, indeed a time-bomb capable of shattering traditional concepts of national sovereignty, was only perceived much later at political levels*». Timmermans C., *The European Union's judicial system*, in *CMLR* n.1/2004, p. 394 e in part. p. 396-404.

<sup>1633</sup> Soprattutto nel periodo in cui l'integrazione europea si è configurata come processo prevalentemente "negativo" (cioè fino alla fine degli anni '80), la proattività della Corte, intesa come *fill the gap action*, è stata investita da un aspro dibattito sul tema della legittimazione ad adottare decisioni interpretative idonee ad ampliare la portata applicativa dei principi comunitari tanto da risultare politicamente oltre che costituzionalmente inaccettabili per gli Stati membri. La polemica si focalizzava in particolare sull'assenza di un efficace sistema di pesi e contrappesi (come quello definito da una vera federazione, ad esempio) in grado di controllare, arginare e rettificare in via legislativa decisioni della Corte eccessivamente "scomode" per gli Stati. Detta polemica trova sintesi nell'affermazione «*no regime is likely to accept important powers wielded by an isolated judicial corps free of political restraints*», cfr. Shapiro M., *Courts. A Political and Comparative Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press, p. 34; sul punto v. anche Rasmussen H., *Between self-restraint and activism: A judicial policy for the European court*, *EL Rev.*, 1988, p.30 come cit. in Timmermans C., *The European Union's judicial system*, in *CMLR*, n.1/2004, p.396. In base ad una rilettura attuale, tuttavia, molte delle decisioni storiche della Corte, definite in tale periodo come controverse, sono oggi da considerare pietre miliari dell'ordinamento europeo; De Hosson F.C., *On the controversial role of the European Court in corporate tax cases*, in *Intertax*, n.6-7/2006, p. 296.

<sup>1634</sup> Il problema della legittimazione si riflesse anche sulla competenza della Corte a sindacare su materie, come la fiscalità diretta, non espressamente attribuite in base agli art. 4 e 5 del TFUE. Sul tema v. *infra* § 4.1.4

<sup>1635</sup> Per una ricostruzione storico-evolutiva del passaggio dal concetto di "mercato unico" a "mercato interno" cfr. Roccatagliata F., *Diritto tributario comunitario*, in V. Uckmar (coordinato da), *Diritto tributario internazionale*, 2005, p.1209 in part. nota 14; v. inoltre Daniele L., *Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza, libertà di circolazione, aiuti di Stato*, Giuffrè, 2012, p. 1-48; l'A. rileva come nel corso del tempo il fenomeno giuridico di unificazione dei mercati europei sia stata definito con una pluralità di espressioni fungibili (talora mercato unico, altre volte mercato interno e altre ancora come mercato comune) e riconduce l'assenza di una definizione normativa di mercato comune alla sua configurazione di obiettivo proprio, prima delle Comunità e poi dell'Unione.

<sup>1636</sup> All'interno del piano Shuman, l'ideale di un mercato comune si faceva strada come progetto di integrazione economica e liberalizzazione degli scambi poggiato sull'unificazione politica degli Stati membri.

Nella CECA e nella CEEA il mercato comune prendeva forma (nei due soli settori del carbone e acciaio e dell'energia nucleare) come una zona di libero scambio caratterizzata dall'abolizione di dazi e discriminazioni e dal divieto di aiuti e pratiche anticoncorrenziali. Nell'ambito della CEE invece il mercato comune generale assume una dimensione globale, estesa cioè a tutti i settori industriali e agricoli. Il mercato comune CEE era infatti fondato su: una unione doganale, le

più punti di vista, come motore, e insieme obiettivo, del processo di integrazione<sup>1637</sup>. La trasformazione soggettiva delle istituzioni europee originarie (prima divenute Comunità europea e poi Unione), il progressivo ampliamento delle competenze loro attribuite dai Trattati<sup>1638</sup> e l'allargamento dell'Unione hanno confermato e consolidato il ruolo centrale del mercato comune inteso sia come spazio fisico, sia come nuovo ordine giuridico<sup>1639</sup> che come nuova dimensione economica degli scambi fra Paesi membri.

All'interno del sistema giuridico europeo, il mercato interno è funzionalmente inteso come un "processo composito e dinamico" volto ad «*eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno*»<sup>1640</sup>.

Nel disegno complessivo del diritto europeo, il mercato unico rappresenta in primo luogo un "processo" nella misura in cui definisce l'esito (tanto ambizioso quanto prospettico) di una azione continuata e mirata all'unificazione dei mercati nazionali; dalla lettura dell'art.3(3) del TUE<sup>1641</sup> l'istituzione di un mercato comune emerge come

---

libertà di circolazione (di lavoratori, servizi, merci e capitali), il divieto di pratiche anticoncorrenziali e aiuti di Stato e politiche comuni nel settore dell'agricoltura, commercio internazionale e trasporti.

Nell'ambito della CE, l'art. 2 del TCE prevedeva che gli obiettivi della Comunità (sviluppo armonioso delle attività economiche, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati) dovessero essere perseguiti attraverso due strumenti: il mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri. In base all'art. 3 TCE, il mercato comune assumeva la funzione di strumento principale in quanto assistito da numerose azioni e politiche di supporto contenuti in una disciplina materiale molto ampia (libertà di circolazione, abolizione di dazi e restrizioni e un regime concorrenziale all'interno del mercato); fra queste era incluso anche il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, nonostante la stretta dipendenza di questa azione dalla discrezionalità politica degli Stati membri.

<sup>1637</sup> Nel COM(2018) 441 final, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il programma relativo al mercato unico, alla competitività delle imprese, comprese le piccole e medie imprese, e alle statistiche europee alle statistiche europee ..., si legge a p. 1: «Il mercato interno costituisce una pietra angolare dell'Unione. Fin dalla sua istituzione, ha costituito un importante contributo alla crescita, alla competitività e all'occupazione. Il mercato interno ha contribuito alla creazione di posti di lavoro e ha offerto ai consumatori una scelta maggiore a prezzi più bassi. Esso continua a essere un motore per la costruzione di un'economia più forte, equilibrata ed equa. Si tratta di uno dei principali risultati dell'Unione e la sua risorsa più importante in un mondo sempre più globale. Il mercato interno deve tuttavia adeguarsi costantemente a un contesto in rapido mutamento caratterizzato dalla rivoluzione digitale e dalla globalizzazione e ciò rappresenta una notevole sfida per la regolamentazione e l'applicazione».

<sup>1638</sup> Il diritto europeo si regge sul principio di attribuzione ed è agevole notare come l'ampliamento delle attribuzioni europee sia sempre in qualche modo accompagnato da una stretta connessione strumentale con il "*funzionamento del mercato comune*". Si pensi ad esempio all'attribuzione delle competenze in materia ambientale (prevista dall'AUE del 1986 e oggi disciplinata dall'art. 352 TFUE), in materia di protezione dei consumatori (art. 169 TFUE), in materia di ricerca (art. 179 TFUE). Analogamente vale per l'Unione monetaria (UEM) prevista dall'art. 119 ss TFUE, per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG) previsto dall'art. 67 ss TFUE. Cfr. Daniele L., *Diritto del mercato unico europeo*...cit. p.6.

<sup>1639</sup> Il riferimento è qui a Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2004; Irti N., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in Riv. Dir. Civ., n.1/1999, p.21 ss.

<sup>1640</sup> Cfr. C-15/81 Gaston Schul, punto 33

<sup>1641</sup> Articolo 3 (ex articolo 2 del TUE): «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato

*humus* indispensabile per perseguire gli obiettivi economici, sociali ed ambientali dichiarati dell'Unione<sup>1642</sup>.

Il (breve) Protocollo n. 27 allegato al TUE prevede che la forma concorrenziale del mercato costituisca oggetto di una particolare tutela da parte dell'Unione potendo formare oggetto anche di interventi normativi speciali<sup>1643</sup>.

La fisionomia composita del mercato unico riflette l'articolato insieme di strumenti previsti dai Trattati per la sua realizzazione. Tale insieme, ancorché funzionalmente unitario, reca in sé due partizioni giuridicamente distinguibili. Da una parte gli strumenti di "integrazione negativa"<sup>1644</sup>, vale a dire: i divieti imposti agli Stati membri di ostacolare la libertà di circolazione (nelle sue diverse declinazioni) e i divieti imposti a tutela della concorrenza (divieto per le imprese di adottare comportamenti abusivi e divieto degli aiuti di Stato alle imprese). L'efficacia di tali divieti - e la valutazione di compatibilità con essi di eventuali misure nazionali - è affidata sistematicamente alla funzione di controllo della Commissione e alla funzione ermeneutica della Corte di Giustizia. Dall'altra, gli strumenti di "integrazione positiva"<sup>1645</sup>, vale a dire: il potere di adottare misure di armonizzazione e ravvicinamento, mediante azioni normative o di soft law, mirate ad organizzare un mercato concorrenziale, ove non ve ne siano le condizioni, o rimuovere differenze e divergenze fra i vari ordinamenti nazionali ove queste siano di ostacolo all'istituzione di un mercato unico, in quanto restrizioni alla libertà di circolazione o distorsioni della concorrenza.

---

fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri (...)).

<sup>1642</sup> Va ricordato come gli obiettivi finali del Trattato sono quelli indicati originariamente nell'art. 2 del primo Trattato CEE mentre gli obiettivi intermedi sono indicati nell'art. 3 fra questi vi è il mercato unico; cfr. Tosato G. L. Basso R., *Unione economica e monetaria*, voce in *Enc. del dir.*, Aggiornamento V, 2001, p. 1092.

Sorprende tuttavia come, inserendo nel medesimo articolo l'obiettivo del mercato unico e gli obiettivi economici sociali ed ambientali, il Trattato voglia segnalare come l'integrazione positiva nel disciplinare il mercato non possa esimersi dalla valutazione di tali finalità e contemporaneamente come l'integrazione negativa debba commisurare la valutazione di eventuali restrizioni nazionali alle libertà di circolazione anche a tali obiettivi, come espressione di valide "ragioni imperative di interesse generale" opposte dagli Stati. Daniele L., *Diritto del mercato unico europeo...cit.* p.9; v. C-341/05 Laval e C-438/05 Viking.

<sup>1643</sup> TUE, Protocollo n. 27: «Le alte parti contraenti, considerando che il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione Europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata, hanno convenuto che a tal fine l'Unione adotta, se necessario, misure in base alle disposizioni dei trattati, ivi compreso l'articolo 352 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Il presente protocollo è allegato al trattato sull'Unione Europea e al trattato sul funzionamento dell'Unione Europea».

Sulle ragioni che hanno indotto il riferimento alla concorrenza all'interno del protocollo, v. Daniele L., *Diritto del mercato unico europeo...cit.*, in part. p.8 e cap. 6.

<sup>1644</sup> Cfr. Daniele L., *Diritto del mercato unico europeo...cit.* p.10-11

<sup>1645</sup> *Ibidem*, p.11-12.

Il carattere “dinamico” del mercato unico, al punto da poterlo definire come nozione giuridica “in costante divenire”<sup>1646</sup>, è diretta funzione di tutti gli elementi finora considerati: la sua dinamicità dipende tanto dagli orientamenti interpretativi adottati dalla Corte di giustizia a tutela del mercato interno e delle libertà fondamentali definite nei Trattati istitutivi (integrazione negativa), quanto dalle misure e dalle diverse modalità di integrazione positiva (ravvicinamento e coordinamento) concretamente adottate dalle istituzioni europee in una data fase storica.

L’art. 26 TUE<sup>1647</sup> definisce il mercato interno come uno «*spazio senza frontiere*» interne, tanto fisiche quanto giuridiche, nel quale sono assicurate le libertà di circolazione garantite dai Trattati. In base all’art. 4(2a) TFUE<sup>1648</sup> il mercato interno costituisce competenza concorrente dell’UE, soggiace pertanto al principio di sussidiarietà e proporzionalità previsti dall’art. 5(3) e 5(4) TUE<sup>1649</sup>.

Nella sua attuale fisionomia, l’Unione Europea si configura pertanto come un sistema giuridico di valori, principi e libertà, basato sui Trattati e le cui competenze si reggono sul principio di attribuzione, che si forma e si completa progressivamente mediante il diritto secondario e la giurisprudenza della Corte; essa integra gli ordinamenti giuridici aderenti, conformandone l’azione verso gli obiettivi previsti dall’art. 3(3) del TUE: l’istituzione di un mercato interno in grado di assicurare una crescita economica equilibrata, stabilità dei prezzi, un’economia sociale di mercato

---

<sup>1646</sup> Ibidem, p.13.

<sup>1647</sup> Articolo 26 (ex articolo 14 del TCE): «1. L’Unione adotta le misure destinate all’instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati. 2. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati. 3. Il Consiglio, su proposta della Commissione, definisce gli orientamenti e le condizioni necessari per garantire un progresso equilibrato nell’insieme dei settori considerati».

Sulla portata programmatica delle disposizioni contenute nell’art. 14 TCE, cfr. Daniele L., *Diritto del mercato unico europeo*...cit. p.14

<sup>1648</sup> Art. 4: «1. L’Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati membri quando i trattati le attribuiscono una competenza che non rientra nei settori di cui agli articoli 3 e 6.

2. L’Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nei principali seguenti settori:a) mercato interno; (...)

<sup>1649</sup> Articolo 5 (ex articolo 5 del TCE): «3. In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l’Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell’azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione.

Le istituzioni dell’Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo.

4. In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell’azione dell’Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati.

Le istituzioni dell’Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità».



competitiva con elevati livelli occupazionali, di progresso sociale e di protezione ambientale<sup>1650</sup>.

#### **4.1.2 La fiscalità diretta d'impresa nel diritto dell'Unione, l'obiettivo della "fiscalità neutrale" e il paradigma della "fiscalità negativa": quale spazio per una fiscalità europea delle partnership?**

L'ordine logico con il quale la dottrina suggerisce un approccio coerente e sistematico alla fiscalità europea appare completamente inverso a quello impiegato nell'ambito della fiscalità domestica.

Negli Stati contemporanei il nesso fra sovranità (intesa come esercizio di poteri pubblici finalizzati al soddisfacimento dei bisogni di una collettività) e fiscalità (intesa come elemento di base dell'organizzazione istituzionale di una collettività in quanto fonte di alimentazione finanziaria per lo svolgimento dei poteri sovrani) costituisce uno dei gangli fondamentali del sistema dei valori costituzionali<sup>1651</sup>. In questo senso, il tributo, inteso come conformazione strutturale e procedimentale della fiscalità finalizzata ad alimentare la finanza pubblica, diventa la forma giuridica di un prelievo basato sul principio di legalità e su quello della capacità contributiva (o su alcuni dei suoi elementi tradizionali)<sup>1652</sup> e funzionale ai bisogni specifici, ancorché plurimi, di uno Stato.

Il diritto dell'Unione guarda invece alla funzione della fiscalità con prospettiva completamente diversa. In assenza di una Costituzione ai cui valori conformare l'esercizio di poteri sovrani ed autoritativi - e fra questi l'esercizio della potestà tributaria, di cui l'Unione è evidentemente sfornita - la fiscalità comunitaria presenta i

---

<sup>1650</sup> In questo senso la dottrina riconosce all'Unione un ruolo multiplo di attore globale sia sul piano interno, o per meglio dire interstatale, cioè nel rapporto fra gli Stati membri, che sul piano internazionale. Cfr. Cremona M., *The Union as a global actor: roles, models and identity*, in CMLR, n.4/2004, p.553-573. V. anche Koefer G., *Eu power to tax: competences in the area of direct taxation*, in HJI Panayi C., Haslehner W., Traversa E., *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 11-12.

<sup>1651</sup> V. Boria P., *L'antisovrano...cit.*, p. 105 il quale sembra così conferire maggiore profondità al significativo incipit: «*States raise taxes in order to fund their budget. Taxation is thus directly linked to the exercise of sovereignty*» con il quale esordisce lo studio di Malherbe J., Richelle P.I., Traversa E., *The impact of the rulings of the European Court of Justice in the area of direct taxation*, 2010 update 2011 (No. IP/A/ECON/ST/2010-18/PE 457.367). Policy Department Economic and Scientific Policies. European Parliament, p.2.

<sup>1652</sup> La dottrina osserva infatti che il concetto di «capacità contributiva non fa parte di una tradizione costituzionale comune degli Stati membri protetta ai sensi dell'articolo 6 della versione consolidata del Trattato che istituisce l'Unione Europea. Ad esempio, non esiste una base costituzionale per il principio di capacità contributiva nel Regno Unito o nei Paesi scandinavi. A parere di chi scrive, il punto è che la maggior parte degli Stati membri riconosce alcuni aspetti del principio di capacità contributiva (deducibilità di alcune spese personali e familiari, non deducibilità delle spese professionali) nei confronti dei contribuenti residenti nell'ambito della legislazione ordinaria (che non è quella costituzionale)». Cfr. Selicato P., Herrera M., Pedro M.G., *Il concetto di tributo nel diritto comunitario [Relazione alla Conferenza Annuale dell'EATLP (European Association of Tax Law Professors), Caserta, 26 maggio 2005]*, in RDTI, n.2/2007, p. 103-105, in part. p.9

tratti tipici di una “sovrastuttura”<sup>1653</sup> dotata di una doppia anima, parimenti riflessa in una doppia configurazione di poteri.

La prima anima valorizza la proiezione interna del diritto europeo sulle regole che governano il finanziamento del bilancio dell’Unione, configurandosi tipicamente come diritto europeo finanziario<sup>1654</sup>.

La seconda anima della fiscalità europea invece valorizza la proiezione esterna del diritto europeo sulla sovranità fiscale degli Stati. Questa si identifica nel complesso

---

<sup>1653</sup> Boria P., *L’antisovrano...cit.*, p. 49 parla di una fiscalità di secondo livello che assume i caratteri propri di una sovrastruttura, priva di un autonomo contenuto deputato alla definizione dei rapporti tributari e caratterizzato invece ad una funzione di “regolazione” della potestà tributaria incardinata presso gli Stati.

<sup>1654</sup> Il diritto europeo finanziario, è definito come quella branca del diritto europeo, composto da norme e principi del diritto primario e secondario, che disciplina il sistema di entrate e uscite e il complesso degli istituti giuridico-finanziari che compongono la “finanza derivata” dell’Unione. Questa si basa sugli ambiti di competenze e poteri di natura finanziaria attribuiti dagli art. 311-319 TFUE e su un collegamento di natura indiretta con le disposizioni fiscali degli art. 110-118 TFUE che rappresentano la “base imponibile” delle risorse proprie dell’Unione. Come nozione interna alla dimensione organizzativa dell’Unione, questa accezione “derivata” della fiscalità europea mira quindi a definire il complesso di norme e principi che regolano l’attività finanziaria della UE e il suo potere di stabilire risorse proprie. Boria P., *L’antisovrano...cit.*, p.46. Sui condizionamenti finanziari degli Stati derivanti dall’adesione all’UE v. anche Casado Ollero G., *L’ordinamento comunitario e l’ordinamento tributario interno*, in Amatucci F. (a cura di), *Trattato di diritto tributario*. Annuario, Padova, 2001, p. 522.

Originariamente i trattati istitutivi stabilivano che il bilancio di funzionamento delle comunità fosse alimentato da contributi finanziari addebitati ai singoli Stati in ragione di criteri provvisori di natura prevalentemente politica. Il Trattato di Lussemburgo del 1970 modificò il regime di finanziamento autonomo della comunità introducendo nuove regole di formazione del bilancio comunitario e stabilendo il ricorso a “risorse proprie” in luogo dei contributi finanziari degli Stati.

In base a quanto oggi previsto dall’art. 311 del Trattato: «L’Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche. Il bilancio, fatte salve le altre entrate, è finanziato integralmente tramite risorse proprie». La Decisione del Consiglio 2014/335/UE, Euratom (art. 2) prevede che le risorse proprie, cioè la cd fiscalità interna dell’Unione, siano formate da due componenti: le risorse proprie «tradizionali» e le “altre risorse”. Le risorse proprie «tradizionali» sono i dazi doganali, i prelievi agricoli e i contributi nel settore dello zucchero che sono veri e propri “tributi europei”. Le “altre risorse” sono: la risorsa propria basata sull’IVA (rappresentata da una percentuale del gettito stimato IVA degli Stati membri) che è un tributo europeo con tratti nazionali e la risorsa propria basata sul RNL, pari ad un prelievo percentuale sul reddito nazionale lordo (RNL) degli Stati membri, introdotta dalla decisione n. 88/376/CEE del Consiglio e stabilita ogni anno nel quadro della procedura di bilancio. Infine, vi sono le “altre entrate”, rappresentate dalle imposte sulle retribuzioni del personale dell’UE, i contributi versati da paesi terzi a favore di determinati programmi dell’Unione e le sanzioni pagate dalle imprese per violazione delle regole sulla concorrenza o di altre disposizioni di legge.

L’articolazione delle fonti di finanziamento del bilancio europeo apre in dottrina una dialettica molto accesa sulla forma federale o quasi-federale dell’ordinamento europeo. Secondo la prevalente corrente di pensiero, il sistema delle “risorse proprie”, in quanto rappresenta un meccanismo di “fiscalità derivata” che si poggia sul sistema di prelievo degli Stati, caratterizza l’attuale fase di sviluppo del progetto europeo. in senso quasi (o parzialmente) federale. Cfr. Boria P., *Diritto tributario europeo*, Milano, 2017, p. 41 ss. Allo stato attuale pertanto, benché nell’Unione si riscontrino problemi simili a quelli propri di uno stato federale, non si può parlare di federalismo fiscale dell’Unione poiché il processo di integrazione non riguarda le relazioni finanziarie fra i livelli di governo sotto il profilo dell’altezza e del riparto del gettito tributario; cfr. Fichera F., *Fisco ed Unione europea: L’Acquis Communautaire*, in *RDFSFS*, n.3/2003, par.4.

Ad oggi il bilancio europeo è finanziato per due terzi dal prelievo sull’RNL il restante terzo è prevalentemente finanziato dalle Risorse proprie «tradizionali» e dalla quota IVA. Le restanti risorse contribuiscono invece in misura minima. Dal 2014 Sia il parlamento che la Commissione europea hanno impartito diversi impulsi per una riforma sostanziale sia delle modalità di finanziamento del bilancio dell’UE sia del sistema delle risorse proprie definita troppo complessa. Sul punto vedi ad es. lo studio varato dalla Commissione per avviare una discussione sulla riforma del sistema di finanziamento interno dell’UE: *Future financing of the eu, Final report and recommendations of the High Level Group on Own Resources, December 2016*, consultabile presso [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/about\\_the\\_european\\_commission/eu\\_budget/future-financing-hlgor-final-report\\_2016\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/about_the_european_commission/eu_budget/future-financing-hlgor-final-report_2016_en.pdf) (accesso 26 luglio 2020).

di norme e principi che regolano il potere di stabilire limiti e divieti alla sovranità fiscale domestica unitamente al potere di armonizzare e ravvicinare le legislazioni degli Stati membri e di coordinarne<sup>1655</sup> le politiche fiscali in vista del raggiungimento degli obiettivi propri dell'Unione. Fra questi, in primo luogo, il mercato interno.

In tale accezione di fiscalità europea è riconoscibile il carattere tipico che il diritto europeo proietta in generale su tutte le politiche comuni che coinvolgono, impegnano e integrano il diritto nazionale degli Stati membri: la funzionalizzazione<sup>1656</sup> rispetto agli obiettivi del Trattato.

La fiscalità europea tuttavia rileva talune differenze macroscopiche rispetto ad altre competenze dell'Unione.

La prima è la previsione di un impianto normativo minimale nel Trattato dedicato alla fiscalità. Se tale impianto può definirsi riduttivo per l'imposizione indiretta, diventa quasi inesistente per la fiscalità diretta. Ciò conferma, secondo la dottrina, l'impostazione funzionalista che ha contrassegnato la nascita e l'affermazione delle istituzioni europee<sup>1657</sup>.

La seconda è che l'ambito della fiscalità registra un assetto di competenze bipartito in una competenza esclusiva in tema di Unione doganale e una competenza concorrente in tutti gli altri settori della fiscalità, "derivata" dalla competenza concorrente alla regolazione del mercato interno. La competenza concorrente in materia fiscale ha inoltre registrato la sottrazione dell'IVA, divenuta materia

---

<sup>1655</sup> Sul concetto di armonizzazione ravvicinamento e coordinamento v. infra § 4.1.3

<sup>1656</sup> Di "strumentalità" della fiscalità in genere parla Sacchetto, *Armonizzazione fiscale nella Comunità europea*, in Enc. Giur., II, 1998, p.1; analogamente v. Melis, *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, in Enc. Del dir., p. 394 e 397 il quale afferma: «È dunque la realizzazione del «mercato comune» — o meglio ancora, «interno», a seguito delle modifiche intervenute con l'Atto unico europeo— il terreno sul quale nascono e si sviluppano gli interventi in materia di imposizione diretta».

<sup>1657</sup> « Un approccio riduttivo, strettamente connesso all'impostazione «funzionalista» che ha presieduto alla nascita della Comunità economica europea nel 1958, favorevole, nel quadro dell'instaurazione e funzionamento del mercato comune, ad un'integrazione limitata ad alcuni ambiti, e quello fiscale non era tra questi, e, si deve aggiungere, ad un atteggiamento di estrema prudenza in ordine ad una competenza, se non prerogativa, nazionale in materia tributaria che gli Stati hanno sempre, e gelosamente, difesa ed hanno sostanzialmente mantenuta. (...) Non è che gli estensori del trattato di Roma non fossero consapevoli del nesso che intercorre tra realizzazione dell'integrazione comunitaria e fiscalità, (...) È che la via scelta è stata un'altra, anche essa partecipe dell'impostazione «funzionalista» che ha presieduto ai trattati: si sono individuati gli obiettivi di partenza dell'integrazione economica, in primo luogo l'instaurazione ed il funzionamento del mercato comune, e gli strumenti per la loro realizzazione, ma non si sono definite tutte le implicazioni. (...) Nella convinzione, ancora un riflesso dell'impostazione «funzionalista», che la realizzazione degli obiettivi di integrazione economica e gli sviluppi in alcuni ambiti avrebbero indotto, per necessità o per contagio, realizzazioni e sviluppi in altri campi vicini o contermini, secondo un processo graduale, ma intrinsecamente dinamico, di integrazione affidato, in definitiva, alle istituzioni ed alle procedure comunitarie. E così in materia tributaria, pur mantenendo le competenze degli Stati membri, si è previsto, in alcuni ambiti, l'intervento comunitario, ma ci si è attenuti al minimo, (...) lasciando al processo storico l'ultima parola». Cfr. Fichera F., *Fisco ed Unione europea: L'Acquis Communautaire*, in RDFSFS, n.3/2003, par.2.

armonizzata. Parallelamente, lo sviluppo di una politica fiscale<sup>1658</sup> europea nel settore delle imposte non armonizzate, e soprattutto nella fiscalità diretta, può dirsi una conquista abbastanza recente.

La terza è l'elevato grado di sensibilità dei Governi rispetto ai temi della fiscalità in generale e dell'imposizione diretta in particolare. Tale sensibilità riflette due aspetti molto delicati e, nel contempo, strettamente legati al dato costituzionale degli Stati: la legittimazione democratica come presupposto necessario della potestà impositiva degli Stati e la salvaguardia di una delle ultime leve (se non dell'ultima) a disposizione dei governi per l'attuazione delle politiche sociali e redistributive necessarie alle collettività dei diversi Stati membri<sup>1659</sup>.

Secondo tale ultima impostazione, anche il concetto di "tributo" perde i suoi tradizionali connotati finalizzati a definire la natura fiscale del prelievo ed assume una formulazione sufficientemente ampia da divenire funzionale agli obiettivi del Mercato interno e della liberalizzazione degli scambi<sup>1660</sup>.

---

<sup>1658</sup> La dottrina ricostruisce il concetto di politica fiscale dell'UE come combinazione degli strumenti di integrazione negativa e positiva: l'integrazione negativa mira a comprimere lo spazio di autonomia delle politiche nazionali che ostacolano gli obiettivi e ledono gli interessi generali delle Comunità, l'integrazione positiva mira ad indirizzare e coordinare la disciplina dell'imposta verso obiettivi comuni. La politica fiscale della comunità consiste nella scelta dei settori tributari da armonizzare, nell'indirizzo che ad essi attribuito dalle istituzioni comunitarie e nel loro coordinamento in funzione degli obiettivi e delle politiche comuni. Cfr. Casado Ollero, in part. p.550.

È sintomatico a riguardo anche il titolo attribuito dalla Commissione a importanti comunicazioni degli anni 2000: COM(2005)532, *Il contributo delle politiche fiscali e doganali alla strategia di Lisbona* e COM(2001)260, *La politica fiscale dell'Unione europea - Priorità per gli anni a venire*.

<sup>1659</sup> Dopo l'Unione monetaria, infatti ben poche leve di politica economica sono rimaste in mano agli Stati. Cfr. Malherbe, J., Richelle P.I., Traversa, E., *The impact of the rulings of the European Court of Justice in the area of direct taxation, 2010 update 2011* (No. IP/A/ECON/ST/2010-18//PE 457.367). Policy Department Economic and Scientific Policies. European Parliament, mn.1; analogamente, Roccatagliata F., *Diritto tributario comunitario*, in V. Uckmar (coordinato da), *Diritto tributario internazionale*, 2005, p.1203 ss.; Casado Ollero G., *L'ordinamento comunitario e l'ordinamento tributario interno*, in Amatucci F. (a cura di), *Trattato di diritto tributario. Annuario*, Padova, 2001, p.505 ss.

<sup>1660</sup> Cfr. sul punto Casado Ollero, p. 524 il quale osserva come «rispetto al significato e concetto di tributo (...) le definizioni e le distinzioni proprie degli ordinamenti nazionali degli Stati membri non sono adatte al diritto comunitario» e che nei Trattati, il tributo è considerato «come uno strumento diretto a garantire entrate allo Stato (fiscalità) ma da concordare (non armonizzare) ed indirizzare nell'interesse del Mercato comune ed in funzione degli obiettivi generali e particolari (extrafiscalità) della Comunità». Cfr. inoltre Herrera Molina P.M., Meussen G.T.K. - Pietro Selicato P., *Il concetto di tributo nel diritto comunitario* [Relazione alla Conferenza Annuale dell'EATLP (European Association of Tax Law Professors), Caserta, 26 maggio 2005], in RDTI, n.2/2007, p. 103-105. Nelle premesse metodologiche, gli Autori osservano che, sebbene storicamente il concetto di tributo nel diritto comunitario tragga origine da quello tradizionale, adottato dai sistemi giuridici dei singoli Stati membri, se ne è reso indipendente e si è conformato agli obiettivi comunitari. Questo «mira a rispondere a problemi reali, ossia la distribuzione delle potestà impositive tra Stati membri e le istituzioni europee. Inoltre, non esiste un concetto inequivocabile di "tributo" nell'ambito del diritto comunitario. Piuttosto, si parla di un concetto di "disposizioni fiscali" e di un concetto di "imposte, tasse e dazi" con scopi e obiettivi differenti. In teoria, dovrebbero essere i concetti stabiliti nella legislazione primaria a prevalere. Tuttavia, una direttiva comunitaria può inserire al suo interno il termine "imposta", al fine di risolvere una questione non prevista dal Trattato CE, utilizzando così la parola in un senso differente, senza contraddire il Trattato. Un concetto importante comune sia alla legislazione primaria che derivata consiste nel ritenere che: "i confini del concetto di tributo variano a seconda della normativa in questione. Di conseguenza, il concetto comunitario di tributo è funzionale: l'interpretazione della CGCE del concetto di

Coerentemente con l'impostazione che valorizza la proiezione esterna del diritto europeo sulla sovranità fiscale degli Stati, la fiscalità europea presenta i tratti di un ordinamento fortemente atipico, dotato cioè di organicità e sistematicità ma assai distante dalla configurazione degli ordinamenti tributari tradizionali soprattutto perché privo di potestà impositiva, delle connesse attribuzioni strutturali e funzionali oltre che degli obiettivi propri di queste<sup>1661</sup>.

---

tributo dipende dagli obiettivi che la legislazione primaria e secondaria intendono raggiungere. La funzione di tale concetto nell'ambito del diritto comunitario, quindi, è completamente differente dalla funzione che riveste nell'ambito del diritto nazionale. Il concetto di tributo è essenzialmente uno strumento che la CGCE utilizza in vista di due obiettivi: assicurare che il diritto comunitario sia applicato in modo uniforme e rinforzare la sua efficacia. La principale conseguenza è che i contributi [prelievi] che non possono essere considerati imposte in senso proprio possono, invece, esserlo nell'ambito del diritto comunitario (si veda, ad esempio, la sentenza Modelo SGPS, C-56/98)».

<sup>1661</sup> «Therefore, European tax law exists despite the absence of a genuine European tax system», cfr. Malherbe, J., Malherbe, P., Richelle, I., & Traversa, E. (2011). «The impact of the rulings of the European Court of Justice in the area of direct taxation» 2010 update 2011 (No. IP/A/ECON/ST/2010-18//PE 457.367). Policy Department Economic and Scientific Policies. European Parliament, p.2.

Così, «(...) la fiscalità comunitaria (è) ispirata da criteri, dotata di discipline e garantita da tutele peculiari rispetto a quelli della fiscalità internazionale. Infatti, la fiscalità comunitaria non si ferma ai principi consolidati in ambito internazionale, ma a volte li utilizza, con rinvii anche formali al diritto internazionale convenzionale, a volte se ne distacca, con l'elaborazione di regole proprie, coerenti con i principi e gli obiettivi della Comunità e dell'Unione europea. Questo avviene un po' in tutti i campi che si è avuto modo di individuare, con riguardo all'Unione doganale, al principio di non discriminazione, agli aiuti fiscali, all'armonizzazione ed al coordinamento fiscale, alle risorse proprie ed ai tributi comunitari, alle tutele del contribuente; Fichera F., Fisco ed Unione europea: L'Acquis Communautaire, in RDFS, n.3/2003, par4.

Ne consegue il riconoscimento del diritto tributario europeo<sup>1662</sup> come una costruzione organica di principi<sup>1663</sup> fonti e norme (primarie e secondarie)<sup>1664</sup>

---

<sup>1662</sup> Una ricognizione letteraria sulla definizione di Diritto tributario europeo offre un quadro argomentativo molto ricco.

Da una parte è rilevabile la posizione dei cd “negazionisti” i quali, data «la mancanza dei valori essenziali della dialettica costituzionale del fenomeno tributario e l’assenza di un nesso con la sovranità», disconoscono qualunque fisionomia tributaria all’ordinamento europeo caratterizzandolo in termini del tutto diversi. Riporta tale posizione, Boria, *Diritto tributario europeo...cit.*, introduzione, p. IV.

Secondo De Cicco A.M., *Diritto tributario dell’Unione europea*, cit., in esito al graduale e costante processo di integrazione europea, il diritto tributario dell’UE - erede del diritto tributario comunitario - si configura come una disciplina giuridica di recente istituzione, originariamente nata e studiata nel contesto del diritto tributario internazionale e da questa distaccatasi per partenogenesi giuridica ed evolutasi (pur mantenendone alcuni tratti originari) con connotazioni e autonomia del tutto proprie.

Un’altra corrente dottrinarica offre una lettura critica della fiscalità dell’UE nella forma dell’*antisovrano*: un ordinamento nato dalla volontà di altri Stati sovrani, che non esercita poteri fiscali a questi sottratti o in loro sostituzione (cd fiscalità positiva), bensì esercita poteri di limitazione della fiscalità degli Stati sovrani per evitare che questa impedisca ed ostacoli l’integrazione dei mercati e le libertà economiche a fondamento del mercato interno (cd “fiscalità negativa”). Secondo tale lettura, alla base di tale approccio opera come assioma ideologico di fondo la corrente del liberismo economico che ha connotato l’intero sviluppo dell’ordinamento europeo nelle sue varie fasi. Cfr. Boria P., *Il Sistema Tributario*, Torino, 2008, p.115 ss.; Boria, *Diritto Tributario Europeo*, Milano, 2017, p. 481 ss.; ancora più efficacemente, Boria P., *L’antisovrano...cit.*, p.107-118; dello stesso orientamento, cfr. Fantozzi, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, 756 ss.

Secondo una diversa e più risalente corrente di pensiero, la fiscalità europea andrebbe ricostruita come un ordinamento bi-componente: da una parte il diritto tributario-finanziario dell’UE inteso come settore dell’ordinamento deputato alla disciplina delle prestazioni dovute dai soggetti appartenenti alla comunità stessa al fine di sostenere le spese che l’UE sopporta per il perseguimento dei propri fini (materia disciplinata dalle “disposizioni finanziarie” sul bilancio ad esempio degli artt. 199-201 del Trattato CEE); dall’altra un diritto tributario comunitario in senso proprio, inteso come complesso di norme che impongono agli Stati membri dei principi comuni (*ius commune*) intesi a disciplinare il loro potere impositivo (materia ad esempio disciplinata dalle “disposizioni fiscali” degli artt. 95-99 del Trattato CEE, che fissavano limiti agli Stati membri nel perseguimento di una politica fiscale comune). Cfr. G. Ardizzone, «Comunità Economica Europea», in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988; G.A. Micheli, *Corso di Diritto Tributario*, Torino, 1981; C. Sacchetto, *Contenuto ed efficacia immediata negli ordinamenti degli Stati membri delle disposizioni fiscali del Trattato CEE*, RDF, 1969, II, 320 ss.

Secondo altro approccio, il concetto di fiscalità comunitaria risponde, più che ad un ordinamento fiscale vero e proprio, ad un sistema di regole europee a portata fiscale che hanno un’incidenza sulla struttura e l’evoluzione delle fiscalità nazionali degli Stati membri per il completamento degli obiettivi della costruzione europea. Cfr. Roccatagliata F., *L’ordinamento fiscale europeo*, p. 1206, in part. nota 7 il quale riferisce la posizione espressa da Dibout E., *Fiscalité et construction européenne: un paysage contrasté*, *Revue des Affaires Européennes*, n.5/1995, p.5.

<sup>1663</sup> Nella ricerca dei principi giuridici fondanti la materia, la dottrina riconosce pacificamente la sussistenza di principi generali del diritto europeo incidenti sulla fiscalità. Non si tratta tuttavia di «*principi direttamente rivolti a conformare il sistema tributario della intera Unione Europea (...), i principi comunitari si rivolgono piuttosto ai sistemi tributari degli Stati membri, orientandone, in modo sempre più incisivo e pervasivo, l’evoluzione*» verso gli obiettivi dell’integrazione europea. Fra questi sono rinvenibili tre ordini di principi: quelli «*più direttamente connessi al risultato primario cui è originariamente ordinata la costituzione comunitaria, e cioè la realizzazione di un mercato unico e concorrenziale in ambito europeo*», quelli «*anche se di portata non generale, attinenti a singoli tributi o gruppi di tributi e sistematicamente collocabili al livello dei principi ispiratori di ciascun istituto fiscale*», infine «*altri principi generali (...), elaborati nella giurisprudenza comunitaria secondo la tecnica dell’individuazione di “principi comuni” agli ordinamenti degli Stati membri o generalmente riconosciuti a livello internazionale*». «*Tutti questi principi assumono diretta valenza normativa e, nell’ambito delle materie di competenza comunitaria, determinano la disapplicazione delle norme interne in contrasto, impongono interpretazioni adeguatrici, conformano i singoli istituti giuridici coinvolti*». Cfr. Fedele A., *Diritto tributario (Principi)*, voce in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 2, p. 447, in part. par. 11.

Così anche Melis G., *Coordinamento fiscale nell’UE*, cit. p.406, nota 66: «È noto che i principi si distinguono in principi generali di diritto relativi a ogni sistema giuridico, in particolare quelli comuni desunti dagli ordinamenti degli Stati membri e recepiti nell’ordinamento comunitario, che rappresentano il comune sostrato giuridico dell’ordinamento integrato; principi generali propri del diritto comunitario, ricavati in modo autonomo dal sistema dei testi scritti, in quanto ritenuti espressione di regole più generali, o desunti dalla stessa natura, struttura e finalità dell’Organizzazione; infine,

funzionalmente collegate fra loro e dotata di autonoma consistenza dogmatica, dai contorni ben definiti, caratterizzata dalla tendenza a definire modelli impositivi da implementare negli Stati membri mediante l'opera dei parlamenti nazionali. Al suo interno, è riconoscibile una netta distinzione fra imposte armonizzate e imposte non armonizzate o parzialmente armonizzate. Tale distinzione - oramai non più funzionale a ripartire la materia in astratte partizioni ideali sulla base del grado di armonizzazione dei tributi<sup>1665</sup> - sembra invece utile ad indentificare distinte ramificazioni della materia,

---

principi relativi alla protezione dei diritti fondamentali dell'uomo. Per questa classificazione, v. Strozzi, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino, 2001, 221 ss. Tali principi hanno un'applicazione quanto mai estesa. Talvolta, essi funzionano da criteri interpretativi, consentendo di selezionare tra le più interpretazioni possibili quella che risulti meglio aderente al principio di riferimento; più spesso, essi individuano tuttavia veri e propri limiti all'esercizio del potere normativo dell'Unione europea o degli Stati membri, funzionando così da parametro nella valutazione della legittimità dell'esercizio di tale potere».

<sup>1664</sup> Secondo Boria, *Diritto Tributario Europeo*, Milano, 2017, , p. XXI e p. 325-326., il *Diritto Tributario Europeo* risponde alla logica di un "sistema" all'interno del quale «la sussistenza di principi e valori, per un verso, e le relazioni tra norme, per l'altro verso sono in grado di fare emergere l'unità funzionale del complesso normativo». Al suo interno, «fonti, principi e norme collegati funzionalmente tra di loro stanno evidentemente ad indicare l'esistenza di un nucleo sistematico idoneo a presentarsi come un settore giuridico autonomo e dunque sembrano legittimare l'affermazione di un *jus commune* di portata europea riguardante la materia tributaria suscettibile di imporsi a tutti gli ordinamenti fiscali nazionali». (...) «Esiste indubbiamente un complesso normativo che si atteggia ad unità funzionale e sistematica e dunque presenta l'idoneità ad essere qualificato come un settore ordinamentale autonomo». Tale sistema si configura peraltro come diritto speciale europeo in materia tributaria.

Su un piano più generale, la dottrina osserva inoltre come la formazione di un *jus commune* di portata europea sia l'effetto un interessante fenomeno di contaminazione del pensiero giuridico che si è verificato grazie al dialogo, talora conflittuale, fra la Corte di Giustizia e le Corti nazionali: «*There is another important aspect to this growing cooperation between Courts; that is the contribution it makes to the evolution of a ius commune. There is a fascinating ongoing process of cross-fertilization between national legal concepts, which influence Community law, and Community concepts, which return to influence national law, with the European Court of Justice as one of the agents for transmission in this process*». Cfr. Timmermans C., *The European Union's judicial system*, in *CMLR*, n.1/2004, p.400; van Gerven, *Bridging the gap between Community and national laws: Towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?*, in *CML Rev.* n.32/1995, p.701. Nella dottrina italiana cfr. Biondi F., *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, in part. p. 7 ss., reperibile

in: <https://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=40352&dpath=document&dfile=02102019044750.pdf&conten t=Quale%2Bdialogo%2Btra%2Ble%2BCorti%3F%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B> (accesso 26 luglio 2020); Ruggeri A., "Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in *I quaderni europei*, n. 59/2013, p. 4 ss., consultabile presso: [http://www.cde.unict.it/sites/default/files/Quaderno%20europeo\\_59\\_dicembre\\_2013.pdf](http://www.cde.unict.it/sites/default/files/Quaderno%20europeo_59_dicembre_2013.pdf) (accesso 26 luglio 2020).

<sup>1665</sup> Cfr. De Cicco A.M., *Diritto tributario dell'Unione europea*, cit., l'A. ripropone per il diritto europeo la distinzione fra la funzione predicativa/attributiva del termine "tributario" che la dottrina ha già discusso per il diritto internazionale (*Diritto Internazionale Tributario/ Diritto Tributario Internazionale*).

Facendo leva sulle argomentazioni impiegate dalla CGUE nel caso Schumacker (C-279/93), l'A. afferma che la definizione della materia come "diritto europeo tributario" meglio si adatterebbe alla materia dell'imposizione diretta, la cui base giuridica è assente nei Trattati, che non al settore dei dazi, accise e IVA che invece radica la propria base giuridica nei Trattati. Da tale ricostruzione emergerebbe una duplice conformazione della materia: mentre per il settore dell'imposizione diretta - la cui competenza è ancora radicata sugli Stati membri - si può parlare di *Diritto Europeo Tributario* inteso come insieme di «*principi e norme di diritto dell'UE che, sebbene non contemplino un'attività tributaria in senso stretto, si rivolgono agli Stati membri e indirettamente ne prevedono una tutela tributaria*», per il comparto della fiscalità indiretta (Iva e accise, da una parte, e dazi dall'altra, cioè rispettivamente fiscalità interna e risorse proprie dell'UE) occorre riferirsi ad un *Diritto Tributario Europeo* che radica la propria base giuridica nei Trattati istitutivi.

Tale distinzione ad oggi sembra non più condivisibile, poiché significherebbe non riconoscere l'importanza degli sviluppi registrati nel settore delle imposte non armonizzate e specialmente nel settore parzialmente armonizzato dell'imposizione diretta. Ciò evidenzia la "temporaneità" di talune distinzioni teoriche nel diritto europeo dovuta alla continua evoluzione della materia in connessione col processo di integrazione.

ciascuna delle quali, pur poggiando sul comune terreno dell'*acquis communautaire*, appare contrassegnata a sua volta da un autonomo corpo di principi e regole distintive.

In particolare, la dottrina individua nella fiscalità diretta un insieme compartimentalizzato di regole, fonti e principi mirati a garantire la neutralità fiscale dei redditi transnazionali prodotti da imprese societarie di gruppo che operano nel mercato interno<sup>1666</sup>. Questo corpo di regole è alimentato soprattutto dall'impiego privilegiato delle direttive, ritenute più idonee a rispettare la conformazione dei sistemi fiscali nazionali oltre che l'esigenza di legittimazione democratica del potere tributario degli Stati; queste sono volte a ravvicinare le regole nazionali di tassazione di determinati componenti reddituali delle imprese societarie di gruppo con la finalità di rimuovere la doppia imposizione internazionale d'ostacolo al mercato interno<sup>1667</sup>. A queste si aggiunge la *moral suasion* e la pressione reciproca degli Stati indotta dal *soft law* e la crescente convergenza dei sistemi domestici impressa dal coordinamento europeo delle politiche fiscali. In ultimo, ma non in ordine di importanza, esso si alimenta grazie all'opera ermeneutica della Corte chiamata a verificare, con metodi e approcci sempre più specifici, la compatibilità dei sistemi di fiscalità diretta domestica con le previsioni del diritto secondario dell'Unione e con le libertà e i principi del mercato interno.

A voler individuare i connotati generali del diritto europeo nell'ambito della fiscalità, occorre richiamare le posizioni di quella dottrina che, individuando nella costruzione e nella tutela del mercato interno l'obiettivo primario dell'Unione<sup>1668</sup>, vede nella cd "fiscalità neutrale" – espressione di un impianto ideologico di matrice liberistica – il postulato di fondo intorno al quale si sviluppa l'intero sistema giuridico dell'Unione e nella cd "fiscalità negativa" – espressa dal principio di non discriminazione e non restrizione<sup>1669</sup> - il corollario di maggior garanzia per l'assetto concorrenziale del mercato stesso<sup>1670</sup>.

---

<sup>1666</sup> Cfr. Boria P., *Diritto tributario europeo*, Milano, 2017, p.328

<sup>1667</sup> Sull'impiego privilegiato della direttiva come strumento di ravvicinamento della fiscalità diretta cfr. Adonnino P., *Armonizzazione fiscale nell'Unione Europea*, voce in *Enc. Dir.*, agg. III, 1999

<sup>1668</sup> Cfr. Adamczyk L., Majdańska A., *The Sources of EU Law Relevant for Direct Taxation*, in Lang M., Pistone P., Schuch J., Staringer C., *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, Linde, 2018, mn.3

<sup>1669</sup> Sul rilievo giurisprudenziale del principio di non discriminazione nell'ambito della fiscalità diretta e sulla sua evoluzione nel principio di non restrizione v. § 4.1.4.2

<sup>1670</sup> Nella ricostruzione della fiscalità europea come "fiscalità negativa", il principio di non discriminazione tributaria giocherebbe un ruolo fondamentale soprattutto nell'ambito fiscalità non armonizzata della imposizione diretta in quanto: il rispetto di tale principio infatti definisce la funzione fiscale dell'UE come "fiscalità neutrale" a garanzia delle libertà del Trattato rispetto al potere fiscale degli Stati sovrani e a tutela dell'assetto concorrenziale del mercato interno. Cfr. Boria P., *Il Sistema Tributario*, Torino, 2008, p.115 ss.; Boria, *Diritto Tributario Europeo*, Milano, 2017, p. 481 ss.; ancora



La stretta interconnessione fra questi due concetti presenta aspetti di particolare interesse nel comparto dell'imposizione diretta e in special modo riguardo alla prospettiva di questo lavoro.

Posto che la fiscalità neutrale perfetta è un obiettivo astratto e, almeno per ora fuori portata - in quanto esige che il reddito transnazionale sia tassato una sola volta e alla medesima aliquota - si tratta di comprendere qual è il modello concreto di "fiscalità neutrale" (imperfetta) che attraverso il paradigma della "fiscalità negativa" transita nel settore della fiscalità diretta per comprendere se i problemi posti dalla tassazione delle partnership internazionali (doppia imposizione e doppia non imposizione) possono essere considerati inclusi oppure no.

Nel tentativo di definire il principio della neutralità fiscale nel quadro giuridico dell'Unione, la dottrina ha chiarito la stretta relazione che esiste fra questo, il principio di eguaglianza e quello della capacità contributiva<sup>1671</sup>. Si tratta infatti di principi multidimensionali con numerose implicazioni spesso sovrapposte che interagiscono fra loro e che raramente conducono ad una soluzione univoca: appare dunque convincente l'esistenza di una molteplicità di concetti di neutralità fiscale<sup>1672</sup>.

---

più efficacemente, Boria P., *L'antisovrano...cit.*, p.107-118; dello stesso orientamento, cfr. Fantozzi, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, 756 ss.; Melis, *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, in *Enc. del dir.*, p. 395. Sulla funzione di ridimensionamento della sovranità fiscale nell'imposizione diretta, De Cicco A.M., *Diritto tributario dell'Unione europea*, in *Digesto*, par.1, rileva che la capacità di «*incidere negli ordinamenti tributari degli Stati membri, anche in assenza di specifiche disposizioni fiscali all'interno dei Trattati istitutivi, come accade nell'imposizione diretta, fonda la propria legittimazione nelle finalità stesse del processo di integrazione europea (...). In tale contesto le norme di carattere fiscale sono strutturate nel Trattato in modo del tutto anomalo, poiché finalizzate all'instaurazione del mercato unico prima ed al mantenimento e buon funzionamento dello stesso poi. Questo è il principio di fondo che sottende l'emanazione di disposizioni fiscali a livello europeo, relegando anche le stesse norme di carattere fiscale presenti nei trattati istitutivi ad essere ad esso strumentali*».

<sup>1671</sup> García Prats F.A., *La jurisprudencia del TJCE y el artículo 33 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (De la asunción del principio de capacidad económica como principio del ordenamiento comunitario)*, in *Revista Española de Derecho Financiero*, 117/2003, p. 75.

<sup>1672</sup> Sul tema v. Bizioli G., Reimer E., *Equality, ability to pay and neutrality*, in Panayi C. HJI, Haslehner W., Traversa E., (a cura di), *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Edward El-gar Publishing, 2020, p.51 ss.e in particolare p.52-66. Gli A. chiariscono infatti che la neutralità fiscale - astrattamente definibile come assenza di interferenze fiscali nel comportamento degli operatori in un dato sistema economico - è un obiettivo utopico. La completa neutralità infatti non è possibile: tutte le imposte reddituali interferiscono in qualche modo con le scelte degli operatori del mercato e perché la nozione di neutralità fiscale assuma una concreta utilità occorre preliminarmente circoscrivere un sotto-sistema nel quale il parametro di riferimento (in questo caso il reddito), la prospettiva di riferimento per valutare la neutralità di certe scelte (cioè il metodo di confronto) e la fattispecie distorsiva (l'ostacolo fiscale da rimuovere) siano definiti a priori. Esistono inoltre molte forme di neutralità, alcune delle quali sono mutuamente esclusive: il concetto pertanto si configura come una matassa di molteplici concetti economici. L'eguaglianza peraltro verso si configura come il profilo giuridico del concetto di neutralità. Mentre l'uguaglianza guarda ai profili statici delle persone (gli elementi distintivi), la neutralità guarda ai comportamenti economici. Esse comunque si sovrappongono. L'eguaglianza giuridica inoltre può riguardare sia lo status di una persona (ad esempio: residente/non residente) e richiedere così una valutazione di confronto con persone in medesime condizioni e status, sia gli elementi economici e fattuali (ad esempio: fonte del reddito prevalente) così da richiedere una valutazione di confronto con persone dotate di elementi similari. La capacità contributiva infine emerge come parametro cui ancorare la potestà impositiva degli Stati, presenta dei profili connotati

Nell'ambito dell'integrazione negativa, l'esigenza di «eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno»<sup>1673</sup>, comporta la rimozione di trattamenti fiscali differenziati di situazioni interne e esterne ai singoli Stati; questo rende il principio di eguaglianza fiscale, codificato come principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, il pilastro del mercato interno. Dall'altra, sebbene il principio di capacità contributiva resti incardinato unicamente nella legislazione domestica e non vi sia motivo perché il Trattato ne contenga menzione<sup>1674</sup>, questo principio è stato impiegato dalla Corte di Giustizia in molte occasioni come una leva per sostenere l'ineguaglianza del trattamento fiscale nazionale e la restrizione delle libertà del mercato<sup>1675</sup>. Parte della dottrina esprime tuttavia un'ampia insoddisfazione sulla definizione del concetto di neutralità fiscale perseguita dalla Corte mediante i percorsi indicati<sup>1676</sup>. In particolare, il tema più criticato sono i riferimenti assunti a parametro del confronto per valutare la conformità o meno di una misura nazionale rispetto alle libertà del Trattato<sup>1677</sup> i quali potrebbero talora condurre a risultati fiscali in taluni casi contrastanti<sup>1678</sup>.

Tali garanzie, seppur utili ad eliminare le discriminazioni e le restrizioni al funzionamento del mercato, non sono tuttavia sufficienti ad eliminare gli ostacoli posti dalla sovrapposizione dei sistemi fiscali degli Stati nel loro legittimo esercizio del potere impositivo e la doppia imposizione/doppia non imposizione internazionale che ne deriva. Questo genere di ostacoli può essere eliminato esclusivamente attraverso la

---

con la nozione di reddito, richiede proporzionalità rispetto a questo, progressività per agevolare la solidarietà fra individui, uguaglianza nell'imposizione del carico fiscale e l'esigenza di salvaguardare dalla tassazione un livello minimo di sussistenza. Tale principio può tuttavia profilarsi sia in termini oggettivi che in termini soggettivi.

<sup>1673</sup> Causa 15/81, *Gaston Schul Douane Expéditeur BV*, p.33.

<sup>1674</sup> Il Trattato infatti non contiene regole sull'imposizione fiscale diretta o regole mirate a condizionare il potere impositivo degli Stati, ma contiene solo regole di produzione normativa utili, nel caso, a legiferare sul ravvicinamento.

<sup>1675</sup> Si pensi per un verso alla giurisprudenza sulle deduzioni personali C-279/93 *Shumacker*, C-303/12 *Imfeld* da riferirsi al concetto di capacità contributiva soggettiva; oppure alla giurisprudenza sulla deduzione dei costi d'impresa in assenza di stabili organizzazioni C-234/01 *Gerritse*, consolidate nelle successive pronunce C-346/04, C-290/04, C-345/04, da riferirsi al concetto di capacità contributiva oggettiva; infine alla giurisprudenza sulla deducibilità delle perdite transfrontaliere C-446/03 *MArks & Spencer*, C-414/13 *Lidl Belgium*, C-650/16 *Bevola*.

<sup>1676</sup> *Bizioli G., Reimer E., Equality, ability to pay and neutrality*, in *Panayi C. HJI, Haslehner W., Traversa E.*, (a cura di), *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Edward El-gar Publishing, 2020, p.51 ss. e in particolare p.67 ss.

<sup>1677</sup> *Schön W., Neutrality and Territoriality – Competing or Converging Concepts in European Tax Law?*, in *BIT, APRIL/MAY 2015*, p.271 ss.

<sup>1678</sup> Cfr. *Graetz M.J., Warren A.C., Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe*, *Yale Law Journal*, n.6/2006, pp. 1186-1255; gli A. sostengono che impostando i differenti approcci previsti dalla sua prassi decisionale la Corte aspira ad applicare due principi impossibili da far convivere simultaneamente: la capital export neutrality e la capital import neutrality. Su questo profilo v. le critiche sostenute da *De Hosson F.C., On the controversial role of the European Court in corporate tax cases*, in *Intertax*, n.6-7/2006, p. 300.

convergenza spontanea delle legislazioni domestiche (coordinamento orizzontale) o l'armonizzazione verticale imposta dall'Unione.

Nell'ambito dell'integrazione positiva, per altro verso, il consenso unanime degli Stati ha trovato convergenza nell'eliminazione degli ostacoli posti dalla sovrapposizione dei sistemi fiscali domestici, ma solo in modo frammentario: solo per taluni settori dell'imposizione societaria le misure comuni adottate hanno avuto l'obiettivo di garantire la neutralità fiscale mediante l'eliminazione della doppia imposizione internazionale giuridica ed economica (dividendi, interessi, royalties)<sup>1679</sup>; altri settori hanno richiesto un intervento mirato ad agevolare la risoluzione delle controversie in materia fiscale (Convenzione arbitrata sulle rettifiche da transfer pricing e direttiva sui meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale); così è avvenuto anche per l'adozione di misure minime contro l'erosione della base imponibile (exit taxes, cfc ecc.) mirate al contrasto della doppia non imposizione.

In tutti questi casi, va notato come il postulato della neutralità fiscale da realizzarsi mediante il paradigma della fiscalità negativa entri correntemente nelle valutazioni richieste dal rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità dell'intervento normativo<sup>1680</sup>.

Diversamente, altri settori, come la deduzione delle perdite transfrontaliere o la CCCTB, non hanno visto realizzarsi il consenso degli Stati intorno ad un regime comune.

Tale frammentarietà evidenzia come nell'integrazione positiva della fiscalità diretta l'affermazione del principio di fiscalità neutrale è subordinata all'esito di una scelta discrezionale e unanime degli Stati sul settore specifico da assoggettare ad un regime comune, al di fuori del quale la neutralità fiscale non è garantita<sup>1681</sup>.

Sotto un profilo più generale, quindi mentre il principio della "fiscalità neutrale" nelle aree armonizzate dell'imposizione diretta segue i canoni e i limiti stabiliti dall'obiettivo delle singole direttive, lo stesso principio perseguito nell'ambito della giurisprudenza della Corte in materia di tutela delle libertà del mercato prende a

---

<sup>1679</sup> In alcuni casi sia giuridica ed economica (dividendi interessi, royalties), mentre in altri solo economica (rettifiche da transfer pricing)

<sup>1680</sup> Ad un primo livello di analisi potremmo sostenere che il modello di fiscalità neutrale rappresenta lo stadio originario di una scelta discrezionale di merito sull'assetto economico del mercato che si intende ottenere mentre il principio di sussidiarietà costituirebbe un sorta di strumento di misurazione del se tale risultato, deciso a monte, sia raggiungibile grazie ad intervento dell'Unione anziché degli Stati; a tale valutazione dovrebbe poi essere affiancata quella della proporzionalità, vale a dire la scelta della modalità utile rispetto all'obiettivo stabilito.

<sup>1681</sup> Tale osservazione è da abbinare al risultato che emergerà dall'analisi del dato giurisprudenziale il quale anch'esso disegna un quadro di applicazione e tutela delle libertà fondamentali al di fuori del quale la neutralità fiscale degli investimenti e delle attività economiche non è garantita. V. infra § 4.1.4.2

riferimento il trattamento fiscale di uno dei due Stati (home State /host State) stabilito dalla Corte come parametro di confronto. Tutte le volte che le disparità di trattamento, le barriere fiscali o la doppia imposizione dipendono da asimmetrie degli ordinamenti fiscali domestici e non hanno alla base un intento restrittivo o discriminatorio, la neutralità fiscale appare sfornita della protezione del diritto europeo.

L'esame del dato positivo e del dato giurisprudenziale che seguirà nei paragrafi successivi è mirato a chiarire se la neutralità fiscale nell'imposizione diretta include i redditi delle partnership. Fin da ora tuttavia siamo in grado di prevedere che, nel caso in cui l'analisi del diritto positivo non conduca a risultati utili (esclusione dell'imposizione diretta delle partnership), la legislazione degli Stati dovrà comunque garantire il rispetto delle libertà del Trattato secondo i canoni ermeneutici stabiliti dalla Corte di giustizia. Le disparità che, secondo tali canoni, dipendono dalla divergente conformazione degli ordinamenti fiscali degli Stati membri o da sovrapposizioni del potere impositivo di questi, non corrette da eventuali Trattati fiscali, non potranno essere rimosse in via giurisdizionale ma solo mediante la convergenza spontanea degli Stati o nuove iniziative di ravvicinamento intraprese dall'Unione.

#### **4.1.3 Profili giuridici e funzionali delle nozioni di unificazione, armonizzazione, ravvicinamento e coordinamento: l'ipotesi di un "ventottesimo regime" per le partnership internazionali operanti nel mercato interno**

La larga diffusione del concetto di "armonizzazione" in vari contesti ha favorito l'idoneità del termine ad assimilare lessicalmente concetti giuridici fra loro differenti (come unificazione, ravvicinamento e coordinamento) sino ad identificare lo stesso processo di integrazione europea nel settore della fiscalità<sup>1682</sup>. La stessa letteratura in molte occasioni impiega il concetto di "armonizzazione" per descrivere il processo di avvicinamento<sup>1683</sup> dei sistemi d'imposizione diretta degli Stati compiutosi nelle varie

---

<sup>1682</sup> Sulla tendenza attuale ad impiegare ravvicinamento ed armonizzazione come sinonimi soprattutto nella letteratura economica, cfr. Badriotti A., *Armonizzazione dell'imposta sulle società nell'Unione Europea*, CSF papers, novembre 2007, p. 9, consultabile presso: [http://www.csfederalismo.it/attachments/article/855/RP\\_Badriotti\\_07.pdf](http://www.csfederalismo.it/attachments/article/855/RP_Badriotti_07.pdf)

<sup>1683</sup> In questo senso, secondo Boria P., *L'antisovrano...* cit., p. 76-79, l'armonizzazione è da intendersi espressiva al contempo sia di un principio che di un processo. Nel testo del Trattato, l'armonizzazione è esplicitata solo per le imposte indirette ma ha tendenzialmente assorbito anche il contesto delle imposte dirette per descrivere non più uno strumento specifico ma un processo che deriva dall'applicazione di un principio di tendenziale convergenza dei sistemi domestici verso un modello comune.

Mentre per le prime tuttavia può dirsi un processo in corsa dalle solide basi giuridiche, per l'altro l'assenza di un mandato politico incertezza delle basi giuridiche e l'indecisione politica ha sempre rappresentato un fattore di freno richiedendo costantemente di costruire un apposito consenso politico sia sull'opportunità che sulla modalità dell'intervento sulla fiscalità diretta. Cfr. Casado Ollero G., *L'ordinamento comunitario e l'ordinamento tributario interno*, in Amatucci F. (a cura di), *Trattato di diritto tributario*. Annuario, Padova, 2001, p.505 ss., p. 545.

fasi di sviluppo del progetto europeo<sup>1684</sup>, sia per effetto dell'integrazione positiva che dell'integrazione negativa<sup>1685</sup>.

Basandosi sul contenuto dei Trattati, la dottrina ha tuttavia chiarito che la nozione di armonizzazione è dotata di propria autonomia semantica nel contesto giuridico europeo e che questa va nettamente distinta da quelle unificazione, ravvicinamento e coordinamento in ragione dei diversi obiettivi, strumenti, procedimenti.

Nell'espressione "unificazione" va identificato un processo volto a definire un modello comune mediante regolamenti europei, strumenti giuridici obbligatori, direttamente applicabili e sostitutivi delle leggi nazionali, che non richiedono recepimento né ammettono margini di adeguamento<sup>1686</sup>.

Il ravvicinamento è invece quel procedimento volto all'eliminazione delle disparità esistenti in due o più sistemi giuridici, al fine di stabilire una disciplina legislativa comune su materie specifiche<sup>1687</sup>.

Nell'espressione "armonizzazione" è rinvenibile il richiamo ad una funzione propulsiva volta alla convergenza di sistemi giuridici verso modelli unitari ed integrati a livello europeo<sup>1688</sup>. Occorre tuttavia sottolineare che l'art.113 TFUE contempla

---

<sup>1684</sup> Solo per citarne alcuni, cfr. Roccatagliata F., Diritto tributario comunitario, in V. Uckmar (coordinato da), Diritto tributario internazionale, 2005, p.1228 ss.; lo studio di Malherbe, J., Malherbe, P., Richelle, I., & Traversa, E. (2011), The impact of the rulings of the European Court of Justice in the area of direct taxation» 2010 update 2011 (No. IP/A/ECON/ST/2010-18//PE 457.367), Policy Department Economic and Scientific Policies. European Parliament, p.1-8; De Mita E., Per l'armonizzazione un lungo cammino, in DPT, n.5/2016, p. 2056.

Il fatto che, per la gran parte degli autori, la prospettiva storica costituisca la chiave per chiarire il significato di questi concetti e nozioni rappresenta la prova di come questi siano stati oggetto in un progressivo consolidamento e stratificazione di significato grazie all'impiego che hanno avuto nel corso delle diverse fasi storiche del processo di integrazione.

<sup>1685</sup> A seconda del motivo ispiratore dell'azione comunitaria nelle diverse fasi del processo di integrazione europea, l'armonizzazione (rectius ravvicinamento) dell'imposizione diretta ha assunto significati e configurazioni nettamente differenziati nel corso del tempo. Cfr. Melis G., Coordinamento..., cit. p. 398; Graetz M. J., Warren A.C., Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe", Yale Law Journal, n.6/2006, p. 1186 ss., in part. p.1226-1236; Kofler G., Eu power to tax: competences in the area of direct taxation, in HJI Panayi C., Haslehner W., Traversa E., Research Handbook on European Union Taxation Law, Edward Elgar Publishing, 2020, in part. p.13 nota 15.

<sup>1686</sup> V. Roccatagliata, Diritto tributario comunitario, in Uckmar, Diritto tributario internazionale, coordinato da, CEDAM, 2005, 1229.

<sup>1687</sup> ibidem.

<sup>1688</sup> Sul tema la letteratura è vastissima, solo a titolo indicativo si rinvia a: Sacchetto, Armonizzazione fiscale nella Comunità europea, voce in Enc. Giur., II, 1998; Adonnino P., Armonizzazione fiscale nell'Unione Europea, in Enc. Del dir. Secondo Roccatagliata, Diritto tributario comunitario, in Uckmar, Diritto tributario internazionale, CEDAM, 2005, p.1229, l'armonizzazione è «*quel procedimento mediante il quale i paesi effettuano di comune accordo la modifica di una data norma o di un dato tributo o l'adeguamento della struttura essenziale di un'imposta, in conformità ad un modello unico*».

espressamente questa azione per le sole imposte indirette prevedendo libertà della forma dell'atto normativo da adottare<sup>1689</sup>.

Con diverso approccio invece dovrebbe guardarsi al concetto di coordinamento delle politiche fiscali<sup>1690</sup> che, escludendo il ricorso a strumenti normativi, prevede che i Governi cooperino<sup>1691</sup> fra loro per convergere su comuni soluzioni di politica fiscale finalizzate a migliorare il funzionamento del mercato interno.

---

<sup>1689</sup> Nel corso del tempo, la dottrina ha tentato di tracciare una netta linea di demarcazione fra il ravvicinamento dell'art. 115 e 116 TFUE e l'armonizzazione dell'art. 113 TFUE.

Con riferimento all'oggetto, entrambe riguardano l'eliminazione di difformità normative; il ravvicinamento riguarda l'eliminazione di singole disposizioni o anche di misure amministrative in grado di configurare un ostacolo al perseguimento degli obiettivi del Trattato di Roma; l'armonizzazione implica invece l'eliminazione di più gravi incompatibilità rappresentate dalla disciplina generale di una determinata materia. Secondo una più datata corrente di pensiero che privilegia l'obiettivo della convergenza insito nei due concetti, la distinzione fra questi registrerebbe solo un profilo lessicale non basato su un differente contenuto giuridico. Cfr. AA.VV., L'armonizzazione fiscale nel mercato comune europeo, atti della Conferenza di Venezia 2-3 maggio 1964 (Napoli, 1964), in part. p. 35 e 54, 111, 116 come cit. da Selicato P., Herrera M., Pedro M.G., Il concetto di tributo nel diritto comunitario [Relazione alla Conferenza Annuale dell'EATLP (European Association of Tax Law Professors), Caserta, 26 maggio 2005], in RDTI, n.2/2007, p. 123; Roccatagliata F., Diritto tributario comunitario, in V. Uckmar (coordinato da), Diritto tributario internazionale, 2005, p.1229 e in part. la bibliografia citata a nota 62 e 63.

In relazione agli strumenti, mentre l'armonizzazione comporta l'adozione di «disposizioni», il ravvicinamento impone esclusivamente l'adozione di «direttive», strumento indubbiamente più compatibile rispetto alla esigenza di legittimazione democratica dell'azione governativa una materia di imposizione diretta. Sul punto v. Adonnino P., Armonizzazione fiscale nell'Unione Europea, voce in Enc. Dir., agg. III, 1999, par. 1; Caruso F., Armonizzazione dei diritti e delle legislazioni nella comunità europea, in Enc. giur., II, 1988, aggiornamento 1993, p.2; Saulle M.R., Ravvicinamento delle legislazioni (diritto comunitario), voce in Enc. Dir., par. 1.

Vi è poi un orientamento di pensiero che, nel privilegiare il profilo procedimentale delle due figure, identifica nell'armonizzazione una specifica connotazione fiscale del ravvicinamento delle legislazioni. Cfr. Casado Ollero G., L'ordinamento comunitario e l'ordinamento tributario interno, in Amatucci F. (a cura di), Trattato di diritto tributario. Annuario, Padova, 2001, p.541 ss. Secondo tale approccio l'armonizzazione corrisponde a quel processo con il quale «i vari paesi effettuano di comune accordo, o l'Autorità preposta al Trattato impone, la modifica di una data norma o di un dato tributo o l'adeguamento della struttura essenziale di un'imposta in conformità ad un modello unico». Per questa ricostruzione v. in part. Cosciani C., Problemi fiscali del mercato comune, Milano, 1958 p. 89 (come citato da Melis, Coordinamento fiscale nell'Unione Europea, in Enc. Del dir., p. 394). Il ravvicinamento invece corrisponde a quel procedimento, o tecnica giuridica, mirata all'eliminazione di disparità fra sistemi giuridici al fine di definire una disciplina comune su una data materia. La dottrina inoltre rileva che, specialmente in tema di imposizione diretta, più recentemente questa distinzione sembra ormai sfumata al punto da identificare i due termini come intercambiabili. Melis, Coordinamento fiscale nell'Unione Europea, in Enc. Dir., p. 402.

Dall'esame delle disposizioni dell'art. 113 e 115 TFUE, invece, emerge una evidente uniformità procedimentale: «... il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale...».

<sup>1690</sup> Sul concetto di coordinamento - inteso come convergenza degli orientamenti - riconducibile più alla sfera politica che giuridica v. Saulle, M.R., Ravvicinamento delle legislazioni, cit., par. 1.

Parte della dottrina fa coincidere il progressivo delinarsi della nozione di "coordinamento" - inteso come concetto strumentale a disegnare la cornice dell'integrazione comunitaria in materia fiscale - con il processo di transizione che, intorno alla metà degli anni 90', ha condotto l'UE da un approccio frammentato alla fiscalità ad un approccio globale. Cfr. Melis, Coordinamento fiscale nell'Unione Europea, in Enc. Dir., p. 403.

<sup>1691</sup> Attualmente la cooperazione fra Stati e il coordinamento delle politiche economiche e finanziarie avviene in sede ECOFIN (Consiglio europeo economia e finanza), una delle dieci configurazioni del Consiglio Europeo, composta dai ministri delle finanze dei 27 Stati dell'Unione. Il Consiglio si esprime sia con atti giuridici che con atti di soft law come conclusioni, risoluzioni e dichiarazioni. I lavori mensili dell'ECOFIN sono in genere preparati dall'Eurogruppo, un organo informale composto dai ministri delle finanze dei Paesi dell'eurozona, istituito in base all'art. 137 TFUE e che opera in base alle attribuzioni previste dal protocollo 14 al trattato di Lisbona (in vigore dal 1° dicembre 2009).

Tali nozioni qualificano dunque poteri procedimentalizzati che si concretizzano in atti talora normativi<sup>1692</sup> e talora politici<sup>1693</sup>, in frequente in rapporto di propedeuticità logica<sup>1694</sup> e in ogni caso strumentali all'obiettivo dei Trattati stessi, primo fra tutti la realizzazione e il funzionamento del mercato interno.

In esito a tale ricostruzione, più esattamente il settore dell'imposizione diretta è oggetto di ravvicinamento delle legislazioni, attuato mediante lo strumento della direttiva e pertanto rispondente al principio di sussidiarietà<sup>1695</sup>.

Si è già visto inoltre che, coerentemente con un tale approccio, l'azione europea in materia di imposte dirette abbia avuto una funzione espressamente riduttiva o negativa: evitare cioè che l'imposizione, principale fonte di alimentazione delle entrate degli Stati, possa configurare distorsioni, ostacoli e barriere per gli scambi economici internazionali fra operatori nel mercato interno.

A questo riguardo una questione antica sollevata dalla Commissione in ordine alla qualità della regolamentazione europea<sup>1696</sup> mette in luce l'esigenza di calibrare la scelta degli strumenti e dei metodi tecnico-normativi più appropriati rispetto ai diversi obiettivi istituzionali dell'Unione. Secondo la ricostruzione che ne offre il Rapporto Monti del 2010<sup>1697</sup> in chiave di liberazione delle potenzialità intrinseche e inesprese

---

<sup>1692</sup> I regolamenti europei per l'unificazione delle legislazioni, le direttive europee per il loro ravvicinamento e il soft law per il coordinamento. Secondo la dottrina peraltro la maggiore differenza fra tali concetti sarebbe ravvisabile proprio in ordine ai mezzi giuridici che il Trattato mette a disposizione per la realizzazione dei diversi fini istituzionali. Cfr. Roccatagliata, op. cit., p.1210.

<sup>1693</sup> Come nel caso delle dichiarazioni congiunte, gli accordi e le risoluzioni in seno al Consiglio.

<sup>1694</sup> Nel passaggio dall'adeguamento, al coordinamento, all'armonizzazione e all'unificazione parte della dottrina intravede le diverse tappe che, in una sorta di "climax concettuale", devono segnare l'evoluzione di una normativa per realizzare il mercato comune; cfr. Saulle M.R., Ravvicinamento delle legislazioni (dir. comunit.), in Enc. del dir, [agg. II, 1998], par.1.

<sup>1695</sup> Può notarsi inoltre che i poteri sono originariamente definiti nel Trattato senza alcun nesso di necessità col settore dell'imposizione diretta. Quindi il loro impiego in questo settore è solo eventuale in quanto rimesso alla discrezionalità del Consiglio nel "se" conferire e "quale" mandato conferire alla Commissione per proporre atti normativi funzionalizzati a migliorare il funzionamento del mercato interno. La discrezionalità del Consiglio in questo caso riguarda tanto la scelta dell'opportunità dell'intervento quanto quella del settore specifico di intervento nell'ambito della fiscalità diretta (doppia imposizione degli utili delle imprese, dei dividendi, interessi ecc.). Sul rapporto fra armonizzazione dell'imposizione diretta e sussidiarietà Cfr. Boria P., L'antisovrano...cit., p. 76-79 in part. p. 78.

<sup>1696</sup> Il tema della qualità della regolamentazione europea emerse in occasione del Libro bianco sul completamento del mercato interno del 1985 ed entrò nell'agenda del Consiglio europeo e nel programma di lavoro della Commissione europea nella prima metà degli anni '90. Nel COM(2010) 543, *Legiferare con intelligenza nell'Unione europea*, la Commissione propone di passare da un programma di iniziative volte a migliorare la qualità della regolamentazione ad un nuovo approccio culturale nella regolamentazione di fonte europea. Per approfondimenti sul tema si rinvia al rapporto del Senato della Repubblica, *Better regulation for better results Momenti, soggetti e obiettivi delle politiche europee per la qualità della regolamentazione*, Esperienze n. 5, Giugno 2015, reperibile in <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/UVI/05 - Better regulation for better results.pdf>.

<sup>1697</sup> *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea*, Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso, di Mario Monti, 9 Maggio 2010, (da ora Rapporto Monti

del mercato interno, l'unificazione dei regimi normativi risulta preferibile quando è assente una disciplina iniziale; in caso contrario diventa preferibile il ravvicinamento mediante l'introduzione di un "ventottesimo regime", alternativo ai ventisette esistenti ma che non si sovrappone a questi<sup>1698</sup>.

In particolare, il riferimento esemplificativo allo statuto della società europea presente nell'approccio proposto dal Rapporto Monti offre a questo lavoro l'intuizione di riflettere sull'ipotesi di statuto per una "partnership europea". Una soluzione che, al pari di quella del GEIE, della società europea e della società cooperativa europea, avrebbe il vantaggio di porre rimedio, grazie un modello comune alternativo ma non obbligatorio, a taluni dei problemi di fondo derivanti dalla coesistenza di diversi sistemi di classificazione fiscale delle partnership internazionali.

#### **4.1.4 Ruolo della Corte di Giustizia nell'armonizzazione dell'imposizione diretta d'impresa**

L'integrazione negativa si alimenta prevalentemente dell'opera interpretativa del diritto primario dell'Unione svolta dalla Corte di Giustizia e innescata dalle questioni pregiudiziali sollevate dai giudici nazionali o delle procedure d'infrazione avviate dalla Commissione europea.

Storicamente il settore dell'imposizione diretta è stato un terreno giurisprudenziale di grande attenzione: la scarsa legiferazione accompagnata dalla lunga indecisione politica degli Stati ha infatti lasciato molto spazio alla Corte per l'adozione di decisioni che hanno avuto un impatto notevole sulla fiscalità e sulle

---

2010), p.102-104. Fra i tanti temi sui quali il Rapporto suggerisce degli interventi vi è quello della qualità della regolamentazione europea. A tal proposito, il Rapporto Monti 2010 segnala che il ravvicinamento mediante direttive ha mostrato il vantaggio di assecondare le diverse esigenze locali degli Stati ma anche il rischio concreto di ritardata o parziale attuazione o sovra regolamentazione a livello nazionale. Al contrario, l'unificazione mediante regolamenti pur avendo mostrato vantaggi di chiarezza e prevedibilità della regolamentazione, richiede precisi presupposti giuridici e sostanziali e non garantisce sulla valutazione di tutti gli elementi necessari in sede europea per decisioni che saranno invece applicate a livello locale in tutti gli Stati.

In esito a tali indicazioni, le conclusioni del Consiglio europeo del 4 dicembre 2014 evidenziano l'esigenza di promuovere più efficaci strumenti regolamentari e non, come ad esempio l'armonizzazione e il mutuo riconoscimento, per evitare che le imprese e i consumatori debbano affrontare i costi connessi all'esistenza di 28 mercati nazionali.

<sup>1698</sup> «Il regolamento può essere il mezzo migliore per armonizzare quando si regolamentano nuovi settori dal nulla ed è più facile armonizzare con regolamenti quando i settori interessati lasciano poca interazione fra le norme UE e i sistemi nazionali. In altri casi, quando armonizzare in anticipo non serve è preferibile esplorare l'idea di un 28° regime, di un quadro giuridico, cioè, di norme UE che si pone in alternativa alle norme nazionali senza sostituirle. Il vantaggio del 28° regime è che moltiplica le possibilità per imprese e cittadini attivi nel mercato unico: se questo è il loro principale orizzonte, possono optare per un quadro standard e unico valido in tutti gli Stati membri; se invece si muovono prevalentemente in un contesto nazionale, risponderanno alle norme nazionali. Questo modello ha l'ulteriore vantaggio di costituire un punto di riferimento e un incentivo per la convergenza di sistemi nazionali. Sino ad oggi il 28° regime ha ricevuto poca attenzione, salvo che per lo statuto della società europea». Cfr. Rapporto Monti 2010, p.102.



entrate degli Stati<sup>1699</sup>. Gli Stati infatti sono obbligati dal dovere di collaborazione ad applicare le decisioni della Corte nel loro diritto nazionale secondo i generali principi di effettività, equivalenza e certezza previsti dall'ordinamento europeo e l'obbligo stabilito della Corte di restituzione ai contribuenti delle imposte indebite<sup>1700</sup> comporta serie ripercussioni economiche non solo sul bilancio corrente degli Stati ma anche sulla stabilità del loro equilibrio finanziario futuro<sup>1701</sup>.

Ancora oggi, sebbene sia diffusa la convinzione che i giorni dei “*grands arrêts*” della Corte di Giustizia appartengano ormai al passato<sup>1702</sup>, sin dall'apertura della cd stagione delle discriminazioni fiscali nell'imposizione diretta<sup>1703</sup>, questa è unanimemente sentita come un'area densa di aspettative per l'introduzione di nuovi e dirompenti principi giurisprudenziali<sup>1704</sup> che non hanno mancato di suscitare accese critiche e dibattiti in dottrina<sup>1705</sup>.

---

<sup>1699</sup> Garbarino C., Principio di non discriminazione (diritto tributario comunitario), voce in *Digesto Comm.*, 2008, par. 2.2.

<sup>1700</sup> In caso di violazione del diritto europeo, la ripetizione dell'imposta indebita è dovuta a seguito di richiesta al giudice nazionale in base regole procedurali previste dal diritto domestico. Sulla necessità che tali regole procedurali rispettino i principi di effettività ed equivalenza contro procedure nazionali volte ad evitare l'indebito arricchimento per imposte trasferite ad altri soggetti, v. C-147/01 *Weber's Wine World*, Cause riunite C-192/95-C-218/95, *Comateb*.

<sup>1701</sup> Il tema dei limiti temporali delle decisioni della Corte di Giustizia sollevato dai casi C-475/03 *Banca popolare di Cremona* e C-292/04, *Meilicke* (successori del più antico caso 43-75, *Defrenne*) suscitò naturalmente un importante dibattito dottrinario delle sue ripercussioni che tali limiti avrebbero prodotto sui principi generali degli ordinamenti giuridici nazionali: cfr. Lang M., *Limitation of the Temporal Effects of Judgments of the ECJ*, in *Intertax*, n.4/2007, pp. 230 ss.; Seer R., *The Jurisprudence of the European Court of Justice: Limitation of the Legal Consequences?*, in *ET*, 2006, p.470; Waelbroeck M., *May the Court of Justice Limit the Retrospective Operation of its Judgments?*, in *Yearbook of European Law*, n.1/1981, p.115 ss.; Wiedmann A., *Non-retroactive or prospective ruling by the Court of Justice of the European Communities in preliminary rulings according to Article 234 EC*, in *The European Legal Forum* n.5-6/2006, p.197ss. Amatucci A., *Il divieto di retroattività in materia tributaria. Nuovi orientamenti in ambito nazionale e comunitario*. In *RDTI*, n.3/2009, p.199.

<sup>1702</sup> Secondo alcuni i commentatori, la metà degli anni '80 segna l'epoca del declino dei “*grands arrêts*” giurisprudenziali che hanno definito l'impalcatura dell'ordinamento comunitario; con esso anche la polemica sulla legittimazione della Corte sfumò per effetto di un complessivo ridimensionamento della sua proattività (ancorché non in tutti i settori, come dimostrano i casi C-6/90 *Frankovich* e C-46/93 *Factortame*) dovuto ad concorso di cause: l'avvio di un coordinamento sistematico degli Stati in molte delle materie di competenza comunitaria, l'adozione di una disciplina comunitaria più ampia e dettagliata che consentisse alla Corte di trovare soluzioni nelle norme e non nei principi. Per questa ricostruzione, cfr. De Hosson F.C., *On the controversial role of the European Court in corporate tax cases*, cit., p. 295-6;

<sup>1703</sup> De Hosson F.C., *On the controversial role of the European Court in corporate tax cases*, cit., p. 298 ss., attribuisce l'incremento delle discriminazioni censurate dalla Corte a partire dagli anni '80 ad una molteplicità di elementi, fra i quali: l'invocazione del principio di non discriminazione nei Trattati fiscali solo a partire solo da quel periodo, l'inerzia della Commissione ad avviare procedure di infrazione in materia, la scarsa sensibilità delle Corti nazionali verso la materia e quindi l'inerzia nei rinvii pregiudiziali, infine la visibilità degli ostacoli discriminatori migliorata solo a seguito del Rapporto Monti del 1996, contenuto nel Com (96) 546, *Taxation in the European Union: Report on the Development of Tax Systems*.

<sup>1704</sup> «There are still areas where the interpretative material is scant, and the Court has to distil the solution of the case from the general principles of the Treaty. The case law on the possible conflicts between national rules on direct taxation and fundamental freedoms might be a good example»; cfr. Timmermans C., *The European Union's judicial system*, in *CMLR*, n.1/2004, p.404.

<sup>1705</sup> È interessante notare come anche l'AG Léger, citando una di queste critiche (Vanistendael F., *The Limits to the New Community Tax Order*», *CMLR*, 1994, p.293) ricordi nelle sue conclusioni al caso C-279/93 *Shumacker*, (punto

Nel prosieguo esamineremo taluni orientamenti giurisprudenziali in tema di conflitti classificatori fra Stati che riteniamo idonei a fornire indicazioni importanti sull'attuale approccio dell'Unione rispetto alla tassazione delle partnership internazionali. Sembra pertanto utile in questa fase del lavoro richiamare sinteticamente i profili di maggior rilevanza che caratterizzano l'approccio decisorio delle Corte di Giustizia in materia di imposizione diretta con particolare riguardo alla struttura delle decisioni, alle fasi logiche e alle categorie impiegate nella tecnica del giudizio.

#### **4.1.4.1 Le libertà tutelate dalla Corte nella fiscalità diretta d'impresa e il diritto di stabilimento delle partnership**

Nella giurisprudenza sulle imposte dirette la Corte ha adattato alla fiscalità diretta degli Stati membri i principi elaborati nell'ambito delle libertà fondamentali, sviluppando metodi, approcci e parametri valutativi del tutto nuovi ed autonomi, tanto da configurare nuovi principi di fiscalità comunitaria<sup>1706</sup>.

Nonostante la competenza della Corte si estenda al diritto secondario, è infatti nella tutela delle libertà fondamentali che la giurisprudenza in materia di imposte dirette ha trovato i suoi massimi sviluppi interpretativi<sup>1707</sup>. La gran parte delle decisioni infatti verte sulla compatibilità delle misure di fiscalità diretta nazionale e internazionale con le libertà del Trattato: il diritto della cittadinanza europea ed il diritto di circolazione e soggiorno negli Stati membri (art. 20 e 21 TFUE), la libera circolazione delle merci (art. 28 TFUE), la libera di circolazione dei lavoratori (art. 45 TFUE), il diritto di stabilimento di attività autonome, professionali<sup>1708</sup> e d'impresa (art. 49 TFUE) e in particolare delle società (art. 54 TFUE), la libertà di circolazione dei

---

39-40) il rischio di disintegrazione dei sistemi fiscali nazionale derivante da un'applicazione del principio di non-discriminazione *de facto*.

Per una sintesi dettagliata delle critiche mosse agli approcci della Corte in materia di fiscalità diretta cfr. Vanistendael, Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedoms? In ECTR n.2/2008, p.52ss.

<sup>1706</sup> Garbarino C., Principio di non discriminazione (diritto tributario comunitario), voce in Digesto Comm., 2008, par. 2.2.

<sup>1707</sup> Va ricordato infatti che la Corte ha sviluppato nell'ambito della fiscalità armonizzata principi rilevanti per la fiscalità generale e quindi ugualmente validi anche nella fiscalità diretta; si pensi ad esempio alla tutela delle aspettative legittime dei contribuenti, la certezza del diritto oppure la proporzionalità come limite alle norme nazionali antiabuso. Cfr. Malherbe, J., Richelle P.I., Traversa, E., The impact of the rulings of the European Court of Justice in the area of direct taxation, 2010 update 2011 (No. IP/A/ECON/ST/2010-18//PE 457.367). Policy Department Economic and Scientific Policies. European Parliament, mn.21

<sup>1708</sup> Per le persone fisiche il caso C-112/91 Werner ricorda che la protezione del Trattato necessita sempre di un "elemento economico" attribuibile alla persona che invoca le libertà in essi sancite. Il Trattato infatti garantisce la libertà di accesso alle attività autonome e al loro esercizio, mentre il sig. Werner, che svolgeva l'attività di dentista in Germania, non era legittimato ad invocare la protezione del Trattato nei Paesi Bassi, dove non svolgeva alcuna attività.

servizi (art. 56 TFUE) e la libera di circolazione dei capitali (art. 63 TFUE). Va ricordato inoltre il divieto generale di discriminazione (art. 18 TFUE) dotato espressamente di carattere residuale e subordinato all'inapplicabilità di una libertà fondamentale<sup>1709</sup>.

La prospettiva di questo lavoro, centrato sulla fiscalità diretta delle imprese svolte nella forma giuridica delle partnership, suggerisce di focalizzare l'attenzione in particolare sulla libertà di stabilimento.

Il sistema economico definito dal mercato interno nel quadro dei Trattati configura una stretta contiguità funzionale fra la libertà di stabilimento, la libera circolazione dei servizi e dei capitali. Va ricordato infatti che tali libertà sono state previste come modalità di esercizio di attività economiche autonome sia sotto forma personale che societaria e che la loro disciplina condivide una struttura normativa per molti versi simile<sup>1710</sup>. La definizione della linea di demarcazione fra queste tre libertà - resasi indispensabile per la diversa portata giuridica delle fattispecie protette<sup>1711</sup> - è oggetto di giurisprudenza ormai consolidata<sup>1712</sup>.

---

<sup>1709</sup> V. C-403/03 Schempp punti 14 e 15.

Nell'accezione giuridica, il termine «discriminazione» assume il significato di una disparità di trattamento che provoca uno stato di svantaggio in una categoria di soggetti e che, non trovando fondamento nella diversità oggettiva dei presupposti giuridici, si configura come illegittima; cfr. Garbarino C., Principio di non discriminazione (diritto tributario comunitario), voce in *Digesto Comm.*, 2008, par.2.3

<sup>1710</sup> Cfr. Daniele L., *Diritto del mercato unico europeo*, cit., p. 170.

<sup>1711</sup> La distinzione fra libertà diventa rilevante per la libera circolazione dei capitali, poiché questa è l'unica tra le libertà fondamentali ad applicarsi non solo ai movimenti di capitale tra gli Stati membri, ma anche a quelli tra Stati membri e Stati terzi.

Per la libera circolazione dei servizi invece la distinzione diventa rilevante poiché, mentre l'attività svolta in regime di stabilimento è in linea di principio assoggettata alle leggi dello Stato di stabilimento (host State), l'attività svolta in regime di prestazione è in linea di principio assoggettata alle leggi dello Stato di origine del prestatore (home State). Da qui il possibile arbitraggio nella disciplina di due fattispecie che potrebbero avere medesima consistenza. Cfr. Daniele L., *Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza, libertà di circolazione, aiuti di Stato*, Giuffrè, 2012, p. 179.

<sup>1712</sup> Cfr. Englmaier V.E., *The relevance of founfamental freedoms for direct taxation*, in Lang M., Pistone P., Schuch J., Staringer C., *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, Linde, 2018, mn.111-119.

La libertà di circolazione dei capitali proibisce ostacoli agli investimenti finanziari transfrontalieri come gli investimenti finanziari diretti o le operazioni su partecipazioni societarie in un altro Stato ma richiede l'assenza di stabili organizzazioni o attività economiche svolte in tale Stato. Con riguardo a tale libertà, la Corte ha individuato il criterio dirimente in una condizione di fatto che comporta il possesso di partecipazioni utili a garantire un sufficiente grado di controllo e quindi una sicura influenza sulle decisioni dell'impresa o della società stabilita in un altro Stato membro (cd *De Baars rule*). Cfr. C-251/98 Baars, punto 15: « (...) la libertà di stabilimento comprende la costituzione e la gestione di imprese, e in particolare di società, in uno Stato membro da parte del cittadino di un altro Stato membro. Si avvale quindi del suo diritto di stabilimento il cittadino di uno Stato membro che detenga nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di in- dirizzarne le attività». Tale approccio è impiegato in tutte le pronunce che hanno riguardo allo stabilimento delle imprese per chiarire che le norme nazionali sul possesso, da parte di un cittadino di uno Stato membro, di una partecipazione nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni e sulle attività di tale società rientrano nell'ambito di applicazione delle norme del Trattato relative alla libertà di stabilimento. V. C-231/05 Oy AA, punto 20 e 23; C-112/05 Commissione/Germania, punto 13; C-208/00 Überseering punto 77.

Coerentemente con la conformazione delle altre libertà del Trattato - composte da una generale libertà di circolazione e da un divieto di discriminazione<sup>1713</sup> che discende dal più generale principio dell'art.18 TFUE<sup>1714</sup> - il diritto di stabilirsi in un altro Stato membro previsto dall'art. 49 TFUE<sup>1715</sup> presenta una doppia articolazione di diritti e simmetrici divieti<sup>1716</sup>.

Il diritto primario consiste nel diritto di accesso ed esercizio di attività economiche non subordinate nel territorio di un altro Stato membro nonché nel diritto di costituzione e gestione di aziende, imprese o società controllate<sup>1717</sup>. Simmetricamente, tale diritto comporta due diversi divieti per lo Stato membro di stabilimento: il divieto di impedire ai cittadini di altri Stati membri lo svolgimento di

---

Rispetto alla libera di circolazione dei servizi invece il criterio dirimente fra le due libertà è basata sul carattere è stato individuato nel carattere stabile o temporaneo (statico/dinamico) dell'attività concretamente svolta in un altro Stato membro. Cfr. C-55/94 Gebhard, mn. 26-27 « (...) nel caso in cui un prestatore di servizi si sposti in un altro Stato membro, le disposizioni del capo relativo ai servizi, e, in particolare, l'art. 60, terzo comma, del Trattato, prevedono che il prestatore vi eserciti la propria attività in via temporanea. Come ha osservato l'avvocato generale, il carattere temporaneo delle attività considerate dev'essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di questa. Il carattere temporaneo della prestazione non esclude la possibilità per il prestatore di servizi, ai sensi del Trattato, di dotarsi nello Stato membro ospitante di una determinata infrastruttura (ivi compreso un ufficio o uno studio), se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi». Sui parametri impiegati per la valutazione del carattere di temporaneità e sulla criticità connesse alla presenza di una sede nello Stato estero in caso di servizi resi in libera prestazione, cfr. Daniele L., Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza, libertà di circolazione, aiuti di Stato, Giuffrè, 2012, p. 179-185; Santa Maria A., *Diritto commerciale europeo*, cit. p.27;

<sup>1713</sup> Sulla doppia dimensione delle libertà fondamentali cfr. in part. Malherbe, J., Richelle P.I., Traversa, E., The impact of the rulings of the European Court of Justice in the area of direct taxation, cit., mn.24; Hinnekens L., The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to Member State direct taxation, in ECTR, n.3/2002, p.113.

<sup>1714</sup> Articolo 18 (ex articolo 12 del TCE): «Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni».

Sul principio di non-discriminazione cfr. Amatucci F., Il principio di non discriminazione fiscale, Padova, 2003, p.185 ss.; Tesauo G., Diritto comunitario, Padova, 2003, p. 356 ss.; Tizzano A., Sul divieto di discriminazione fiscale nella Cee, in Foro it., n.4/ 1996, p.318 ss.; la relazione di sintesi del congresso IFA del 1993 svolta da Adonnino P., Non Discrimination Rules in International Taxation, in Cahiers de droit fiscal international, IFA, vol. 78b, 1993, p. 23 ss.

<sup>1715</sup> TFUE – Art. 49 (ex art. 43 TCE): «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».

<sup>1716</sup> Contaldi G., Il diritto di stabilimento, in Tizzano, Trattati della Unione europea e della Comunità europea, Milano, 2004, p.718.

<sup>1717</sup> C-270/83 Commissione/Francia punto 13; C-311/97 Royal Bank of Scotland punto 22; C-251/98 Baars, punto 27.

attività economiche invece consentite ai cittadini nazionali (clausole di nazionalità)<sup>1718</sup> e il divieto di imporre a cittadini e imprese di altri Stati membri che si stabiliscono nel suo territorio condizioni diverse o più gravose da quelle previste per i soggetti nazionali (principio del trattamento nazionale)<sup>1719</sup>.

Il diritto secondario consiste invece nel diritto di aprire e gestire una sede secondaria - agenzie, succursali o filiali che potenzialmente configurabili come stabili organizzazioni ai fini fiscali - in un Stato membro diverso da quello in cui è stabilita la sede primaria e nel simmetrico obbligo per tale Stato membro di garantire ai cittadini, imprese e società di altri Stati membri che esercitano tale diritto le stesse condizioni previste per i cittadini nazionali (principio del trattamento nazionale)<sup>1720</sup>.

L'art. 49 TFUE estende il diritto di stabilimento a tutte persone che svolgono un'attività autonoma (cioè non subordinata), le imprese e in particolare alle società comprese nella nozione definita dall'art. 54 TFUE<sup>1721</sup>. Tale ultima disposizione ha la funzione di individuare il *personal scope* della libertà di stabilimento per le società. A questo fine, il par.1 individua le società ammesse al regime di libero stabilimento rinviando a tutti i criteri di collegamento attualmente impiegati dagli Stati dell'Unione ed equiparando le società collegate al territorio dell'Unione in base a questi criteri alle

---

<sup>1718</sup> La giurisprudenza in tema di clausole di nazionalità è molto ampia pertanto, si rinvia ad uno dei casi più noti, C-2/74 Reyners. Le clausole di nazionalità possono sottrarsi al divieto dell'art. 49 solo se ricorrono le condizioni per le esimenti previste dagli art. 51 e 52 TFUE. cfr. Daniele L., Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza, libertà di circolazione, aiuti di Stato, Giuffrè, 2012, p.186.

<sup>1719</sup> L'affermazione della centralità del diritto di stabilimento emerge sin dal primo caso in cui la Corte si trovata a valutare la compatibilità comunitaria di una misura nazionale di fiscalità diretta societaria; v. C-270/83 Avoir Fiscal punto 23: «È opportuno rilevare anzitutto che l'art. 52 del trattato CEE è una delle disposizioni fondamentali della Comunità ed è direttamente efficace negli Stati membri dalla scadenza del periodo transitorio. In forza di questa disposizione, la libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro implica l'accesso alle attività non subordinate e il loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di aziende secondo quanto stabiliscono le leggi del paese di stabilimento per i loro cittadini».

Cfr. Daniele L., Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza, libertà di circolazione, aiuti di Stato, Giuffrè, 2012, p.188

<sup>1720</sup> Secondo la giurisprudenza del caso C-212/97 Centros, il diritto di stabilimento secondario è protetto dal Trattato anche in assenza di uno stabilimento primario. Inoltre, il *tertium comparationis* impiegato nelle decisioni della Corte per valutare la compatibilità di norme di uno Stato membro con il diritto di stabilimento corrisponde in questo caso a un soggetto dotato di stabilimento primario in tale Stato; C-307/97 Saint Gobain e C-330/91 Commerzbank punto 15. Il diritto di stabilimento include non solo il diritto di stabilirsi in ingresso ma anche il diritto di “recedere da uno stabilimento”, come ad esempio la cessione di una stabile organizzazione localizzata in uno Stato membro ad una società stabilita in quello stesso Stato; v. C-1/93 Halliburton.

<sup>1721</sup> TFUE – Art. 54 (ex art. 48 TCE): «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».

persone fisiche con cittadinanza di uno Stato membro<sup>1722</sup>. La nozione di società del par. 2 invece include le società di qualunque specie e forma giuridica, con eccezione delle sole società senza fine di lucro.

La dilatazione della nozione di società che deriva dalla combinazione delle due previsioni dell'art. 54 sembra dichiarare espressamente la finalità complessiva della norma: ammettere al regime di libero stabilimento primario e secondario la più ampia platea di soggetti ed entità di uno Stato membro che intendano localizzarsi stabilmente in un altro Stato membro per svolgere un'attività economica, indipendentemente dalla loro conformazione giuridica. L'unica esclusione mirata ad evitare le distorsioni derivanti dalla concorrenza fra entità no-profit e società commerciali sembra confermare l'ipotesi e non esigere ulteriori sforzi interpretativi volti a passare in rassegna la potenziale inclusione di tutte le entità previste dalle diverse legislazioni domestiche degli Stati membri. La stessa giurisprudenza della Corte ha indirettamente confermato l'ampia portata della nozione includendo nel *personal scope* dell'art.54(2) qualunque tipologia di ente, a prescindere dalla natura o dalla personalità giuridica riconosciuta dal diritto domestico, purché dotato di fine lucrativo<sup>1723</sup>.

Occorre infine puntualizzare che lo stabilimento primario e secondario, pur potendo essere fatto valere sia verso lo Stato ospitante che verso lo Stato d'origine<sup>1724</sup>,

---

<sup>1722</sup> Interessante è l'applicazione che la Corte fa di questa norma nell'ambito della causa C-270/83 *Avoir Fiscal* punto 18: «Va anzitutto osservato che la libertà di stabilimento, (...) comprende, ai sensi dell'art. 58 del trattato CEE, per le società costituite a norma delle leggi di uno Stato membro e che abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o la sede principale nel territorio della Comunità, il diritto di svolgere la loro attività nello Stato membro di cui trattasi mediante una succursale o agenzia. Per le società, è importante rilevare in questo contesto che la loro sede nel senso summenzionato serve per determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato. Ammettere che lo Stato membro di stabilimento possa liberamente riservare un trattamento diverso per il solo fatto che la sede di una società si trova in un altro Stato membro svuoterebbe quindi di contenuto questa disposizione».

<sup>1723</sup> Sulla definizione del fine di lucro è intervenuta la sentenza C-386/04 - *Centro di Musicologia Walter Stauffer* nella quale la Corte, contrariamente al parere dell'AG Stix-Hackl, ha ritenuto che i redditi di locazione di un immobile sito in un altro Stato membro da una fondazione grazie ai servizi immobiliari resi da un intermediario e in mancanza di altri locali di svolgimento dell'attività della fondazione in tale stato membro non sono sufficienti a qualificare l'ente fra quelli con fine di lucro previsti dall'art. 54 TFUE; cfr. C-386/04 punto 19: « (...) affinché le disposizioni relative al diritto di stabilimento possano essere applicate, è in linea di principio necessario che sia assicurata una presenza permanente nello Stato membro ospitante e, in caso di acquisto e di possesso di beni immobili, che la gestione di tali beni sia attiva. Orbene, deriva dalla descrizione dei fatti fornita dal giudice del rinvio che la fondazione non possiede locali in Germania per l'esercizio delle sue attività e che i servizi relativi all'affitto dell'immobile ad uso commerciale sono forniti da una società tedesca amministratrice di immobili». La natura giuridica di fondazione non appare quindi un problema per la Corte, che invece si concentra sulla natura dell'attività concretamente svolta dall'ente. Il carattere lucrativo dell'ente dovrebbe dunque coincidere con una presenza permanente che, in caso di possesso di immobili nello Stato ospitante, configura tali beni come strumentali all'esercizio della propria attività o all'esercizio di un'attività di gestione immobiliare.

<sup>1724</sup> V. C-81/87, *Daily Mail* punto 16; C-264/96, *ICI* punto 21; C-200/98, X e Y punto 26; C-251/98 *Baars*, punto 28: « è importante precisare che, sebbene, così come altre disposizioni relative alla libertà di stabilimento, l'art. 52 del Trattato miri in particolare, stando al suo tenore letterale, ad assicurare il beneficio del trattamento nazionale nello Stato membro ospitante, esso osta parimenti a che lo Stato di origine ostacoli lo stabilimento in un altro Stato membro di un proprio cittadino».

non garantisce ai cittadini il diritto a cambiare cittadinanza come non garantisce alle società il diritto di emigrare<sup>1725</sup>. La materia resta quindi prerogativa esclusiva degli Stati membri e solleva il particolare problema del riconoscimento delle società straniere e della legge ad esse applicabile.

Da queste osservazioni sembrano dunque emergere due elementi rilevanti.

Il primo è che le partnership internazionali che operano nel mercato interno, costituite in base alla legge degli Stati membri e a prescindere dalla natura o personalità giuridica riconosciuta dal loro Stato di costituzione possano godere - al pari di qualunque altro ente con fine di lucro - della protezione del Trattato in materia di diritto di stabilimento primario e secondario o come imprese (se prive di soggettività) o come società definite dall'art. 54 TFUE.

Il secondo è che la finalità della nozione di società prevista dall'art. 54 TFUE, - confermata dall'ampiezza della nozione di società e dall'inclusione di tutti i possibili criteri di collegamento impiegati dagli Stati per l'applicazione della legge domestica alle società - risiede nell'ammettere alla protezione del Trattato il più ampio numero di entità con finalità economiche. Essa nel contempo non offre alcun tipo di criterio utile alla classificazione delle entità ammesse a tale protezione.

#### **4.1.4.2 Oggetto e articolazione del giudizio: protezione dalle discriminazioni e dalle restrizioni.**

In linea generale nell'applicare le libertà del Trattato alla materia fiscale la Corte verifica se le misure domestiche configurano fattispecie discriminatorie sulla base della nazionalità o sulla base di altri elementi indirettamente connessi a questa. L'imposizione diretta presenta particolari difficoltà a questo riguardo poiché impiega come criterio di collegamento la residenza anziché la nazionalità<sup>1726</sup>.

Nel tentativo di individuare l'approccio logico e l'articolazione di snodi decisionali impiegato nelle valutazioni della Corte, la dottrina ha classificato le restrizioni censurate nella fiscalità diretta in tre diverse categorie: le restrizioni

---

<sup>1725</sup> Ringe W.G., No freedom of emigration for companies?, in European Business Law Review (EBLR), n.16/2005 p.621 ss.; Tesauro, Diritto comunitario, Padova, 2008, p.529 s

<sup>1726</sup> Malherbe, J., Richelle P.I., Traversa, E., The impact of the rulings of the European Court of Justice in the area of direct taxation, cit., mn.24

connesse alla violazione del principio del trattamento nazionale (discriminatorie e non discriminatorie), le restrizioni assolute e le quasi-restrizioni<sup>1727</sup>.

La struttura delle decisioni della Corte prevede una netta e fondamentale distinzione fra la prospettiva fiscale dello Stato d'origine (home State) e quella dello Stato di destinazione (host State)<sup>1728</sup>. In base alla prospettiva di volta in volta richiesta dalla causa di specie, e al tipo di restrizione identificata la Corte imposta un diverso tipo di valutazioni per accertare la compatibilità delle misure nazionali con il diritto dell'Unione.

L'approccio tradizionale basato sul divieto di «discriminazione» poggia sulle restrizioni derivanti da una violazione diretta o indiretta del principio del trattamento nazionale riferito alle libertà fondamentali da parte dello stato ospite (host State)<sup>1729</sup>. Il trattamento nazionale applicato da uno Stato include il diritto domestico e il diritto internazionale<sup>1730</sup>.

---

<sup>1727</sup> Per tale ricostruzione v. Kapteyn P.J.G., VerLoren van Themaat P., Introduction to the Law of the European Communities, London-The Hague-Boston, Kluwer Law International, 1998, pp. 584; Bizioli G., Balancing the Fundamental Freedoms and Tax Sovereignty: Some Thoughts on Recent ECJ Case Law on Direct Taxation, in European Taxation, 2008, pp. 133 ss.; Cfr. Helminen M., EU Tax Law: Direct Taxation, IBFD, 2011, p.59 ss. Sul punto v inoltre, Laroma Jezzi P., Integrazione negativa e fiscalità diretta. L'impatto delle libertà fondamentali sui sistemi tributari dell'Unione Europea, Pisa, 2012, p.111 ss.; Laroma Jezzi P., Territorialità e diritto UE: le «istruzioni per l'uso» delle libertà fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in RDT, 2013, p. 239 ss.

<sup>1728</sup> Tale dicotomia emerge in modo evidente nel caso C-81/87 Daily mail punto 16: «Sebbene queste norme, così come formulate, mirino 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 altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione e corrispondente alla definizione dell'art. 58. Come ha giustamente osservato la Commissione, i diritti garantiti dall'art. 52 e seguenti sarebbero vanificati se lo Stato d'origine potesse vietare alle imprese di migrare per stabilirsi in altro Stato membro».

<sup>1729</sup> Si tratta del tradizionale e unico approccio impiegato della Corte che fino all'inizio degli '90 disallineava la protezione comunitaria offerta alla libertà di stabilimento da quella accordata alla libera circolazione dei beni che invece era basata sulle restrizioni. Cfr. Mucciarelli F.M., Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi, Giuffrè, 2010, p.89 ss.

Fra le discriminazioni vanno ricordate inoltre le *reverse discrimination* che riguardano il caso in cui il cittadino di uno Stato membro che, risiedendo in un altro Stato membro, ricorre contro lo Stato di cittadinanza in qualità di non residente. V. C-112/91, Werner; C-107/94, Asscher; C-18/95, Terhoeve. Si tratta di una tutela, anche in questo caso, assorbita in questo contesto dall'imposizione indiretta. Cfr. Helminen M., EU Tax Law: Direct Taxation, IBFD, 2011, p.54 ss.

<sup>1730</sup> Il primo caso in cui venne in rilievo un accordo internazionale per il diritto comunitario è la causa C-235/1987 Matteucci nella quale la Corte ha stabilito il seguente principio (punto 23): «L'accordo bilaterale che riserva le borse di studio ai cittadini dei due Stati membri, parti dell'accordo, non può ostare all'applicazione del principio della parità di trattamento dei lavoratori nazionali e di quelli comunitari stabiliti nel territorio di uno di detti due Stati membri».

Il tema è ripreso nel caso C-307/97 Saint-Gobain e conduce la Corte a concludere che (punto 58) in caso « (...) di una convenzione sulla doppia imposizione stipulata tra uno Stato membro e un paese terzo, il principio del trattamento nazionale impone allo Stato membro parte contraente della suddetta convenzione di concedere ai centri di attività stabili di società non residenti le agevolazioni previste dalla convenzione alle stesse condizioni delle società residenti».

Il caso C-265/04 Bouanich evidenzia la possibilità che il diritto convenzionale possa risolvere problemi di compatibilità del diritto interno con il diritto europeo (punto 40-41) e che i benefici concessi ai soggetti residenti ed estesi ai soggetti non residenti possono sanare le misure restrittive previste dal diritto domestico. La questione è ripresa nei caso C-374/04 Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, C-379/05 Amurta, C-540/07 Commissione/Italia, nei quali la Corte ha meglio precisato le condizioni di applicabilità della decisione Bouanich e i limiti entro i quali il diritto convenzionale può rimuovere una restrizione ad una libertà fondamentale.



Le discriminazioni dirette (*overt* o *direct discrimination*) comportano una disparità di trattamento sulla base della nazionalità<sup>1731</sup>.

Le discriminazioni indirette (*covert* or *indirect discrimination*) comportano invece una disparità di trattamento sulla base di criteri apparentemente diversi ma che richiamano o presuppongono la nazionalità<sup>1732</sup>. La Corte ha infatti chiarito che il Trattato obbliga al rispetto del principio del “trattamento nazionale” non solo le norme domestiche che impiegano la nazionalità come criterio di collegamento di persone o entità ad uno Stato membro ma, a certe condizioni, anche le norme - come quelle fiscali - che utilizzano come criterio di collegamento la residenza (cd *Sotgiu rule*)<sup>1733</sup>. In particolare, tale principio ha trovato applicazione con riferimento all’impiego del criterio della sede per definire la residenza delle società<sup>1734</sup>.

Le restrizioni sui propri nazionali (cd *home State restriction*) consistono in un trattamento nazionale dello Stato di origine (home State) che svantaggia i cittadini e le

---

<sup>1731</sup> V. C-305/87 Commission/Greece; C-221/89 Factortame; C-93/89 Commission/Ireland; C-423/98 Albore.

La prima pronuncia comunitaria sul tema risale al caso C-14/59 Société des Fonderies de Pont à Mousson nella quale il concetto di discriminazione è associato ad un trattamento differente di situazioni simili. Successivamente il concetto è stato raffinato in una formulazione divenuta ormai canonica: una discriminazione consiste nell’applicazione di norme diverse a situazioni analoghe ovvero nell’applicazione della stessa norma a situazioni diverse. V. C-279/93 Schumacker, punto 30.

<sup>1732</sup> Melis G., Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell’imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in RT, 2000, p.1156; Farmer P., The Court’s case law on taxation: a castle built on shifting sands?, in ECTR, n.2/2003, p.75 ss.

Una diversa versione delle discriminazioni indirette è rappresentata dalle discriminazioni materiali derivanti da norme che pur garantendo pari trattamento a cittadini nazionali e di altri Stati membri, impediscono di fatto ai secondi l’esercizio del diritto (ad esempio norme che richiedono un titolo di studio nazionale per l’accesso o l’esercizio di un’attività senza prevedere l’equipollenza di titoli di studio conseguiti all’estero).

Mentre il diritto convenzionale tributario vieta solo le discriminazioni dirette fondata sulla nazionalità, il diritto comunitario vieta anche le discriminazioni indirette o dissimulate, fondate cioè su criteri formalmente diversi dalla nazionalità, come la residenza, la lingua, il luogo di nascita, la provenienza, ma che comunque conseguono il risultato di porre i soggetti di nazionalità straniera, senza un’obiettiva ragione, in una posizione più sfavorevole. In particolare, le norme che stabiliscono una disparità di trattamento che si collega alla residenza possono essere considerate indirettamente discriminatorie essendo la maggior parte dei non residenti cittadini di un altro Stato Membro. Cfr. Garbarino C., Principio di non discriminazione (diritto tributario comunitario), voce in Digesto Comm., 2008, par.2.3

<sup>1733</sup> V. C-152/73 Sotgiu punto 11: «Il principio della parità di trattamento, enunciato sia nel trattato, sia nel regolamento n.1612/68, vieta non soltanto le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga al medesimo risultato.

Una simile interpretazione, necessaria a garantire l’efficacia di uno dei principi basilari della comunità, e espressamente riconosciuta dal preambolo (5° considerando) del regolamento n.1612/68, in cui si legge che la parità di trattamento dei lavoratori deve essere assicurata “di diritto e di fatto”.

Non è quindi escluso che i criteri basati sul luogo d’origine o sulla residenza di un lavoratore possano, in determinate circostanze, avere gli stessi effetti pratici della discriminazione proibita dal trattato e dal regolamento n.1612/68».

<sup>1734</sup> Facendo leva sulla funzione di *collegamento all’ordinamento giuridico di uno Stato* della sede di una società, equivalente alla funzione della cittadinanza delle persone, (v. Avoir fiscal punto 18, supra nota 1722) la Corte giunge all’applicazione più lineare della *Sotgiu rule* nel caso C-330/91 Commerzbank. A proposito del regime di rimborso delle imposte indebite infatti, la Corte afferma che (punto 15): «*sebbene si applichi a prescindere dalla sede delle società, il criterio che ricollega al domicilio fiscale nel territorio nazionale l’eventuale maggiorazione del rimborso delle imposte non dovute, rischia di danneggiare in particolare le società che hanno sede in altri Stati membri, poiché, nella maggior parte dei casi, saranno infatti queste ultime ad avere il domicilio fiscale fuori dal territorio dello Stato membro di cui trattasi*».

imprese nazionali operanti all'estero rispetto agli stessi soggetti che operano all'interno del territorio nazionale<sup>1735</sup>.

Posto che, come ricordato dalla Corte, residenti e non residenti non sono, di regola, comparabili<sup>1736</sup> si tratta di stabilire se uno Stato applichi un trattamento fiscale differenziato a residenti e non residenti che sono in situazioni obiettivamente comparabili ai fini dell'applicazione delle misure nazionali in questione. L'approccio basato sulle discriminazioni comporta quindi un *comparability test* finalizzato a definire situazioni uguali o simili (*tertium comparationis*) da confrontare con il caso in esame per poterne valutare la compatibilità con le libertà del Trattato.

Il più recente approccio basato sulle «restrizioni» è stato invece introdotto nell'ambito della libertà di stabilimento solo a partire dagli '90, a seguito di una vicenda di “osmosi giurisprudenziale” fra libertà fondamentali<sup>1737</sup>. Il divieto di misure restrittive prescinde dalla discriminazione e comporta la rimozione di tutte le misure nazionali che, pur assicurando il trattamento nazionale, mettono in situazione di svantaggio i soggetti stranieri e producono l'effetto di ostacolare l'esercizio delle libertà fondamentali e la piena attuazione del mercato interno. La dottrina spiega il

---

<sup>1735</sup> cfr. Helminen M., *EU Tax Law: Direct Taxation*, IBFD, 2011, p.62, in part. nota 277 e bibliografia ivi citata; Laroma Jezi P., *Integrazione negativa e fiscalità diretta. L'impatto delle libertà fondamentali sui sistemi tributari dell'Unione Europea*, Pacini Editore, 2012, p.12; Bizzioli G., *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2008, pp. 145 ss.

<sup>1736</sup> Taluni elementi di questo principio di base emergono già nel caso *Avoir fiscal* (punto 19) ma è alla sentenza Schumacker e alle conclusioni dell'AG Lèger che è dovuto il merito di una sua più puntuale precisazione. In particolare, la Corte chiarisce che i residenti tassati sulla globalità dei redditi (punto 33) e non residenti tassati solo per i redditi prodotti alla fonte (punto 38) non sono oggettivamente nella stessa situazione, pertanto un trattamento differenziato degli uni rispetto agli altri non costituisce di per sé una discriminazione (34-35). Questa sentenza è giustamente considerata una pietra miliare della giurisprudenza in materia di fiscalità diretta perché chiarisce la dicotomia degli sviluppi seguiti dalla giurisprudenza precedente e successiva rispetto al canone della nazionalità. Mentre infatti i soggetti comunitari dotati o privi della nazionalità di un dato Stato sono sempre comparabili tra loro, quelli residenti e quelli non-residenti in quello stesso Stato possono essere o meno nazionali, quindi è necessario uno specifico accertamento al riguardo proprio mediante il *comparability test*. Cfr. Laroma Jezi P., *Integrazione negativa e fiscalità diretta. L'impatto delle libertà fondamentali sui sistemi tributari dell'Unione Europea*, Pacini Editore, 2012, p.97

<sup>1737</sup> La vicenda è efficacemente riassunta da Oliver P., Roth W.H., *The internal market and the four freedoms*, in CMLR n.1/2004, p. 407, in part. 411-412. Gli A., nel ricostruire la prospettiva storico-evolutiva delle libertà nel mercato interno ricordano come a partire dagli anni '90 la libertà di stabilimento fu interessata dall'estensione del divieto di restrizione, elaborato nel contesto della libertà di circolazione dei beni con i casi C-8/74 *Dossonville* e C-120/78 *Cassis de Dijon*. Più o meno simultaneamente la libertà di circolazione dei beni fu interessata dall'elaborazione (nel caso C-267/91 *Keck* e C-268/91 *Keck & Mithouard*) di un approccio più restrittivo basato sulle misure indistintamente applicabili.

Mucciarelli F.M., *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Giuffrè, 2010, p.89 ss. ricorda che l'inaugurazione dell'approccio basato sulle restrizioni si ebbe a partire dal caso C-19/92 *Kraus*: con esso la Corte ha incluso anche misure non discriminatorie tra quelle potenzialmente idonee a restringere la libertà di stabilimento, fino a ricomprendere tra le restrizioni tutte le misure che vietano, ostacolano o scoraggiano l'esercizio di tale libertà.

Sulle basi giuridiche e sugli ulteriori sviluppi dell'approccio basato sulle restrizioni v. anche Hinnekens L., *The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to Member State direct taxation*, in ECTR, n.3/2002, p. 112, in part. p.115 ss.; Lehner M., *Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC Treaty*, in ECTR, n. 1/2000, p.5 ss.

processo che ha condotto all'elaborazione del divieto di restrizione con la duplice dimensione di ciascuna delle libertà fondamentali che abbina il divieto di discriminazione ad una generale libertà di circolazione<sup>1738</sup>. L'approccio basato sulle restrizioni, in quanto è mirato a garantire la libera circolazione (e non l'eguaglianza), si basa su un'eguaglianza presunta delle situazioni superando l'esigenza di ricorrere al canone del "trattamento nazionale" e quindi ad un test di comparabilità<sup>1739</sup>. In questo senso, tale approccio comprende quello più tradizionale basato sulle discriminazioni<sup>1740</sup>.

In ogni caso l'identificazione di una restrizione o una discriminazione prelude ad una valutazione della sua compatibilità con il diritto europeo. Mentre le discriminazioni dirette possono essere giustificate sulla base di motivi esplicitamente definiti nel Trattato: ordine pubblico, sicurezza pubblica e salute pubblica, le misure restrittive assolute sono ammissibili solo se perseguono uno scopo legittimo compatibile con il Trattato, se sono giustificate da ragioni imperative di interesse generale e se sono efficaci e proporzionali (cd. *Gebhard rule*)<sup>1741</sup>. Nell'ambito della fiscalità diretta la Corte si trova a valutare numerose giustificazioni opposte dagli Stati membri (come la protezione dall'erosione fiscale della base imponibile<sup>1742</sup>, la coerenza

---

<sup>1738</sup> Cfr. supra, nota 1713. In particolare, secondo Hinnekens L., The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the Eu-ropean Court to Member State direct taxation, in ECTR, n.3/2002, p.113, rispetto al quadro costituzionale rappresentato dai Trattati il sistema economico del mercato interno, anche nell'imposizione diretta, ruota essenzialmente su due principi generali: il divieto di discriminazione e la libera circolazione. L'A. pertanto spiega come nel quadro della difesa delle libertà la Corte abbia maturato l'esigenza di un approccio più ampio rispetto a quello della discriminazione che comportasse anche la difesa della libertà di movimento.

<sup>1739</sup> Secondo Lehner M., Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC Treaty, in ECTR, n. 1/2000, p.5 ss., mentre la rimozione delle discriminazioni richiede l'introduzione di un termine di paragone (*tertium comparationis*) per impostare la comparabilità fra due situazioni fra loro incoerenti e fa sempre riferimento al principio di uguaglianza (*equal treatment*), la rimozione delle restrizioni presuppone la comparabilità delle situazioni e non necessita di ulteriore apprezzamento discrezionale (*treatment as if equal*).

<sup>1740</sup> Monaco C., I principi di non discriminazione, non restrizione e ragionevolezza nel diritto comunitario e nel diritto del commercio internazionale: struttura, contenuto e incidenza sui sistemi fiscali nazionali, in Riv. dir. fin. sc. fin., 2006, p. 453

<sup>1741</sup> Sebbene tale approccio risulti in nuce già nel caso C-19/92 Kraus (punto 32) col quale la Corte estende l'approccio delle restrizioni alla libertà di stabilimento, esso appare formulato in modo definitivo e sistematico nella sentenza C-55/94 Gebhard, punto 37: «i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo»; C-415/93 Bosman, punto 104; C-250/95 Futura Participations e Singer, punto 26; C-436/00 X e Y, punto 49; così anche C-9/02 de Lasteyrie du Saillant, punto 49: «una misura idonea a ostacolare la libertà di stabilimento sancita dall'art. 52 del Trattato può essere ammessa solo se persegue uno scopo legittimo compatibile con il Trattato ed è giustificata da ragioni imperative di interesse generale. Anche in tale ipotesi, però, la sua applicazione dev'essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo in tal modo perseguito e non deve eccedere quanto necessario per raggiungerlo».

<sup>1742</sup> C-250/95 Futura Participations e Singer, punto 31; C-118/96, Safir, punti 25 e 33; C-254/97, Baxter, punti 18-19.

del sistema fiscale<sup>1743</sup>, la prevenzione degli abusi<sup>1744</sup>, l'equilibrio nell'allocazione dei diritti impositivi degli Stati<sup>1745</sup>) ma manifesta una netta inclinazione a rigettare altre giustificazioni (come la prevenzione di una riduzione delle imposte<sup>1746</sup> o l'esistenza di altri vantaggi fiscali compensativi<sup>1747</sup>).

#### 4.1.4.3 Le quasi-restrizioni e la «zona franca» delle disparità fiscali

La permanenza sugli Stati della potestà impositiva in materia di fiscalità diretta mista ad un'armonizzazione frammentaria - vittima della regola dell'unanimità - comporta il rischio che le asimmetrie derivanti dalla coesistenza di diversi sistemi fiscali basati sulla territorialità<sup>1748</sup> provochino ostacoli e barriere con effetti restrittivi sugli investimenti internazionali e sulla libera circolazione compromettendo in definitiva il funzionamento del mercato interno. Mentre taluni di questi ostacoli, se rientranti nelle categorie sopra ricordate, rientrano nella portata operativa delle libertà fondamentali che godono della protezione giurisdizionale della Corte, altri ne restano fuori e non sono rimovibili mediante l'integrazione negativa.

In dottrina non è maturata una visione uniforme sull'ampiezza di tali fattispecie. Un primo efficace tentativo di definire tale area sottratta al sindacato della Corte è dovuto all'AG Geelhoed nel caso *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* il quale introduce la differenza fra restrizioni e quasi-restrizioni<sup>1749</sup>. Secondo tale ricostruzione la consistenza logica di tale categoria risiede nell'identificare tutte quelle situazioni in cui la coesistenza dei sistemi fiscali dà luogo a distorsioni non censurabili come discriminazioni o restrizioni e che nel contempo sono potenziale fonte sia di svantaggi che di vantaggi per le imprese<sup>1750</sup>. In particolare, le quasi-

---

<sup>1743</sup> Case C-204/90, Bachmann

<sup>1744</sup> C-231/05, Oy AA, paras. 62- 63

<sup>1745</sup> C-379/05, Amurta, para. 56

<sup>1746</sup> C-264/96, ICI, ECR I-4695, para. 28; ECJ, 21 September 1999, Case C-307/97, Saint-Gobain, ECR I-6163, para. 50.

<sup>1747</sup> Saint-Gobain, para. 53 and C-294/97, Eurowings, para. 44

<sup>1748</sup> Cfr. Laroma Jezzi P., Territorialità e diritto UE: le "istruzioni per l'uso" delle libertà fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in RDT, 2013, p. 242

<sup>1749</sup> V. Conclusioni dell'AG Geelhoed nella causa C-374/04 - Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, punti 38-54.

<sup>1750</sup> Conclusioni dell'AG Geelhoed, punto 38: «È vero che, in generale, tali conseguenze possono «limitare» l'attività transfrontaliera. Tuttavia, l'uso del termine «restrizione» – sebbene condiviso dalla stessa giurisprudenza della Corte – risulta in tale contesto fuorviante. In realtà qui si tratta di distorsioni dell'attività economica derivanti dal fatto che sistemi fiscali diversi devono coesistere fianco a fianco. In taluni casi, tali distorsioni producono svantaggi per gli operatori economici, in altri casi risultano invece vantaggiose. Mentre nel primo caso le dette distorsioni producono effetti «restrittivi», nella seconda ipotesi esse incentivano lo stabilimento di attività economiche transfrontaliere. Anche se la Corte, di norma, è chiamata a pronunciarsi su quelle che possono definirsi «quasi-restrizioni», derivanti dalle dette distorsioni, non dobbiamo dimenticare che vi è un'altra faccia della medaglia – ossia, la situazione in cui possono scaturire particolari vantaggi per l'imprenditoria transfrontaliera. In quest'ultima ipotesi, il soggetto passivo interessato, generalmente, non invoca il diritto comunitario».

restrizioni sarebbero distinguibili in tre sub-categorie: i maggiori oneri amministrativi, la disparità fra ordinamenti tributari e la frammentazione territoriale della base imponibile.

I maggiori oneri amministrativi si spiegano per la necessità di rispettare contemporaneamente le norme di più ordinamenti che, in assenza di pratiche discriminatorie<sup>1751</sup>, obbligano fisiologicamente ad adempimenti amministrativi diversi. Il tema è strettamente connesso alle finalità del progetto CCCTB<sup>1752</sup>.

Gli svantaggi derivanti dalle disparità fra ordinamenti tributari sono stati oggetto di un articolato sviluppo giurisprudenziale inaugurato con il caso Gilly<sup>1753</sup>, in tale circostanza, l'esame della funzione delle Convenzioni fiscali ha condotto la Corte ad evidenziare che la eliminazione della doppia imposizione non comporta necessariamente una parità di imposizione fra soggetti dei due Stati e che, al di fuori dei settori armonizzati e del rispetto delle libertà fondamentali, obbligare ad un tale risultato comporterebbe un'usurpazione della competenza fiscale degli Stati stessi<sup>1754</sup>. In seguito, la Corte ha chiarito inoltre che la protezione accordata dal Trattato, al di fuori delle ipotesi di un trattamento discriminatorio, non garantisce al cittadino dell'Unione residente in uno Stato membro la neutralità fiscale del trasferimento delle sue attività da uno Stato all'altro<sup>1755</sup>. Nello stesso modo, il Trattato non garantisce la neutralità fiscale delle operazioni internazionali rispetto a quelle nazionali essendo una

---

<sup>1751</sup> V. C-250/95 Futura.

<sup>1752</sup> Sul punto v. Laroma Jezzi P., Territorialità e diritto UE: le "istruzioni per l'uso" delle libertà fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in RDT, 2013, p. 239 ss., in part. nota 7 e bibliografia e giurisprudenza ivi citata.

<sup>1753</sup> Medici S., Convenzioni fiscali e principio di non discriminazione nel contesto dell'Unione europea, in DPT, n.3/1998, p.845.

<sup>1754</sup> C-336/96 Gilly punti 46-48: « (...)lo scopo di una convenzione come quella di cui trattasi consiste soltanto nell'evitare che gli stessi redditi siano soggetti ad imposta in ciascuno dei due Stati, non già nel garantire che l'imposizione alla quale è soggetto il contribuente in uno Stato non sia superiore a quella alla quale egli sarebbe soggetto nell'altro. Orbene, è assodato che le conseguenze sfavorevoli che potrebbe comportare, nella specie, il sistema del credito d'imposta istituito dalla convenzione bilaterale, quale esso è attuato nell'ambito del sistema tributario dello Stato di residenza, discendono soprattutto dalle disparità tra le aliquote d'imposizione degli Stati membri di cui trattasi, la cui fissazione, in mancanza di normativa comunitaria in materia, compete agli Stati membri. Inoltre, (...) lo Stato di residenza, se fosse tenuto ad imputare, a titolo di credito d'imposta, un importo superiore a quello della parte dell'imposta nazionale corrispondente ai redditi di provenienza straniera, dovrebbe ridurre in misura corrispondente la sua imposta relativa agli altri redditi, il che determinerebbe una perdita di introiti fiscali per tale Stato e potrebbe quindi ledere la sua sovranità in materia di imposte dirette».

<sup>1755</sup> C-403/03 Schempp, punto 45: « (...) il Trattato non garantisce al cittadino dell'Unione che il trasferimento delle sue attività in uno Stato membro diverso da quello in cui risiedeva precedentemente sia neutro sotto il profilo fiscale. Tenuto conto delle differenze tra le legislazioni degli Stati membri in materia, un simile trasferimento può, secondo i casi, essere più o meno favorevole o sfavorevole per i lavoratori sul piano delle imposte indirette»

prerogativa esclusiva degli Stati quella di scegliere come meglio strutturare il proprio ordinamento fiscale<sup>1756</sup>.

La frammentazione territoriale della base imponibile comporta più specificamente l'esame della funzione delle Convenzioni fiscali nella prospettiva dei Trattati europei e richiede di distinguere da una parte l'allocazione dei diritti impositivi degli Stati e dall'altra l'esercizio concreto di tali diritti<sup>1757</sup>.

L'allocazione dei diritti impositivi, al di fuori dei settori armonizzati, non lede di principio le libertà fondamentali. Questa particolare fattispecie di quasi-restrizione è definita dall'AG Geelhoed mediante il richiamo al principio secondo cui, in mancanza di armonizzazione, gli Stati restano liberi di scegliere i criteri di collegamento per la tassazione delle fattispecie con elementi di estraneità<sup>1758</sup>. In questo modo, la Corte si dichiara incompetente ad intervenire su tutte quelle fattispecie di disparità che sorgono per effetto di un'applicazione parallela del principio tributario della territorialità degli Stati e in particolare dalla fissazione di criteri di collegamento territoriale. Tale approccio è stato peraltro al centro della sofferta vicenda dei conflitti di classificazione connessi al trasferimento delle società fra Stati membri<sup>1759</sup>.

---

<sup>1756</sup> Tale aspetto è emerso in via incidentale nel caso C-293/06 Deutsche Shell, punto 43 ove la Corte afferma che: il diritto di stabilimento «non implica che uno Stato membro sia tenuto a determinare le proprie norme tributarie in funzione di quelle di un altro Stato membro al fine di garantire, in ogni situazione, una tassazione che elimini qualsivoglia disparità derivante dalle normative tributarie nazionali, in quanto le decisioni adottate da una società riguardo allo stabilimento di strutture commerciali all'estero possono, a seconda dei casi, essere più o meno favorevoli o sfavorevoli per tale società»

<sup>1757</sup> In tema di rapporti fra diritto dell'Unione e Convenzioni fiscali v. Pistone, *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions*, IBFD, 2002; Adonnino P., *Armonizzazione fiscale nell'Unione Europea*, voce in *Enc. Dir.*, agg. III, 1999, par. 8; Casado Ollero G., *L'ordinamento comunitario e l'ordinamento tributario interno*, in Amatucci F. (a cura di), *Trattato di diritto tributario. Annuario*, Padova, 2001, p.505, in particolare la bibliografia citata a nota 1; Maisto G., *Unione europea e coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri in materia di convenzioni fiscali*, in *RDT.*, n.4/2004, p.76

<sup>1758</sup> V. Conclusioni dell'AG Geelhoed nella causa C-374/04 punto 52: «Ai sensi del diritto comunitario, il potere di scegliere i criteri e il metodo di ripartizione della competenza tributaria appartiene esclusivamente agli Stati membri (in conformità del diritto internazionale tributario). Al momento attuale non è possibile riscontrare nel diritto comunitario criteri alternativi, né basi per stabilire simili criteri. La Corte di giustizia ha riconosciuto tale limite in numerose occasioni. Ad esempio, nella sentenza Gilly, dopo aver osservato che l'attribuzione della competenza tributaria sulla base della cittadinanza non può, di per sé, essere considerata discriminatoria, la Corte ha riconosciuto che tali differenziazioni «discendono, in mancanza di misure di unificazione o di armonizzazione nell'ambito comunitario, in particolare in forza dell'art. [293] del Trattato, dalla competenza che hanno le parti contraenti a stabilire, al fine di eliminare le doppie imposizioni, i criteri di ripartizione fra esse del loro potere impositivo. Sempre ai fini della ripartizione della competenza tributaria, non è illogico che gli Stati membri si ispirino alla prassi internazionale e al modello di convenzione elaborato dall'OCSE (...)». Analogamente, in numerosi casi la Corte ha espressamente ammesso la compatibilità con il diritto comunitario della distinzione tra tassazione dello Stato di residenza (universale) e tassazione dello Stato fonte (su base territoriale)».

<sup>1759</sup> V. per esempio il caso C-250/95 Futura Participations punti 20-22 :«Nella fattispecie, per quanto riguarda i contribuenti residenti, la legge lussemburghese assoggetta all'imposta tutti i loro redditi e la base imponibile non è limitata alle loro attività lussemburghesi. ( ... ) Per contro, per quanto riguarda la determinazione della base imponibile dei contribuenti non residenti, sono presi in considerazione ai fini del calcolo dell'imposta da essi dovuta in Lussemburgo soltanto gli utili e le perdite derivanti dalle loro attività lussemburghesi. Tale regime, conforme al principio tributario della territorialità, non può considerarsi comportare una discriminazione, palese o dissimulata, vietata dal Trattato».

Sebbene ampiamente criticata<sup>1760</sup>, nei successivi sviluppi giurisprudenziali la Corte è rimasta fedele all'impostazione adottata nel caso Gilly affermando che al di fuori delle direttive armonizzate, l'eliminazione della doppia imposizione che deriva dalla sovrapposizione delle regole della territorialità fiscale resta un compito degli Stati sui quali non incombe un obbligo di coordinamento ma una mera facoltà<sup>1761</sup>. Un tale approccio resta confermato anche in caso di Treaty override<sup>1762</sup>.

Come osserva la dottrina<sup>1763</sup>, da tale analisi si deduce che la definizione dei criteri di collegamento volti ad evitare la doppia tassazione internazionale dei redditi appartiene alla competenza degli Stati e visto che la materia non è armonizzata non solleva problemi di compatibilità con le libertà fondamentali, mentre il concreto esercizio di tale competenza solleva un problema di compatibilità poiché deve rispettare il principio del "trattamento nazionale" garantendo ai soggetti residenti in altri Stati membri pari trattamento rispetto ai soggetti residenti.

Alla luce degli elementi emersi si pone il problema di verificare se i problemi posti dalla tassazione delle partnership internazionali che operano nel mercato interno possano essere classificati come restrizioni incompatibili con le libertà del Trattato oppure se restino fuori dal raggio di azione delle libertà fondamentali. A questo riguardo sarà utile la sezione successiva dedicata all'analisi di uno specifico *case law*.

---

<sup>1760</sup> Cfr. Vanistendael F., Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible within the fundamental freedoms?, in ECTR, n.2/2008, p.52 ss. l'A. appunta la critica sul fatto che, prescindendo da misure nazionali discriminatorie o protezionistiche, le disparità producono frequentemente doppia imposizione che svantaggia le situazioni transazionali rispetto a quelle interne. Vista l'ormai acquisita consapevolezza che il contrasto alla doppia imposizione assurge ad obiettivo dell'Unione, non si pone più il problema del se eliminarla ma di come farlo. Mentre quindi la Corte ha avallato l'osmosi del principio di non restrizione (C-8/74 Dassonville e C-120/78 Cassis de Dijon) dalla libera circolazione dei beni alla libertà di stabilimento per rimuovere gli ostacoli al mercato interno, per rimuovere le quasi-restrizioni di questo tipo l'A. propone di impiegare come criteri quelli previsti dalle direttive per i settori armonizzati o quelli previsti dalla maggioranza degli Stati.

Sulla necessità di configurare la doppia imposizione come un obiettivo dell'Unione v. anche Dorigo S., Doppia imposizione internazionale e diritto dell'Unione europea, in RTDT, n.1/2013, p.23 ss.

<sup>1761</sup> Ciò vale tanto per le imposte dirette, v. C-513/04 Kerckhert and Morres punto 23 e C-128/08 Damseaux punto 30 e 31, quanto per le altre imposte, v. C-67/08 Block punto 31.

<sup>1762</sup> Il caso del Treaty override emerso marginalmente nel caso C-513/04 Kerckhert and Morres punti 9-13, è oggetto della causa C- 298/05 Columbus Containers nella quale la Corte conferma la sua incompetenza a pronunciarsi sull'eventuale violazione delle disposizioni di convenzioni fiscali sottoscritte da uno Stato membro. V. punto punto 47: «Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 46 delle sue conclusioni, la Corte non può esaminare il rapporto tra una misura nazionale, come quella controversa nella causa principale, e le disposizioni di una convenzione diretta ad evitare le doppie imposizioni, come la convenzione fiscale bilaterale, poiché tale questione non rientra nell'interpretazione del diritto comunitario». In senso conforme C-141/99, AMID, punto 18; ordinanza 12 novembre 1988, causa C-162/98, Hartmann, punti 8, 9, 11 e 12.

<sup>1763</sup> Laroma Jezzi P., Territorialità e diritto UE: le "istruzioni per l'uso" delle libertà fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in RDT, 2013, p. 239 ss. 249-250 e bibliografia ivi citata.

#### **4.1.5 Valutazioni: la fiscalità diretta delle partnership nel contesto dell'Unione Europea**

La ricognizione effettuata ha consentito di individuare i tratti distintivi del diritto europeo come sovrastruttura del diritto nazionale. Il primato del diritto europeo e il suo effetto diretto sono strumenti necessari a dare priorità agli obiettivi UE: fra questi prevalentemente il mercato interno.

Nell'UE La fiscalità degli Stati assume un ruolo strumentale al mercato interno comparabile con tutte le altre competenze funzionalizzate. Essa è connotata da un carattere negativo che sta ad indicare nel contempo l'assenza di veri poteri tributari fra le competenze UE e una funzione limitativa della potestà tributaria degli Stati intesa ad agevolare il funzionamento del mercato europeo in maniera simile a quella di un mercato interno.

La fiscalità diretta degli Stati è contrassegnata da specifiche criticità dovute al fatto che l'armonizzazione delle imposte indirette e di alcuni settori dell'imposizione diretta sta lasciando agli Stati il controllo di un numero sempre minore di strumenti finanziari per il governo delle politiche pubbliche, sociali e redistributive.

I connotati distintivi del diritto europeo nell'ambito della fiscalità si ottengono di riflesso rispetto all'obiettivo del mercato interno

Il paradigma della "fiscalità negativa" espressa dal principio di non discriminazione e non restrizione è posta a garanzia dell'assetto concorrenziale del mercato interno e riguarda una qualità dei soggetti.

La fiscalità neutrale va intesa invece come un risultato (e non una qualità dei soggetti) dato dalla tassazione del reddito una sola volta. È un portato necessario del mercato interno. Tale risultato tuttavia confligge con la coesistenza di più ordinamenti fiscali autonomi ciascuno dei quali proietta in modo diverso la propria sovranità fiscale sul principio di territorialità. In definitiva quindi arriva a confliggere con gli interessi finanziari degli Stati.

La fiscalità neutrale è un concetto che mal si presta ad essere definito univocamente. Nell'ambito dell'integrazione positiva il modello di neutralità è oggetto di un accordo unanime degli Stati ma limitato solo ad alcune fattispecie reddituali. Ciò rende l'armonizzazione un fattore di avvicinamento e nel contempo un fattore di scompensazione nell'Unione in quanto vi sono redditi tassati in regime comune e redditi fuori dal regime comune.



Nell'ambito dell'integrazione negativa la ricerca della neutralità fiscale si traduce principalmente in una ricerca di uguaglianza basata sul principio del trattamento nazionale. La comparabilità delle situazioni infatti non comporta sempre e necessariamente una valutazione sulla neutralità degli effetti di un certo risultato fiscale quanto piuttosto una valutazione di simmetria formale. Nello stesso tempo, la confrontabilità delle situazioni così come impostata dalla Corte di giustizia ha spesso comportato un impatto sul principio di capacità contributiva assunto dagli Stati come base costituzionale per la tassazione.

Ne emerge quindi un modello di neutralità bidimensionale e "a direzioni inverse". Sul piano della legislazione i Governi inseguono la neutralità fiscale delle operazioni economiche armonizzando la tassazione diretta solo di talune fattispecie, originando così una netta disparità fra fattispecie armonizzate e non armonizzate. Queste ultime non beneficiano della neutralità e nemmeno della rimozione degli ostacoli accordata invece alle altre.

Sul piano giurisprudenziale l'eguaglianza di trattamento fiscale in base alla nazionalità insegue la tutela di diritti e non dei risultati prescindendo quindi dalla ricerca della neutralità. La scelta del parametro della comparazione ha infatti come obiettivo la protezione delle libertà del Trattato indipendentemente dalla neutralità delle operazioni che è tutelata indirettamente e solo nei settori armonizzati.

L'analisi dei profili giuridici e funzionali delle nozioni di unificazione, armonizzazione, ravvicinamento e coordinamento ha mostrato i diversi procedimenti con i quali gli Stati convergono verso modelli comuni più o meno formalizzati. La scelta del settore da armonizzare è quindi discrezionale ma non preclude una riflessione sull'ipotesi di uno statuto per una "partnership europea" come anche su un comune regime fiscale delle partnership alternativo a quello nazionale degli Stati con il vantaggio di prevenire le asimmetrie perseguendo una neutralità fiscale che deve essere pensata e unanimemente accettata dagli Stati.

La ricognizione sul ruolo della Corte nell'ambito della fiscalità diretta ha messo in luce la centralità che assume per questo lavoro il diritto di stabilimento. L'analisi degli elementi costitutivi di tale diritto rende possibile concludere che le partnership costituite in base alla legge degli Stati membri e a prescindere dalla natura o personalità giuridica loro riconosciuta a livello domestico possano godere della protezione del Trattato in materia di diritto di stabilimento primario e secondario o come imprese (se prive di soggettività) o come società definite dall'art. 54 TFUE. La funzione della nozione di società prevista dall'art. 54 TFUE come ente ammesso a beneficiare della

libertà di stabilimento dell'art. 49 TFUE esclude qualunque funzione classificatoria tanto ai fini civilistici che ai fini fiscali.

#### **4.2 LA TASSAZIONE DELLE PARTNERSHIP NEL DIRITTO EUROPEO FRA FORMA GIURIDICA E FATTISPECIE FISCALE: DEFINIZIONE DEL PROBLEMA**

Per comprendere se ed in quale misura i principi autonomi e distintivi sviluppati nel settore parzialmente armonizzato della fiscalità diretta possano assumere rilevanza per la tassazione delle partnership, sembrano necessarie due operazioni preliminari.

La prima consiste nel ricordare come questo tema sia prevalentemente e ragionevolmente disciplinato in connessione con la tassazione dei redditi delle persone. Come si è visto in precedenza infatti, nella legislazione degli Stati la forma giuridica delle partnership nasce e si diffonde per offrire alle persone fisiche uno strumento pratico e flessibile per svolgere attività d'impresa di ridotte dimensioni e che nel contempo sommi i pregi della semplicità gestionale e della neutralità fiscale rispetto alla tassazione personale, sebbene ciò – come abbiamo visto – avvenga in modalità e misura diversa nei vari ordinamenti. Questo certamente non esclude la presenza di partnership anche all'interno delle grandi catene societarie dei gruppi di imprese multinazionali ma si tratta di un impiego fuori contesto, legato per lo più a ragioni di pianificazione fiscale - ma non per questo illecite - di uno strumento nato per esigenze diverse.

La seconda consiste invece nell'osservare come la parziale e frammentaria armonizzazione delle imposte dirette trovi un proprio limite invalicabile nell'assenza di modelli impostivi per le imposte personali. In linea generale, va notato infatti che i settori armonizzati della fiscalità diretta aumentano di pari passo con il processo di integrazione economica e di unificazione dei mercati nazionali. Anche il grado di convergenza dei sistemi di imposizione diretta sta progressivamente salendo sia per effetto del coordinamento in sede europea delle politiche fiscali nazionali sia per gli impulsi di una politica fiscale dell'Unione ormai autonomamente identificabile, sia per effetto della giurisprudenza europea. Finora, tuttavia il processo di armonizzazione del settore dell'imposizione diretta non ha proceduto in modo uniforme per imprese e persone fisiche riportando progressi più per le prime che per le seconde<sup>1764</sup>. Rispetto alla tassazione delle imprese, inoltre, l'integrazione positiva ha privilegiato la

---

<sup>1764</sup> Anche i lavori preparatori della Costituzione europea mai entrata in vigore confermano del resto l'esplicita riserva della competenza in materia di imposizione personale e patrimoniale agli Stati membri. Cfr. Boria P., *Diritto tributario europeo*, Milano, 2017, p.327.

definizione di modelli impositivi orientati alla neutralità validi per i gruppi di imprese<sup>1765</sup> in ogni caso soggette all'imposta sulle società, tralasciando di adottare strategie mirate sia di breve che di lungo periodo per le imprese prive di forma societaria e in generale non soggette ad imposta sulle società nei diversi Stati. Di conseguenza, anche l'integrazione negativa sembra sbilanciata in questo senso.

A prima vista, quindi, sembrerebbe logico concludere il sillogismo iniziale affermando che la tassazione dei redditi delle partnership configuri una fattispecie fiscale che, in quanto gravitante nell'ambito dell'imposizione personale, per una sorta di osmosi con questa, sia anch'essa esclusa dal processo di armonizzazione delle imposte dirette.

La bontà di tale sillogismo non trova tuttavia conferma nell'osservazione dei fatti.

Molti studi sulla fiscalità d'impresa condotti dall'Unione suggeriscono di intervenire legislativamente sulla tassazione delle partnership – intesa come figura specifica di una più ampia categoria di entità fiscalmente trasparenti – per rimuovere la doppia imposizione provocata dall'asimmetrica tassazione degli Stati; talune disposizioni della direttiva madre-figlia e fusioni includono espressamente le società fiscalmente trasparenti; la Convenzione arbitrata sulle rettifiche da transfer pricing si rivolge alle imprese senza distinzione di forma giuridica; l'applicazione della direttiva sui meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale sembrerebbe estensibile, entro certe condizioni, ai redditi delle partnership; il progetto europeo per una base imponibile comune - sebbene ancora in gestazione - include espressamente regole per la classificazione delle entità trasparenti ai fini del calcolo dell'imponibile; il tema della doppia non imposizione per effetto dei disallineamenti da ibridi include a pieno titolo le questioni inerenti la tassazione delle partnership.

Sul piano della giurisprudenza, il problema dei conflitti di classificazione fra Stati e della conseguente doppia (non) imposizione dei redditi delle imprese societarie pone il problema della compatibilità con le libertà del Trattato.

La lineare applicazione del sillogismo iniziale non sembra dunque sufficiente a spiegare la realtà effettuale. La sua conferma, insieme agli eventuali limiti cui essa soggiace, richiede quindi un'indagine più specifica.

Questa deve essere in primo luogo mirata a valutare se nella storia dell'integrazione il tema sia stato considerato e consapevolmente escluso e se le ragioni

---

<sup>1765</sup> Cfr. Boria P., *Diritto tributario europeo*, Milano, 2017, p.328 .

di tale esclusione corrispondono esclusivamente al motivo sopra individuato – cioè l’afferenza della materia all’imposizione personale – oppure ricorrono altre motivazioni.

A questo riguardo inoltre sembra utile verificare se all’attuale stato di sviluppo del diritto europeo nella fiscalità diretta, un eventuale intervento legislativo dell’Unione in questa materia sia giuridicamente ammissibile o meno. Sotto questo profilo sembrerebbe addirittura utile valutare - a fianco di un intervento di ravvicinamento della fiscalità delle partnership domestiche - l’ammissibilità di un intervento mirato ad introdurre la figura della partnership europea, similmente a quanto già accaduto per la società europea, la società cooperativa europea e il GEIE.

L’indagine sull’inclusione delle partnership nelle direttive esistenti<sup>1766</sup> sarà invece utile a comprendere fino a che punto il legislatore europeo si è concretamente spinto nel tentare di dare soluzione ai relativi problemi.

Diventa infine rilevante comprendere se le asimmetrie nelle legislazioni degli Stati – all’origine della doppia imposizione e doppia non imposizione dei redditi della partnership – costituiscono un ostacolo da rimuovere secondo i canoni ermeneutici della Corte di Giustizia.

I paragrafi seguenti seguiranno queste due traiettorie con il fine ultimo di dare un inquadramento, secondo l’approccio europeo ai temi della fiscalità, ai problemi particolari posti della tassazione dei redditi delle partnership internazionali nel mercato interno e alle particolari soluzioni proposte dal diritto dell’Unione.

#### **4.3 LEGAL FRAMEWORK DELL’IMPOSIZIONE DIRETTA NEL DIRITTO DELL’UNIONE: RILEVANZA PER LE PARTNERSHIP**

Definito il tratto strumentale della fiscalità, il costrutto teorico che ne ha progressivamente ispirato la funzione nel quadro generale del diritto dell’Unione, occorre ora definirne i contorni giuridici all’interno del diritto primario e secondario. Questo paragrafo mira in particolare ad esaminare il fondamento giuridico dell’azione europea in materia di fiscalità diretta e i presupposti che la legittimano nel quadro del principio di attribuzione. L’obiettivo è verificare se le cause legittimanti del potere normativo dell’Unione esercitato finora nei settori armonizzati dell’imposizione diretta

---

<sup>1766</sup> L’esigenza di contenere il lavoro nei limiti dimensionali di una ricerca di dottorato, l’analisi sarà limitata solo alla direttiva madre-figlia poiché suggerisce i maggiori spunti di riflessione rispetto al tema delle partnership

potrebbero astrattamente motivare l'esercizio di un analogo potere anche per la fiscalità delle partnership.

### 4.3.1 Le basi giuridiche del ravvicinamento

Rispetto all'obiettivo del mercato interno, i Trattati prevedono due diversi gruppi di disposizioni mirate alla rimozione degli ostacoli derivanti dalla potestà impositiva degli Stati.

Il primo legittima il (solo) Consiglio dell'Unione ad adottare direttive per l'armonizzazione nell'area della fiscalità indiretta<sup>1767</sup> costituendo la base giuridica per l'intervento europeo in tale settore<sup>1768</sup>.

Il secondo pone un divieto generale di discriminare (in base alla nazionalità) cittadini e imprese<sup>1769</sup> degli Stati membri e di ostacolare l'esercizio delle libertà fondamentali sancite dai Trattati a base del mercato interno. Tale divieto integra diritti individuali e libertà tutelabili prima dinanzi alle Corti nazionali degli Stati (come giudice europeo di prima istanza) e poi dinanzi alla Corte di Giustizia<sup>1770</sup>.

I Trattati sono quindi privi di un esplicito riferimento circa l'attribuzione all'Unione di una competenza specifica nell'armonizzazione dell'imposizione

---

<sup>1767</sup> Si tratta del titolo VII (norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni) capo II del TFUE dedicato alle "disposizioni fiscali" (art. 110-113).

<sup>1768</sup> In questo settore, i poteri ricevono una disciplina nell'art. 113 TFUE (ex art.93 TCE), mentre i divieti esplicitamente funzionalizzati al mercato interno sono definiti dall'art. 110 (ex 90 TCE) sul divieto di tassazione interna discriminatoria e dall'art. 30 (ex articolo 25 del TCE) sul divieto di dazi e tasse di effetto equivalente negli scambi fra Stati membri.

L'art. 113 TFUE infine rappresenta la specifica base legale delle competenze dell'Unione in tema di armonizzazione delle imposte indirette «*nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza*».

<sup>1769</sup> Sul concreto significato giuridico che il concetto di discriminazione assume nell'Unione e sulle molteplici forme che tale discriminazione assume nelle decisioni della Corte si rinvia al fondamentale studio: Mason R., Knoll M.S., What Is Tax Discrimination?, in Yale L.J., n. 121/2012, p.1014, consultabile presso: [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/404](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/404)

<sup>1770</sup> V. supra § 4.1.4. Vi sarebbe poi un terzo gruppo di norme che attribuiscono alla Corte di Giustizia il compito di rimuovere in via giurisdizionale (o mediante rinvio pregiudiziale o procedimento di infrazione) gli ostacoli fiscali che impediscono il funzionamento del mercato interno.

diretta<sup>1771</sup>. La sua espressa esclusione da talune specifiche materie<sup>1772</sup> come la sua implicita inclusione in altre<sup>1773</sup> sembra confermare il dato di occasionalità ed eccezionalità dell'estensione all'Unione di tale competenza, al di fuori delle cd "disposizioni fiscali" applicabili unicamente alle imposte indirette.

---

<sup>1771</sup> In considerazione di tale elemento, si fece originariamente strada fra gli Stati membri l'opinione che la fiscalità diretta dovesse essere intesa come "*excludenda materia*" dei Trattati. Tale opinione era basata sulla cd "*strictly sovereignty principle*" secondo cui l'assenza di una specifica disposizione nei Trattati dotata di efficacia diretta, lasciasse agli Stati competenza esclusiva. Cfr. van Thiel S., *Free Movement of Persons and Income Tax Law: the European Court in Search of Principles*, IBFD, Amsterdam, 2002, p. 21 ss.

Sono emblematiche a riguardo alcune obiezioni sollevate dalle massime autorità giurisdizionali nazionali degli Stati membri. Fino alla fine degli anni '80, il Conseil d'Etat per esempio non riconobbe l'effetto diretto delle direttive, mentre Bundesfinanzhof sostenne la necessità di un atto interno di recepimento fino a quando non fu costretto da una decisione della Corte Costituzionale.

È significativa inoltre l'eccezione del cd "*moderate sovereignty principle*", sollevata dal Bundesfinanzhof nella famosa causa Shumacker. Nel rinvio, la Corte tedesca implicitamente poneva la questione della competenza della Corte a sindacare la compatibilità della libertà di stabilimento dell'art. 48 TCEE con la materia delle imposte dirette, considerato che questa non fosse ancora stata oggetto di un livello minimo di armonizzazione. La questione, ancorché risolta in estrema sintesi nella decisione, trovò ampia argomentazione nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Léger il quale, nel ricordare l'assolutezza delle libertà fondamentali sancite dai Trattati (anche rispetto alle convenzioni fiscali bilaterali) e l'obbligo degli Stati di legiferare in conformità a queste, richiama il p.19 della causa C-20/92 Hubbard: «*l'efficacia del diritto comunitario non può variare a seconda dei diversi settori del diritto nazionale nei quali esso può spiegare effetti*». Cfr. C-279/93 Shumacker, conclusioni dell'Avv. Gen. Léger, nn.15-32. Sul punto Cfr. De Hosson F.C., *On the controversial role of the European Court in corporate tax cases*, in *Intertax*, n.6-7/2006, p.297.

Il tema va inquadrato nel più ampio dibattito istituzionale sull'accettazione da parte degli Stati del primato del diritto comunitario sul diritto interno anche successivo e dell'effetto diretto delle direttive, già discusso nel § 4.1

A partire dalla fine degli anni '60 tuttavia la Commissione adottò un approccio che tendeva a scartare di principio tali obiezioni adottando le prime (anche se infruttuose) proposte di direttiva in materia di fiscalità diretta, (madre-figlia e fusioni COM(69)5 e COM(69)6. Cfr. Kofler G., *Eu power to tax: competences in the area of direct taxation*, in HJI Panayi C., Haslehner W., Traversa E., *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Edward Elgar Publishing, 2020, nota n.13

<sup>1772</sup> Per es., v. art. 173(3) TFUE.

<sup>1773</sup> Solo in casi limitati i Trattati menzionano espressamente l'estensione di una politica alle competenze fiscali e fra queste anche sulla fiscalità diretta: è il caso delle competenze fiscali previste nel quadro delle politiche ambientali dall'art. 192(2) TFUE o analogamente di quelle previste nel settore dell'energia dall'194(3) TFUE o infine di quelle previste dall'art. 179(2) nel quadro delle politiche di ricerca e sviluppo e di attuazione dello spazio europeo della ricerca dell'art. 182(5).

In altri casi si ritiene che i Trattati adottino una formulazione implicitamente inclusiva di tale competenza. Per esempio, la competenza di armonizzare la fiscalità diretta ed indiretta sembra intesa implicitamente nella formulazione delle libertà connesse all'impiego di capitali come i movimenti di capitali con Stati terzi previsti dall'art. 64(3) TFUE o gli investimenti esteri diretti previsti nell'ambito della politica commerciale dall'art. 207(1) TFUE (ex articolo 133 del TCE); oppure nell'ambito del contrasto alla frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione previsto dall'art. 325 TFUE e nell'ambito della "clausola di flessibilità" prevista nell'art. 352 (ex art. 308 TCE), cd teoria dei poteri impliciti.

Cfr. Smit D.S., *The influence of EU tax law on the EU Member States external relations*, in Haslehner W., Kofler G., Rust A., *EU Tax Law and Policy in the 21st Century: Traditional and Innovative Trial Practice in a Changing World*, Kluwer Law International, 2016, p. 222-226. Sul punto v. anche lo studio del Parlamento Europeo, Directorate General For Internal Policies, *Influence of EU Law on Taxation in the EU Member States' Overseas Territories and Crown Dependencies*, 2016, consultabile presso [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/578989/IPOL\\_IDA\(2016\)578989\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/578989/IPOL_IDA(2016)578989_EN.pdf) (accesso 27 luglio 2020).

L'art. 223(2) TFUE, infine, attribuisce competenze sulla tassazione dei Parlamentari europei, mentre l'art.12(1) del Protocollo (n. 7) sui privilegi e sulle immunità allegato ai Trattati attribuisce competenze per la tassazione degli agenti dell'Unione. Sul punto v. anche le conclusioni l'Avv. Kokott in C-122/15 "C", p. 40. Secondo la dottrina, «*At the moment, only the tax levied on salaries and pensions of EU officials (Regulation no. 260/68, extended to MEPs and free lance interpreters) can be considered to be real EU taxes*». Cfr. Malherbe, J., Malherbe, P., Richelle, I., Traversa, E. (2011). «*The impact of the rulings of the European Court of Justice in the area of direct taxation*» 2010 update 2011 (No. IP/A/ECON/ST/2010-18/PE 457.367). Policy Department Economic and Scientific Policies. European Parliament.

Nel silenzio dei Trattati e conformemente con la volontà dei padri fondatori delle Comunità, si deve quindi concludere che la competenza in tema di fiscalità diretta resti incardinata nella sovranità degli Stati membri. Essa appare tuttavia circoscritta da due importanti limitazioni: il vincolo di compatibilità con i principi e le libertà l'ordinamento europeo, da una parte, e il principio di sussidiarietà e proporzionalità dall'altra.

Secondo un orientamento ormai consolidato della CGUE infatti, gli Stati membri sono tenuti ad esercitare la propria potestà impositiva in modo conforme ai Trattati, e soprattutto all'obiettivo del mercato interno.

Per altro verso, l'armonizzazione della materia è ammessa in via sussidiaria e proporzionata se, e nella misura in cui, la fiscalità diretta rappresenti uno strumento per migliorare il funzionamento del mercato interno<sup>1774</sup>.

In assenza di espliciti riferimenti, la base giuridica per l'ammonizzazione della fiscalità diretta all'interno dei Trattati va ricercata nelle competenze generali dell'Unione per l'esercizio del potere normativo: il ravvicinamento delle legislazioni domestiche degli Stati previsto dall'art.115 (ex art.94 TCE).

---

<sup>1774</sup> Richiamando i principi di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità previsti dagli articoli 4 e 5 TUE, occorre cioè comprendere se il Trattato attribuisce all'Unione competenze specifiche (l'UE può agire?), se queste sono esclusive o concorrenti (solo l'UE può agire?) e, in caso di competenze concorrenti occorre verificare la corretta applicazione del principio di sussidiarietà (l'UE dovrebbe agire?) e proporzionalità (quale è l'intensità o la natura dell'azione UE?). Per questa impostazione, v. Schütze R., *EU Competences: Existence and Exercise*, in Arnulf A., Chalmers D., *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, 2015, p.75 ss.

Sul principio di sussidiarietà e proporzionali, data la bibliografia ricchissima, si rinvia per tutti a: Berman G.A., *Proportionality and Subsidiarity*, in Barnard, C e Scott, J. (a cura di), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Oxford-Portland, Oregon, 2002, p.75 ss.; Emiliou N., *The Principle of Proportionality in European Law - A Comparative Study*, London, 1996; Galetta D.U., *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo di rispetto del principio di proporzionalità*, in Riv. It. di Dir. Pub. Com., 1997, p.89 ss.; Deodato C., *Gli incerti ed elastici confini delle attribuzioni dell'Unione Europea: la debole applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *federalismi.it*, n. 24/2018, reperibile in [http://www.politicheeuropee.gov.it/media/4528/181219\\_deodato-su-federalismi.pdf](http://www.politicheeuropee.gov.it/media/4528/181219_deodato-su-federalismi.pdf), in part. la bibliografia citata a p.1;

Sui medesimi principi nella materia tributaria, v. Mondini A., *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'IVA europea*, Pisa, 2012; Weber D., *Tax Avoidance and the Ec Treaty Freedoms*, Aja, 2005, pp. 209 ss.; Gavazzoni P., *Principi del divieto di eccesso e di proporzionalità nella giurisprudenza tributaria tedesca*, in RDT, n.1/1995, p.311 ss.; David C., *Le principe de proportionnalité (PP) en Droit fiscal communautaire (DFC) et Français (DFF)*, in *Die Steuerrechts-Ordnung in der Diskussion - Festschrift für Klaus Tipke zum 70. Geburtstag*, (a cura di) Lang J., Colonia, 1997; Pistone P., *Presunzioni assolute, discrezionalità dell'amministrazione finanziaria e principio di proporzionalità in materia tributaria secondo la Corte di Giustizia*, in RDT, 1999, III, pp. 91 ss.; Gallo F., *L'applicazione del principio di sussidiarietà tra crisi del disegno federalista e tutela del bene comune*, in RT, n.2/2014, p.207; Icolari M.A., *Sussidiarietà orizzontale e diritto tributario: profili problematici* in RT, n.5/2009, p.1387; Tassani T., in *Tutela dei diritti essenziali e imposizione fiscale tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, in (a cura di) M.C. Guerra e A. Zanardi, *La finanza pubblica italiana, Rapporto 2008*, Bologna, 2008, p.303 ss.

Quanto alla documentazione di produzione istituzionale v. TUE, Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità; v. Consiglio Europeo di Edimburgo 11-12 dicembre 1992, all. 1 parte A, *Impostazione generale dell'applicazione, da parte del Consiglio, del principio di sussidiarietà e dell'articolo 3 B del Trattato sull'Unione Europea*, consultabile presso: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/DOC\\_92\\_8](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/DOC_92_8) (accesso 27 luglio 2020).

L'art. 115 autorizza il Consiglio ad adottare direttive di ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri con taluni specifici vincoli: l'unanimità delle decisioni, la preventiva consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale e la diretta incidenza delle norme da ravvicinare sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno.

Il ravvicinamento delle legislazioni si completa con la clausola di flessibilità dell'art.352 TFUE (ex art.308 TCE) che autorizza il Consiglio ad adottare appropriate disposizioni in tutti i casi in cui, in assenza di poteri espressamente attribuiti, un'azione appaia necessaria a realizzare uno degli obiettivi dei Trattati. Anche in questo caso la disposizione presenta vincoli specifici: l'unanimità delle decisioni del Consiglio, la preventiva consultazione del Parlamento europeo, l'iniziativa della Commissione e la stretta necessità dell'intervento rispetto agli obiettivi del Trattato nel quadro delle politiche europee. L'impiego di questa disposizione sembra tuttavia destinato all'impiego della fiscalità in funzione strumentale ad altre politiche europee, come la tutela ambientale o il contrasto alla disoccupazione<sup>1775</sup>.

Secondo la dottrina, come alternativa all'art. 115 e al vincolo dell'unanimità in esso contenuto, anche la disposizione dell'art.116 TFUE (ex art. 96 TCE)<sup>1776</sup> potrebbe in linea teorica costituire una base giuridica per l'armonizzazione dell'imposizione diretta<sup>1777</sup>.

L'art. 293 TCE (ex art. 220) l'unico riferimento diretto ai Trattati contro le doppie imposizioni sui redditi e i patrimoni<sup>1778</sup>, impiegato come base per

---

<sup>1775</sup> V. Roccatagliata F., Diritto tributario comunitario, in V. Uckmar (coordinato da), Diritto tributario internazionale, 2005, p.1203 ss. p. 1211

<sup>1776</sup> Entrambe si trovano nel Titolo VII (norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni) capo III del TFUE dedicato alle "ravvicinamento delle legislazioni" (art. 114-118).

<sup>1777</sup> La discussione sull'impiego dell'art. 116 TFUE come opzione per superare lo stallo decisionale dell'unanimità è tuttora aperta e riguarda l'ipotesi di impiegare tale norma quando l'applicazione dell'art.115 è impedito dal veto prolungato di pochi Stati. Cfr. sul punto Kofler G., Eu power to tax: competences in the area of direct taxation, in HJI Panayi C., Haslehner W., Traversa E., Research Handbook on European Union Taxation Law, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 12-13 e in part. nota 44; Panayi C. HJI, European Union Corporate Tax Law, Cambridge University Press, 2013, p. 4

<sup>1778</sup> L'art. 293 (ex art. 220) prevedeva: «Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini: (...) l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità».

Secondo quanto ricordato dalla CGCU prima nel caso C-137/84 Mutsch punto 11 e poi C-336/96 Gilly punto 15, la norma era priva di effetto diretto e non costituiva dei diritti immediatamente invocabili da cittadini ed imprese europee.

Sul punto, inoltre va segnalato l'orientamento di quella dottrina che, basandosi sull'interpretazione *a contrario* di tale norma, frenò a lungo l'impiego dell'art.94 TCE (oggi 115 TFUE) per l'armonizzazione dell'imposizione diretta. L'argomento impiegato in questo caso si concentrava sul fatto che attribuire il compito dell'eliminazione della doppia imposizione all'iniziativa autonoma degli Stati fosse indice della scarsa rilevanza che la Comunità attribuiva al tema ai fini del funzionamento del mercato interno. Per questa ricostruzione, v. Roccatagliata F., Diritto tributario comunitario, cit. p.1211.



l'approvazione della Convenzione arbitrata 90/436 sulle rettifiche dei redditi da transfer pricing<sup>1779</sup>, è stato rimosso dai Trattati in occasione dell'approvazione del Trattato di Lisbona<sup>1780</sup>.

In esito a tale ricostruzione, si può in sintesi concordare con la dottrina<sup>1781</sup> quando afferma che nella ricerca dei fondamenti giuridici, della profondità e dell'ampiezza della competenza europea nell'armonizzare o ravvicinare l'imposizione diretta, poco è cambiato nella sostanza da ciò la Commissione affermava nel lontano 1980 a proposito della inviolabilità della sovranità fiscale degli Stati a ragione della stretta prerogativa dei Parlamenti nazionali in materia di imposizione fiscale<sup>1782</sup> e sintetizzabile nel noto principio “*no taxation without representation*”.

#### **4.3.2 I presupposti giuridici del ravvicinamento delle legislazioni domestiche di fiscalità diretta**

Sebbene la letteratura consideri l'individuazione delle basi giuridiche per la competenza europea sull'imposizione diretta un tema dalle basi ormai consolidate, alcuni problemi possono dirsi ancora celati “sotto la cenere”<sup>1783</sup>. Alcuni di essi riguardano direttamente il tema di questo lavoro e su questi saranno pertanto necessarie alcune riflessioni.

---

La disposizione fu oggetto di ampio dibattito interpretativo sebbene fosse chiaro che la sua esistenza «*non costituisce una riserva di competenza legislativa nelle mani degli Stati membri*» in tema di eliminazione della doppia imposizione e che la sua eliminazione non l'abbia a questi definitivamente sottratta. Cfr. in part. C-208/00 Überseering p.54 e conclusioni Avv. Gen. Colomer, p.42.

<sup>1779</sup> Si tratta dell'unica convenzione multilaterale adottata sulla base dell'art.293 TCE che aveva come obiettivo quello di eliminare la doppia imposizione economica derivante dalle rettifiche dei prezzi di trasferimento fra Stati membri. Secondo la dottrina, la Convenzione non fu uno strumento in grado di incidere significativamente sul funzionamento dell'ordinamento tributario a causa del suo scarso impiego da parte degli Stati. V. Boria P., Diritto tributario europeo, Milano, 2017, p. 110.

<sup>1780</sup> Sulle eventuali ragioni dell'eliminazione della disposizione, la letteratura è ampia. A titolo non esaustivo, cfr. Kemmeren E.C.C.M., The CJEU and the internal market taxation, in Haslechner W., Kofler G., Rust A., EU Tax Law and Policy in the 21st Century: Traditional and Innovative Trial Practice in a Changing World, Kluwer Law International, 2016, §1.05; Kemmeren E.C.C.M., After repeal of Art. 293 EC Treaty under the Lisbon Treaty: The EU objective of eliminating double taxation can be applied more widely, in EC Tax Review. 2008, n.4/2008 p.156 ss.; Lehner M., EC Law and the Competence to Abolish Double Taxation, in Gassner W., Lang M. and Lechner E. (eds), Tax Treaties and EC Law, Kluwer 1996, p. 2-3 e bibliografia ivi citata alle note 5 e 12; Lehner M., A significant omission in the Constitution of Europe?, in BTR, n. 4/2005, p. 337-339; Hinnekens L., The Uneasy Case and Fate of Article 293 Second Indent EC, in Intertax, n. 11/2009, p.605; Terra B.J.M., Wattèl P.J., European Tax Law, Kluwer Law International, 2012, p.20 il quale parla di «*the mysterious vanishing of art. 293 of the EC Treaty*».

<sup>1781</sup> Kofler G., Eu power to tax: competences in the area of direct taxation, in HJI Panayi C., Haslechner W., Traversa E., Research Handbook on European Union Taxation Law, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 12-13

<sup>1782</sup> «Tax sovereignty is one of the fundamental components of national sovereignty, and at present all the Member States set great store by the inviolability of national sovereignty. It is important here to remember that one of the fundamental prerogatives of national parliaments is the right to vote taxes», cfr. COM(80) 139 final, par.5

<sup>1783</sup> Secondo la dottrina, problemi connessi alla legittimazione dell'azione dell'UE in materia di fiscalità diretta sono stati ormai da tempo ampliamenti superati. V. Melis, Coordinamento fiscale nell'Unione Europea, in Enc. del dir., p. 394.

Senza eccezioni, tutte le direttive in materia di fiscalità diretta sono state adottate sulla base dell'art. 115 TFUE<sup>1784</sup>.

Va rilevato tuttavia l'approccio del tutto diverso che l'impegno del medesimo strumento della direttiva ottiene in base all'art. 115 TFUE a seconda che si tratti di imposte dirette o indirette: nell'ambito delle imposte indirette armonizzate, le direttive disciplinano l'intera struttura dell'imposta, mentre in quello delle imposte dirette si limitano a prevedere il funzionamento generale di determinati istituti, modificando le parti dei sistemi normativi nazionali incompatibili con la realizzazione del mercato interno<sup>1785</sup> e lasciando agli Stati la definizione dei caratteri di dettaglio per l'applicazione della nuova disciplina introdotta.

Secondo la dottrina, nell'ambito dell'art. 115, lo scopo ampio e sostanziale della norma<sup>1786</sup> è controbilanciata da regole procedurali come la proposta della Commissione (art.17(2)TUE), il parere obbligatorio ma non vincolante del Parlamento e del Comitato economico e sociale e l'unanimità del Consiglio<sup>1787</sup>. Quest'ultima, se per un verso costituisce una evidente riserva di sovranità per la potestà tributaria degli Stati, per altro verso attribuisce di fatto a ciascuno dei ventisette Stati un potere di veto che per molto tempo ha paralizzato l'azione dell'Unione in materia di fiscalità diretta e rischia di frenarla pericolosamente anche per gli anni a venire<sup>1788</sup>. Diversamente da altre disposizioni inoltre, l'art.115 prevede nella direttiva un esplicito vincolo strumentale: questa, non esplicando normalmente effetti automatici e necessitando di un atto di

---

<sup>1784</sup> C-374/04 ACT Conclusioni AG punto 32 e nota 33

<sup>1785</sup> Cfr. Selicato P., Herrera M., Pedro M.G., Il concetto di tributo nel diritto comunitario [Relazione alla Conferenza Annuale dell'EATLP (European Association of Tax Law Professors), Caserta, 26 maggio 2005], in RDTI, n.2/2007, p. 126.

<sup>1786</sup> C-122/15 conclsioni AG Kokott punto 44.

<sup>1787</sup> Al contrario l'art. 114 prevede una competenza al ravvicinamento a maggioranza ma esclude espressamente la materia fiscale.

<sup>1788</sup> Questo profilo è attualmente al centro di un dibattito molto acceso in dottrina e riceve un forte impulso della Commissione. Molti tentativi della Commissione in materia sono falliti, v. per esempio COM(2003)548 "*Communication from the commission a constitution for the Union, Opinion of the Commission, pursuant to Article 48 of the Treaty on European Union, on the Conference of representatives of the Member States' governments convened to revise the Treaties*", punti 8-9. Più recentemente, nel COM(2019)8 p. 4 la Commissione ha riproposto la discussione sostenendo, come alternativa all'unanimità, l'impiego a normativa invariata della cooperazione rafforzata dell'art. 20 TUE in comb. con l'art. 326-328 TFUE per l'adozione di una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB). Sul punto v. anche COM(2004) 29, Delivering Lisbon, p.23.

La dottrina identifica il criterio dell'unanimità in realtà come un potere di veto sulla fiscalità diretta considerandola uno dei fattori chiave che impediscono l'armonizzazione dell'imposizione diretta all'interno dell'Unione, cfr. per es. Graetz M.J., Warren A.C., Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe, Yale Law Journal, n.6/2006, p.1190-1191; Tracy A. Kaye, Direct Taxation in the European Union: From Maastricht to Lisbon, in Fordham International Law Journal, n.5/2012, p.1232.

recepimento nazionale, meglio risponde all'imprescindibile esigenza di legittimazione democratica nell'esercizio della potestà impositiva degli Stati<sup>1789</sup>.

Nell'esame dei presupposti<sup>1790</sup>, l'adozione delle direttive di ravvicinamento in base all'art.115 TFUE deve puntare al miglioramento delle condizioni per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. A tal fine è necessario che le disparità fra i sistemi impositivi nazionali ostacolino concretamente le libertà fondamentali ed abbiano un effetto diretto sul funzionamento del mercato interno<sup>1791</sup> oppure che producano significative distorsioni della concorrenza, specialmente mediante una diversa allocazione delle attività economiche<sup>1792</sup>. Secondo costante giurisprudenza, inoltre l'impiego dell'art. 115 è ammesso anche in funzione preventiva rispetto all'insorgenza di ostacoli derivanti da un eterogeneo sviluppo delle legislazioni<sup>1793</sup>.

---

<sup>1789</sup> Sull'attitudine della direttiva approvata all'unicità a tutelare il principio *no taxation without representation* v. Roccagliata F., Diritto tributario comunitario, in V. Uckmar (coordinato da), Diritto tributario internazionale, 2005, p.1203 ss. p. 1210;

<sup>1790</sup> Kofler G., Eu power to tax: competences in the area of direct taxation, in HJI Panayi C., Haslehner W., Traversa E., Research Handbook on European Union Taxation Law, Edward Elgar Publishing, 2020, p.20-21

<sup>1791</sup> La Commissione europea, in occasione della recente proposta di Direttiva DAC 6, nel discutere la base giuridica di tale misura afferma: «L'articolo 115 (TFUE) costituisce la base giuridica per le iniziative legislative nel settore dell'imposizione diretta. Nonostante non si riferisca esplicitamente all'imposizione diretta, l'articolo 115 rimanda alle direttive sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali in quanto queste ultime incidono in modo diretto sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno. Affinché tale condizione sia soddisfatta, è necessario che la legislazione dell'UE proposta nel settore dell'imposizione diretta miri a correggere le incongruenze esistenti nel funzionamento del mercato interno. In molti casi ciò comporterebbe che le misure dell'UE affrontino esclusivamente le situazioni transfrontaliere». Cfr. COM(2017)335 final, p.6.

<sup>1792</sup> Sul punto cfr. Schrauwen A., Sources of EU law for integration in taxation, in Weber D., Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration: Primary Law, Secondary Law, Soft Law, Coordination, Comitology and Their Relationship, p. 19-20; Kofler G., Eu power to tax: competences in the area of direct taxation, in HJI Panayi C., Haslehner W., Traversa E., Research Handbook on European Union Taxation Law, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 20 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>1793</sup> Appare emblematico a riguardo quanto affermato dalla CGUE nel caso C-58/08 Vodafone Ltd, p.32-33: «Secondo costante giurisprudenza, le misure previste dall'art. 95, n. 1, CE, devono essere effettivamente volte a migliorare le condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno [sentenze 10 dicembre 2002, causa C-491/01, British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, Racc. pag. I-11453, punto 60, nonché 2 maggio 2006, causa C-217/04, Regno Unito/Parlamento e Consiglio, Racc. pag. I-3771, punto 42]. Se la semplice constatazione di disparità tra le normative nazionali e del rischio astratto di ostacoli alle libertà fondamentali o di distorsioni della concorrenza che potrebbero derivare non fosse sufficiente per giustificare la scelta dell'art. 95 CE come fondamento normativo, il legislatore comunitario potrebbe ricorrervi, segnatamente, in caso di divergenze tra le normative nazionali qualora queste siano tali da costituire ostacolo alle libertà fondamentali ed incidere, in tal modo, direttamente sul funzionamento del mercato interno (sentenza 12 dicembre 2006, causa C-380/03, Germania/Parlamento e Consiglio, Racc. pag. I-11573, punto 37, nonché la giurisprudenza ivi citata) ovvero a creare sensibili distorsioni della concorrenza (sentenza 5 ottobre 2000, causa C-376/98, Germania/Parlamento e Consiglio, Racc. pag. I-8419, punti 84 e 106).

Il ricorso a tale disposizione è parimenti possibile al fine di prevenire l'insorgere di ostacoli di tal genere dovuti allo sviluppo eterogeneo delle legislazioni nazionali. Tuttavia, il loro insorgere deve apparire probabile e la misura di cui trattasi deve avere ad oggetto la loro prevenzione (sentenze 12 dicembre 2006, Germania/Parlamento e Consiglio, cit. supra, punto 38 e giurisprudenza citata, nonché 10 febbraio 2009, causa C-301/06, Irlanda/Parlamento e Consiglio, Racc. pag. I-593, punto 64; v. anche, in tal senso, sentenza Regno Unito/Parlamento e Consiglio, cit. supra, punti 60-64)».

Dall'analisi dei presupposti dell'art. 115 TFUE, è difficile valutare in anticipo la compatibilità del suo impiego con le traiettorie dell'armonizzazione europea in materia di fiscalità diretta.

Dato che la semplice esistenza di disparità e divergenze nell'imposizione fiscale non sono sufficienti ad innescare l'intervento normativo dell'Unione, l'armonizzazione completa dell'imposizione diretta non sembra uno scenario possibile<sup>1794</sup> e tantomeno auspicabile<sup>1795</sup>.

L'intervento dell'Unione in alcune specifiche materie della fiscalità diretta delle società (come le fusioni<sup>1796</sup>, le distribuzioni di dividendi<sup>1797</sup> e i pagamenti di interessi e canoni cross-border<sup>1798</sup>) è stato tuttavia ritenuto ampiamente compatibile con i presupposti dell'art.115 TFUE in quanto mirato a definire condizioni pari a quelle di un mercato interno, a rimuovere gli ostacoli le restrizioni e le distorsioni fiscali derivanti dalle legislazioni nazionali, ad incrementare l'efficienza e la neutralità fiscale del mercato interno e in definitiva a creare uno standard minimo di protezione per i contribuenti.

L'armonizzazione dell'imposizione dei redditi personali è invece considerata non necessaria<sup>1799</sup> e quindi sembra radicalmente esclusa<sup>1800</sup>.

---

<sup>1794</sup> Cfr. Helminen M., EU Tax Law: Direct Taxation, IBFD, 2011, p. 19

<sup>1795</sup> V. Lang J., I presupposti costituzionali dell'armonizzazione del diritto tributario in Europa, in Amatucci F. (a cura di), Trattato di diritto tributario. Annuario, Padova, 2001, p. 456.

<sup>1796</sup> «Le fusioni, le scissioni, le scissioni parziali, i conferimenti d'attivo e gli scambi d'azioni che interessano società di Stati membri diversi possono essere necessari per porre in essere nella Comunità condizioni analoghe a quelle di un mercato interno e per garantire in tal modo il buon funzionamento di tale mercato interno. Tali operazioni non dovrebbero essere intralciate da restrizioni, svantaggi e distorsioni particolari derivanti, in particolare, dalle disposizioni fiscali degli Stati membri. È opportuno quindi prevedere per queste operazioni regole fiscali neutre nei riguardi della concorrenza, per consentire alle imprese di adeguarsi alle esigenze del mercato interno, di migliorare la loro produttività e di rafforzare la loro posizione competitiva sul piano internazionale». Cfr. Direttiva 2009/133/CE, preambolo (2)(oggi rifiuta nella Direttiva (UE) 2017/1132

<sup>1797</sup> Analogamente la direttiva M/F si dichiara volta ad agevolare i gruppi di società di Stati membri diversi nel creare nell'Unione «condizioni analoghe a quelle di un mercato interno» e prevedendo per questi «norme fiscali che siano neutre nei riguardi della concorrenza al fine di permettere alle imprese di adeguarsi alle esigenze del mercato interno, di accrescere la loro produttività e di rafforzare la loro posizione concorrenziale sul piano internazionale»; cfr. DIRETTIVA 2011/96/UE DEL CONSIGLIO, preambolo, (4).

<sup>1798</sup> «In un mercato unico avente le caratteristiche di un mercato interno le operazioni tra società di Stati membri diversi non dovrebbero essere assoggettate ad un trattamento fiscale meno favorevole di quello applicabile alle medesime operazioni effettuate tra società dello stesso Stato membro». Cfr. Direttiva 2003/49/CE del Consiglio, preambolo, (1).

<sup>1799</sup> Secondo Lang J., I presupposti costituzionali dell'armonizzazione del diritto tributario in Europa, in Amatucci F. (a cura di), Trattato di diritto tributario. Annuario, Padova, 2001, p. 443 ss., in part. 456 e 463 la fiscalità diretta personale non è armonizzabile poiché in tale settore l'effetto della traslazione delle imposte è minimo. La configurazione del mercato interno come zona di neutralità fiscale, porta l'A. a discutere il rapporto fra capacità contributiva e forma giuridica dell'investimento, con particolare riferimento agli investimenti in società di capitale attratte al regime armonizzato delle società e agli investimenti in società di persone attratte al regime fiscale non armonizzato delle società di persone.

<sup>1800</sup> Kofler G., Eu power to tax: competences in the area of direct taxation, in HJI Panayi C., Haslechner W., Traversa E., Research Handbook on European Union Taxation Law, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 12

Alcune aree, come la tassazione dei premi assicurativi<sup>1801</sup> e delle pensioni<sup>1802</sup>, siano stati individuati come suscettibili di armonizzazione.

La Commissione europea inoltre sollecita da tempo l'adozione di iniziative di armonizzazione nell'area delle Convenzioni contro le doppie imposizioni<sup>1803</sup>.

Altri settori ancora possono dirsi invece attualmente in pieno corso di armonizzazione. Gli sviluppi recenti hanno dimostrato l'idoneità dell'art.115 a costituire la base per l'armonizzazione di almeno due importanti aree della fiscalità diretta: la cooperazione amministrativa per lo scambio di informazioni fiscalmente rilevanti e il contrasto all'aggressive tax planning.

Nell'ambito della cooperazione amministrativa, l'art.115 è stato inizialmente motivato dal pericolo che l'evasione avrebbe rappresentato per le finanze degli Stati e per le distorsioni che avrebbe comportato agli investimenti e quindi al funzionamento del mercato interno. In tale occasione, emerse inoltre, in ottica di subsidiarietà, la maggiore efficacia di un intervento comunitario rispetto a quello dei singoli Stati, incapaci di fare fronte anche mediante accordi bilaterali ad un fenomeno che presentava invece caratteri multinazionali<sup>1804</sup>. Con l'evolversi degli strumenti e delle procedure di cooperazione, analoghe ma più sofisticate motivazioni<sup>1805</sup> hanno supportato l'impiego dell'art. 115 come base giuridica per l'adozione delle cd DAC (*Directive*

---

<sup>1801</sup> C-204/90 Bachmann, punto 26.

<sup>1802</sup> C-122/15 conclusioni dell'AG Kokott par.46

<sup>1803</sup> V. il documento (05) 2306 della Commissione Europea, EC Law and Tax Treaties, TAXUD E1/FR.

<sup>1804</sup> «(...) la pratica della frode e dell'evasione fiscale al di là dei confini degli Stati membri conduce a perdite di bilancio e all'inosservanza del principio della giustizia fiscale e può provocare distorsioni dei movimenti di capitali e delle condizioni di concorrenza, pregiudicando quindi il funzionamento del mercato comune; (...) dato il carattere internazionale del problema, le misure nazionali sono insufficienti, in quanto i loro effetti non si estendono al di là dei confini di uno Stato e che anche la collaborazione fra amministrazioni, in base ad accordi bilaterali, è inadeguata a far fronte alle nuove forme di frode e di evasione fiscale, che hanno sempre più un carattere multinazionale». Cfr. Direttiva 77/799/CEE, preambolo e Risoluzione del Consiglio, del 10 febbraio 1975.

<sup>1805</sup> «La mancanza di trasparenza facilita le attività di alcuni intermediari coinvolti nella promozione e nella vendita di meccanismi di pianificazione fiscale aggressiva con implicazioni transfrontaliere. Di conseguenza gli Stati membri risentono del trasferimento degli utili, che sarebbero altrimenti generati e imponibili nel loro territorio, verso giurisdizioni a bassa tassazione e spesso subiscono un'erosione delle loro basi imponibili. Inoltre, una tale situazione dà luogo a condizioni di concorrenza fiscale sleale nei confronti delle imprese che rifiutano di intraprendere tali attività illegittime. Il risultato ultimo è la distorsione del funzionamento del mercato interno. Ne consegue che una tale situazione può essere affrontata soltanto attraverso un approccio uniforme volto a migliorare il funzionamento del mercato interno, come stabilito all'articolo 115 del TFUE.». Cfr. COM(2017)335 final, p.6.

«Per gli Stati membri risulta sempre più difficile proteggere le basi imponibili nazionali dall'erosione poiché le strutture di pianificazione fiscale hanno subito un'evoluzione diventando particolarmente sofisticate e spesso traggono vantaggio dall'accresciuta mobilità di capitali e di persone nel mercato interno. Tali strutture consistono generalmente in meccanismi che si sviluppano tra varie giurisdizioni e trasferiscono gli utili imponibili verso regimi tributari favorevoli o hanno come effetto quello di ridurre le imposte esigibili nei confronti dei contribuenti. Questo determina spesso riduzioni considerevoli del gettito fiscale degli Stati membri e impedisce loro di applicare politiche fiscali favorevoli alla crescita. È pertanto fondamentale che le autorità fiscali degli Stati membri ottengano informazioni complete e pertinenti riguardo a meccanismi fiscali potenzialmente aggressivi (...).» Direttiva (UE) 2018/822, considerando (2).

*Administrative Cooperation*)<sup>1806</sup> la cui evoluzione<sup>1807</sup> ha seguito progressivamente il passo dell'azione mirata al contrasto all'elusione fiscale internazionale e all'aggressive tax planning.

---

<sup>1806</sup> Emblematico appare quanto affermato nel preambolo (1-3) della direttiva 2011/16/UE (DAC 1): «Nell'era della globalizzazione la necessità per gli Stati membri di prestarsi assistenza reciproca nel settore della fiscalità si fa sempre più pressante. La mobilità dei contribuenti, il numero di operazioni transfrontaliere e l'internazionalizzazione degli strumenti finanziari conoscono un'evoluzione considerevole, che rende difficile per gli Stati membri accertare correttamente l'entità delle imposte dovute. Questa difficoltà crescente si ripercuote negativamente sul funzionamento dei sistemi fiscali e dà luogo alla doppia tassazione, la quale di per sé induce alla frode e all'evasione fiscale, mentre i poteri di controllo restano a livello nazionale. Ne risulta pertanto minacciato il funzionamento del mercato interno.

(2) Per questo motivo uno Stato membro non può gestire il proprio sistema fiscale interno, soprattutto per quanto riguarda la fiscalità diretta, senza ricevere informazioni da altri Stati membri. Per ovviare agli effetti negativi di questo fenomeno è indispensabile mettere a punto una nuova cooperazione amministrativa fra le amministrazioni fiscali dei diversi Stati membri. È necessario disporre di strumenti atti a instaurare la fiducia fra gli Stati membri mediante l'istituzione delle stesse norme e degli stessi obblighi e diritti per tutti gli Stati membri.

(3) È opportuno pertanto adottare un approccio totalmente nuovo elaborando un nuovo testo che conferisca agli Stati membri la competenza necessaria per cooperare in modo efficace a livello internazionale al fine di ovviare agli effetti negativi sul mercato interno di una globalizzazione in continua espansione».

<sup>1807</sup> La direttiva 2011/16/UE “Cooperazione amministrativa nel settore fiscale, scambio automatico di informazioni dai periodi d'imposta dal 1° gennaio 2014” abroga la Direttiva 77/799/CEE. È detta anche DAC 1 o anche “direttiva madre” in quanto ad essa seguirono altre direttive di modifica:

- la direttiva 2014/107/UE “modifiche alla direttiva 2011/16/UE Amplia le categorie di reddito oggetto di scambio automatico, obbligo di trasmettere informazioni, per i periodi d'imposta a decorrere dal 1 gennaio 2016, per quanto concerne i Conti Bancari” (cd DAC 2), ed è recepita in Italia dal Decreto del 28 dicembre 2015, seguito da numerose modifiche;
- la direttiva 2015/2376/UE “modifiche alla direttiva 2011/16/UE Estende lo scambio automatico obbligatorio di informazioni ai ruling preventivi transfrontalieri e agli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento” (cd DAC 3), recepita in Italia dal D. Lgs. 15 marzo 2017, n. 32;
- la direttiva 2016/881/UE recante “modifiche alla direttiva 2011/16/UE Scambio automatico obbligatorio di informazioni in materia di rendicontazione Paese per Paese” (cd DAC 4), recepita in Italia dalla L...208/2015, art. 1 c.145 e 146 e dal D.M. 23/02/2017;
- la direttiva 2016/2258/UE “modifiche alla direttiva 2011/16/UE Accesso da parte delle autorità fiscali alle informazioni in materia di antiriciclaggio” (cd DAC 5), recepita in Italia dalla L.n.163/2017 e dal D.Lgs. n.60/2018;
- la direttiva 2018/822/UE “modifiche alla direttiva 2011/16/UE Scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica” (cd DAC 6). La dir. (UE) 2020/876 ha disposto il differimento degli effetti della DAC 6 in considerazione della grave emergenza provocata dalla pandemia Covid-19. A tutt'oggi, la DAC 6 non è ancora recepita in Italia, come anche in altri Paesi UE: lo schema di decreto legislativo di recepimento (Atto n. 152) non ha ancora concluso il suo iter normativo, sebbene il termine di recepimento fosse fissato il 31 dicembre 2019 e la Commissione europea abbia avviato la procedura di infrazione n. 2020/0065.

Per i profili di dettaglio tecnico si rinvia a Baroni G., *Prime osservazioni sullo "schema" di decreto legislativo di recepimento della cd DAC 6*, in RTDT supplemento online, consultabile presso <http://www.rivistadirittributario.it/2020/02/24/prime-osservazioni-sullo-schema-decreto-legislativo-recepimento-della-c-d-dac-6/>. Per i profili innovativi dell'obbligo di notifica degli schemi di pianificazione v. inoltre Assonime, Consultazioni 9/2018 - Risposta alla consultazione pubblica sullo schema di decreto legislativo attuativo della c.d. DAC 6, consultabile presso [http://www.assonime.it/\\_layouts/15/Assonime.CustomAction/GetPdfToUrl.aspx?PathPdf=http://www.assonime.it/attivi-taeditoriale/interventi/Documens/consultazioni%209-2018.pdf](http://www.assonime.it/_layouts/15/Assonime.CustomAction/GetPdfToUrl.aspx?PathPdf=http://www.assonime.it/attivi-taeditoriale/interventi/Documens/consultazioni%209-2018.pdf); Senato della Repubblica-Camera dei Deputati, Scambio automatico di informazioni nel settore fiscale sui meccanismi transfrontalieri con obbligo di notifica, Atto del Governo 152 consultabile presso <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01142579.pdf> (accesso 3 agosto 2020).

È su quest'ultimo fronte, quello dell'Aggressive Tax Planning<sup>1808</sup>, che l'impiego dell'art. 115 come base giuridica per l'adozione di misure armonizzate ha sollevato invece le maggiori perplessità. La funzione di prevenzione degli ostacoli al mercato spiega le recenti direttive ATAD I e II<sup>1809</sup> mirate a ravvicinare le reazioni domestiche degli Stati rispetto al dilagante fenomeno elusivo internazionale o la proposta di misure fiscali comuni connesse all'economia digitale (come la presenza fiscale digitale o l'imposizione sui servizi digitali).

La dottrina tuttavia registra una discreta massa di opinioni concordi sui taluni profili di incompatibilità delle disposizioni ATAD sia con le basi giuridiche dell'art. 115, sia con le libertà del Trattato<sup>1810</sup>.

#### **4.4 INTEGRAZIONE POSITIVA DELL'IMPOSIZIONE DIRETTA: IL TENTATIVO DI UNA RICOSTRUZIONE "PARTNERSHIP ORIENTED"**

Contestualizzare la figura delle partnership nella politica fiscale dell'Unione richiede di ricostruire la strategia dell'Unione in tema di fiscalità d'impresa.

Il punto di partenza di questa discussione è dato da fatto che la tassazione delle partnership appartiene logicamente all'area della fiscalità delle imprese non societarie mentre è storia nota come l'armonizzazione della fiscalità diretta riguardi prevalentemente la tassazione dei redditi delle imprese societarie.

---

<sup>1808</sup> Per un esame complessivo dell'Aggressive Tax Planning Package: v. Pistone P., Weber D., The Implementation of Anti-BEPS rules in the EU: A Comprehensive Study, IBFD, 2018; Cerioni L., Corporate tax harmonisation – Stage II: Coordination to fight tax avoidance and harmful tax competition, in Panayi C. HJI, Haslehner W., Traversa E., (a cura di), Research Handbook on European Union Taxation Law, Edward Elgar Publishing, 2020, p.294 ss.; Haslehner W., Pantazatou K., Kofler G., Rust A., A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive, Edward Elgar Publishing, 2020.

Per un inquadramento del fenomeno dell'Aggressive Tax Planning e la distinzione con i fenomeni elusivi ed evasivi, si rinvia a Panayi HJI C., Advanced Issues in International and European Tax Law Bloomsbury Publishing, 3 dic 2015, in part. p.4-45; Martínez Laguna F.D., Abuse and Aggressive Tax Planning: Between OECD and EU Initiatives – The Dividing Line between Intended and Unintended Double Non- Taxation, in WTJ, May/2017, p.189.

<sup>1809</sup> ATAD (Anti Tax Avoidance Directives) è l'acronimo impiegato per indicare le Direttive del Consiglio 2016/1164/UE e la 2017/952/UE adottate nel contesto di un pacchetto antielusione (Anti Tax Avoidance Package) varato dalla Commissione europea per introdurre negli Stati UE un insieme di misure di contrasto alle pratiche di elusione fiscale e di pianificazione fiscale aggressiva.

<sup>1810</sup> La competenza dell'art.115 è intesa come base per supportare il contrasto all'evasione all'elusione e all'aggressive tax planning. Secondo la dottrina questa prospettiva di armonizzazione non è semplice espressione di cooperazione amministrativa, ma getta il paradigma dell'armonizzazione in una nuova dimensione: non più finalizzata ad interventi su settori puntuali e frammentari ma mirata a irrobustire il sistema complessivo del mercato interno contro le pratiche fiscali aggressive ciò ha comportato per esempio il contrasto ai disallineamenti da ibridi, uno standard minimo di regole antiabuso nella direttiva M/F. Kofler G., Eu power to tax: competences in the area of direct taxation, in HJI Panayi C., Haslehner W., Traversa E., Research Handbook on European Union Taxation Law, Edward Elgar Publishing, 2020, p.22

Ciò tuttavia non la mette al riparo da profili di criticità relativi al fatto che l'applicazione delle disposizioni ATAD per esempio in talune circostanze obbligano la tassazione quando questa non è generalmente prevista dal sistema fiscale degli Stati. In taluni casi inoltre le norme ATAD non assicurano il pericolo di approcci unilaterali degli Stati, quindi doppia imposizione e ulteriore frammentazione del mercato interno. Cfr. Régil P.B., BEPS Actions 2, 3 and 4 and the Fundamental Freedoms: Is There a Way Out?, in ET, n.6/2016, p.230 ss.

Di conseguenza, circoscrivere lo spazio occupato dalla fiscalità diretta delle partnership nell'ambito del diritto UE significa per lo più ricercare le ragioni della sua esclusione dall'armonizzazione della tassazione societaria e contestualmente ricercare le ragioni per le quali l'armonizzazione della tassazione dei redditi delle imprese non societarie non si sia sviluppata di pari passo.

La ricostruzione dell'imposizione diretta dei redditi delle partnership nel diritto dell'Unione si consuma pertanto all'interno di questa vicenda.

Questo paragrafo intende dare una collocazione logica alla fiscalità diretta delle partnership rispetto alla strategia adottata dall'Unione in tema di fiscalità d'impresa. Un tale obiettivo tuttavia non obbliga ad una nuova ricostruzione storica del processo di armonizzazione dell'imposizione diretta né ad un nuovo esame del diritto positivo<sup>1811</sup>. L'operazione che intendiamo effettuare vuole andare oltre il singolo dato storico e il singolo dato positivo ed integrare il risultato di entrambe per verificare quale spazio logico occupa il tema della tassazione delle partnership nella fiscalità diretta armonizzata.

Il ricorso, seppur sintetico, al dato storico sembra quindi utile solo per intercettare gli impulsi prevalenti e le ragioni che, nelle varie fasi di costruzione dell'impianto comunitario, hanno contribuito a formare la *ratio excludendi* delle partnership in ragione della loro naturale afferenza all'area dell'imposizione personale. Si proverà infine a dare conto anche del tentativo di includere la fiscalità delle partnership nella strategia di armonizzazione della fiscalità diretta delle imprese non societarie, in particolare delle PMI (piccole e medie imprese) e dell'esito che tale tentativo ha avuto. Questo primo risultato dovrebbe indicare il "limite inferiore" di questa ricostruzione.

Il ricorso al dato positivo invece e l'analisi di talune disposizioni sembra invece utile ad individuare quei rari profili della vigente legislazione europea che includono le partnership, definendo così il "limite superiore" della ricostruzione.

La composizione dei due risultati intende così individuare lo spazio logico occupato dalle partnership nel contesto della fiscalità diretta armonizzata dell'Unione.

---

<sup>1811</sup> L'esito atteso di tali operazioni sarebbe infatti piuttosto prevedibile. Senza contare che la letteratura offre già un quadro molto ricco di contributi dottrinari che danno la misura di quanto lungo, travagliato e accidentato sia stato questo percorso. Analogamente, un meticoloso esame delle disposizioni contenute nelle direttive in materia di fiscalità diretta, oltre che ripetere una strada già percorsa in dottrina, non condurrebbe ad esito diverso da quello della ricostruzione storica: vale a dire la ferma e decisa convinzione dell'Unione di non spingere l'armonizzazione dell'imposizione diretta oltre la frontiera della fiscalità societaria.



#### **4.4.1 Le partnerships nella strategia europea sulla fiscalità d'impresa: analisi dei report e delle proposte della Commissione europea.**

Il tentativo di dare una collocazione sistemica alla fiscalità delle partnership nell'ambito della politica fiscale dell'Unione richiede prima di tutto di definire il quadro diacronico delle strategie europee in tema di fiscalità diretta e il loro diverso sviluppo nel ramo dell'impresa societaria e in quello delle imprese non societarie.

Nell'ambito di questo lavoro riteniamo quindi utile discutere brevemente non solo se e come la tassazione delle partnership entra in generale nelle proposte della Commissione sulla fiscalità delle imprese e soprattutto le conclusioni tratte a tale riguardo dai diversi studi tecnici che ne hanno ispirato la strategia.

Nello corso dell'analisi la fiscalità delle PMI (piccole e medie imprese) assume un certo rilievo solo dopo aver accertato che, nella prospettiva UE, le partnership in quanto non soggette all'imposta domestica sulle società, sono escluse di diritto dalla fiscalità societaria.

In particolare, ci sembra rilevante verificare se all'esclusione dalla dimensione societaria della fiscalità corrisponda un'inclusione nell'area contigua della fiscalità delle imprese non societarie; oppure se l'esclusione anche da queste condanni la fiscalità delle partnership a un isolamento completo rispetto all'armonizzazione della fiscalità d'impresa. In tal caso, occorre ricercare le ragioni tecniche di questa scelta e la loro conformità con il paradigma europeo che aspira ad un unico mercato interno senza barriere fiscali.

##### **4.4.1.1 Gli anni 60-80 e l'obiettivo dell'armonizzazione completa: una strategia europea a tutto campo sulla fiscalità dei redditi d'impresa**

Il rapporto Neumark del 1962 indica nella coesistenza di diversi metodi di imposizione sugli utili societari<sup>1812</sup> un serio ostacolo all'istituzione del mercato interno. In particolare, il rapporto segnala che, sebbene nella gran parte degli Stati CEE la netta separazione fra imposta sulle società e imposta personale sui redditi facilitasse l'armonizzazione della tassazione societaria, le macroscopiche differenze nella struttura dualista o unitaria dei sistemi di prelievo allora vigenti sugli utili societari provocavano trattamenti discriminatori e restrizioni alla libertà di circolazione e di stabilimento per le imprese multinazionali. Nel proporre delle soluzioni orientate ad armonizzare la tassazione del reddito delle imprese mediante l'introduzione di modelli

---

<sup>1812</sup> Communauté économique européenne, Rapport du Comité fiscal et financier, 1962, p. 37

a due livelli o *split rate* dei dividendi distribuiti e non, e l'armonizzazione di qualsiasi imposta concernente i movimenti di capitale<sup>1813</sup>, il report non si occupa di esaminare la tassazione delle imprese non societarie.

Nell'ambito del rapporto Segrè<sup>1814</sup> del 1966 il concetto di "trasparenza fiscale" individua una condizione imprescindibile per garantire la neutralità fiscale degli investimenti di capitale effettuati nel mercato unico attraverso intermediari qualificati. In questo senso, la trasparenza fiscale non si identifica in un regime di tassazione degli utili di impresa, ma in una situazione di ottimalità economica in cui gli investimenti di capitale effettuati da una persona per il tramite di un intermediario finanziario ricevono il medesimo trattamento fiscale degli investimenti finanziari diretti<sup>1815</sup>. Nonostante la distanza fra i due piani concettuali (tassazione degli utili di impresa e degli investimenti finanziari)<sup>1816</sup>, la trasparenza fiscale è dunque invocata come condizione imprescindibile<sup>1817</sup> per evitare la penalizzazione degli investimenti internazionali nel mercato dei capitali<sup>1818</sup>.

---

<sup>1813</sup> Badriotti A., Armonizzazione dell'imposta sulle società nell'Unione Europea, CSF papers, novembre 2007, cit., p. 11

<sup>1814</sup> Report of a Group of Experts Appointed by the EEC Commission, The Development of a European Capital Market, Brussels, 1966 (Segre report).

<sup>1815</sup> «On the domestic plane, the aim should be that investment income transmitted through these companies should enjoy the same fiscal treatment as if it had been directly paid to the individual investor. Once tax transparency on these lines was assured within each member country, partial harmonization of the fiscal treatment of institutions engaged in the collective management of savings in the Community would be an accomplished fact. However complete harmonization would also require alignment of the systems of taxing operations in securities». Segre report, p.208

<sup>1816</sup> «Administration of savings by intermediaries may take a large number of forms. At the extreme end of the range, there are institutions which can hardly be considered pure intermediaries because their object is to acquire participations giving them a virtual controlling interest in the concerns. It would appear desirable to deal with them too, because the problem of "fiscal transparency" arises there as well. However, it is not part of the Group's task to examine here the question of relations between parent companies and subsidiaries, despite the similarity of the taxation problems they present; in this case it is a question of taxation of working capital not investment capital, the only kind considered for the purposes of this report». Segre report, p.305

<sup>1817</sup> «1) The Group therefore recommends: a) With regard to investment companies: (...) iii) The achievement of complete tax transparency, both at domestic and at international level, in order to prevent income passing through these companies from being penalized». Cfr. Segre report, p.216

«35. For the purposes of the development of an efficient European capital market another requirement arises in respect of investments made by financial intermediaries who may pass the income on direct to individuals or to other institutions. Certain arrangements are necessary to ensure "fiscal transparency", i.e, arrangements under which investment income passed on in this way reaches the beneficiaries as though they had made the investment direct, in such a way as to avoid penalizing, from the tax point of view, persons who prefer to have their savings administered by expert intermediaries. Any such arrangement must preclude the imposition of additional tax on the investment income in the hands of the intermediary and must also permit the ultimate beneficiary to set against other income tax liability any retention at source which has not already been refunded or allowed to the intermediary. (...)

43. If investments through intermediaries are to play their proper part in the development of the European capital market, it is essential that the obstacles to "fiscal transparency", in those countries where the present arrangements apply to certain investment categories only, should be removed for the other categories as well. It is also necessary for the income of investment companies - open-end and closed-end - to be accorded the same fiscal treatment wherever the beneficiary resides in the Community». Cfr. Segre report, p.305 e 309

<sup>1818</sup> Un tale risultato è oggi ottenuto in Italia grazie agli orientamenti di prassi fiscale in tema di ritenute in uscita sui dividendi distribuiti a fondi trasparenti esteri di investimento, la cd trasparenza fiscale-finanziaria.

Al rapporto Segre, seguì la Comunicazione 1967, con la quale la Commissione inaugurò la sua funzione propositiva nella materia delle imposte dirette<sup>1819</sup> puntando ad un obiettivo di vasta portata: l'armonizzazione completa del settore dell'imposizione diretta. In tale epico memorandum, considerato dalla dottrina uno dei piani di riforma della fiscalità più completi e ambiziosi mai elaborati dalla Comunità<sup>1820</sup>, la fiscalità delle partnership non emerge distintamente ma resta confusa nel più ampio quadro della strategia generale che puntava su due macro-obiettivi fondamentali, il ravvicinamento della fiscalità delle imprese che operano nel mercato interno e dei gruppi di imprese multinazionali<sup>1821</sup>.

Nel 1968, la riconfigurazione di tali obiettivi da parte del Consiglio in un'azione a breve e lungo termine contribuì a concentrare l'attenzione immediata della Commissione sugli ostacoli fiscali ai movimenti internazionali dei capitali e sulla concentrazione delle imprese lasciando come obiettivo a lungo termine il progetto di dare un sufficiente grado di uniformità alla tassazione degli utili societari. Il tema di valutare i sistemi di tassazione dei dividendi internazionali da introdurre in una proposta di direttiva di armonizzazione, come noto, è affidato al Comitato Van den Tempel.

Nel riprendere ed approfondire i temi già discussi dal rapporto Neumark con particolare riguardo alla tassazione degli utili societari distribuiti o reinvestiti, il rapporto Van den Tempel del 1970 introduce una importante novità nel dibattito sull'armonizzazione dell'imposizione societaria in Europa: la relazione fra forma giuridica dell'impresa<sup>1822</sup> e (non) neutralità fiscale dei diversi sistemi di imposizione sugli utili allora vigenti negli Stati membri<sup>1823</sup>. In questo caso, l'opzione della

---

<sup>1819</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio del 26 giugno 1967, *Programma d'armonizzazione delle imposte dirette*, in *Bollettino delle Comunità europee*, Supplemento n. 8 del 1967, p. 6-21. In tale comunicazione la Commissione sosteneva un'azione ad ampio raggio volta a: armonizzare le imposte dirette, assicurare la neutralità fiscale nelle operazioni di ristrutturazione aziendale, uniformare il sistema degli incentivi fiscali, introdurre una base imponibile e metodi uniformi per la determinazione dei redditi d'impresa, allineare le aliquote d'imposta dei paesi membri, coordinare i metodi di accertamento e prelievo tributario e infine eliminare le doppie imposizioni.

<sup>1820</sup> Sacchetto C., *La tassazione delle società in Europa tra grandi scenari e realizzazioni concrete*, in AA.VV., *Gli aspetti fiscali dell'impresa*, a cura di A. Amatucci, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, 2003, sez. I, tomo 8, p. 138.

<sup>1821</sup> Badriotti A., *Armonizzazione dell'imposta sulle società nell'Unione Europea*, CSF papers, novembre 2007, cit., p.12-13

<sup>1822</sup> Il tema è sviluppato nel cap. II- 4 del rapporto dedicato all'analisi della «*tax structure and the legal form of enterprises*» sui sistemi fiscali in vigore negli Stati membri dell'epoca e oggetto di diretta osservazione, vale a dire: il sistema classico, il sistema a doppia aliquota e il sistema del credito. Cfr. rapporto Van den Tempel del 1970, mn.47-50.

<sup>1823</sup> «A. The classic system. The corporation tax and the synthetic (affecting the entire income) individual income tax of natural persons, are independent. The rate of the corporation tax is the same for the retained and for the distributed profit. For the individual income tax, the dividends received by the shareholders are taxed in the same way as any other

trasparenza fiscale<sup>1824</sup>, mutuata dal regime applicabile alle imprese individuali, è studiata come alternativa a quello dell'imposizione unica<sup>1825</sup> o della deduzione dei dividendi<sup>1826</sup> come strumento per eliminare o contenere la doppia imposizione economica sugli utili societari. Il rapporto quindi non si spinge ad esaminare le distorsioni derivanti dall'applicazione di versi regimi di trasparenza fiscale alle imprese non societarie che operano nel mercato interno, ma si ferma a discutere la trasparenza fiscale, regime tipico delle imprese personali, come una fra le opzioni possibili per risolvere un problema proprio della tassazione societaria a livello internazionale.

Con la risoluzione del 22 marzo 1971<sup>1827</sup> infatti il Consiglio dava avvio alla prima fase di armonizzazione dei sistemi di tassazione societaria stabilita nel rapporto Van den temple.

Nel 1975, la proposta di una direttiva di armonizzazione dei sistemi d'imposta sulle società<sup>1828</sup>, già presentata nel 1969 e mai discussa, è destinata ad alimentare un dibattito sull'armonizzazione dei sistemi d'imposizione societaria degli Stati membri che si prolungò fino alla fine degli anni '80<sup>1829</sup>. In particolare, la direttiva proponeva

---

income. This system exists now in Luxemburg, the Netherlands and in the United Kingdom. Formerly, it existed in the Federal German Republic and in France.

B. The system of the double rate. In order to reduce the economic double taxation on dividends a lower rate of corporation tax exists for the distributed profit of the share company than for its other profit. Then the dividend is taxed just as any other income for the purposes of the individual income tax. The relief to mitigate economic double taxation has therefore been performed at the company level. This system exists in the Federal German Republic: the two rates of the Körperschaftsteuer for the public share company (Kapitalmarktbezogene Gesellschaft) are now 51% and 15%.

C. The credit system. The rate of the corporation tax is the same for the retained and the distributed profit. In order to reduce the economic double taxation of dividends, part of the corporation tax on distributed profit is credited against the individual income tax. The relief to mitigate economic double taxation on dividends has been applied here at the shareholder level. This system exists in France. The rate of the impot sur le socihes is 50%; half of the tax charged on the distributed profit, is credited. In Belgium this system forms the main structure: however, elements of other systems have also been included in the legislation». Cfr. rapporto Van den Tempel del 1970, mn.1.

<sup>1824</sup> Il tema è sviluppato nel cap. IV- *Other systems* – b. *fiscal transparency*. Cfr. rapporto Van den Tempel del 1970, mn.115-122.

<sup>1825</sup> Il tema è sviluppato nel cap. IV- *Other systems* - a. *Complete avoidance of economic double taxation of dividends*. Cfr. rapporto Van den Tempel del 1970, mn.113-114.

<sup>1826</sup> Il tema è sviluppato nel cap. IV- *Other systems* – c. *Deduction of primary dividend*. Cfr. rapporto Van den Tempel del 1970, mn.123-133.

<sup>1827</sup> Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, del 22 marzo 1971, concernente la realizzazione, per tappe, dell'unione economica e monetaria nella Comunità, in GU C 28 del 27.3.1971, p.1-4

<sup>1828</sup> COM(75)392, Proposta di direttiva del Consiglio concernente l'armonizzazione dei sistemi d'imposta sulle società e dei regimi di ritenuta alla fonte sui dividendi, in Bollettino delle Comunità Europee. Tale proposta raccoglieva l'esito infruttuoso e di una precedente proposta del 1969, riguardante sia il regime fiscale dei dividendi madre-figlia che il regime fiscale delle fusioni. Come riportato nel COM(75)391, la Commissione deplora il disinteresse del Consiglio riguardo tali proposte, nonostante gli impegni politici presi negli stessi anni circa la politica industriale e il buon funzionamento delle società. Cfr. (75)392, p.7. La proposta fu poi ritirata dalla Commissione nel 1990, (SEC1992-1118).

<sup>1829</sup> «2. The differences at present existing between national legislations in this field are a constraint on the free movement of capital, which is one of the fundamental objectives of the EEC Treaty; international dividend flows are currently impeded by a series of discriminations, double taxations and complicated administrative formalities, which contribute to the separation of capital markets. Certain taxation provisions may in addition give rise to abnormal movements of capital, provoked by taxation considerations and not by the traditional financial motives». COM(75)392, p.7

regole comuni per la tassazione degli utili societari e per la tassazione dei relativi dividendi, da una parte uniformando i sistemi di tassazione impiegati dagli stati e dall'altra limitando le aliquote delle ritenute d'imposta sui dividendi in uscita e i crediti d'imposta imputabili alla società madre per le ritenute subite dalla società figlia distributrice<sup>1830</sup>. Gli studi e i documenti di lavoro della Commissione e del Parlamento europeo su tale proposta confermano come il tema della tassazione degli utili delle partnership resti sullo sfondo di tale dibattito come semplice prova della bontà del sistema di imputazione parziale scelto nell'ambito della proposta di direttiva. La proposta tuttavia si arena sia per i contrasti sulla specifica configurazione tecnica da dare al sistema di imputazione parziale<sup>1831</sup> sia per la meno evidente ma ferma inclinazione degli Stati a conservare sovranità completa sulla scelta del sistema di tassazione societaria e dei dividendi societari<sup>1832</sup>. Tale circostanza come noto, coincide con una generale impasse del processo di integrazione europeo nell'ambito della fiscalità diretta che perdurò fino agli '90.

In tale periodo se si esclude il varo della direttiva 77/799/CEE sulla mutua assistenza amministrativa, tutte altre le proposte della Commissione in tema di fiscalità diretta naufragano in Consiglio<sup>1833</sup>.

---

<sup>1830</sup> «One-man businesses in all the Member States and partnerships in most of them are not subject to corporation tax, but their profits are directly taxed at the level of the owner of the undertaking or the partners respectively. Where the profits are substantial, such people more often than not have to pay personal income tax at the maximum rate, which may be appreciably above that of corporation tax. The wider the gap between the rates, the more such individuals and partnerships are at a disadvantage compared to companies with regard to ploughed-back profits. (As regards distributed profits, on the contrary, joint-stock companies are at a disadvantage). Owing to higher rate of corporation tax, the gap under the Imputation system is smaller than under the classical system. The imputation system is therefore more neutral». Cfr. COM(75)392, p.7-8, mn.8 Analogamente si esprime il Parlamento europeo nel Working document n.291/77 del 28/10/1977, reperibile in <http://aei.pitt.edu/96543/1/1977-78.77.291.pdf>; sul punto cfr. anche Hölzler H., Harmonization of company taxation systems, in *Intereconomics*, n.1/1976, pp. 12-15, reperibile in <http://hdl.handle.net/10419/139321>.

<sup>1831</sup> A questo riguardo sono emblematiche le conclusioni dell'interim report presentate Parlamento europeo dal relatore Mr Nybourg« *Since the commission submitted its proposal in mid-1975 more and more member States have gone over to one or other form of the imputation system. Luxembourg and the Netherlands alone continue to use the classical system. Whatever the advantages and disadvantages of the various systems, it would in the rapporteur's view be unrealistic to imagine that it might be possible to base the common system on the classical system. Ilhe problem is not, therefore, whether the Community should choose the classical system or the partial imputation system, but the exact form the common partial imputation system is to take*». V. Parlamento europeo Working document n.104/79 del 2/5/1979 reperibile in <http://aei.pitt.edu/95418/1/1979-80.79.104.pdf>

<sup>1832</sup> «The Commission's proposal restricts Member States' freedom to change company taxation and/or the so-called double taxation of dividends; Italy and the Federal Republic of Germany are to reintroduce a certain degree of 'double taxation', which will influence undertakings, decisions as to the legal form in which to constitute their companies and disrupt the capital markets». Ibidem

<sup>1833</sup> Sul punto il COM(75)391, Programma d'azione in materia fiscale, p.7-10 segnala in particolare la proposta di direttiva relativa all'armonizzazione delle regole per la determinazione del reddito d'impresa e la proposta di direttiva sull'armonizzazione del trattamento delle perdite nazionali. Cfr., STEFANI G., La tassazione delle società nella prospettiva del mercato unico europeo, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 1990, p. 1527 e ss.

Richiamando il programma di azione a base della proposta di direttiva del 1975 sull'allineamento delle aliquote, il rapporto Burke del 1980<sup>1834</sup> chiarisce che l'armonizzazione dell'imposta sulle società progettata dalla Commissione avrebbe mirato ad uniformare, anche se con gradualità<sup>1835</sup>, l'intera struttura dell'imposta, vale a dire l'ambito di applicazione soggettivo, le aliquote e la base imponibile. Proprio con riferimento all'ambito soggettivo dell'imposta sulle società, tuttavia il rapporto evidenzia l'esclusione delle partnership a causa del diverso approccio classificatorio degli Stati<sup>1836</sup>. L'armonizzazione di questo settore, secondo la Commissione, avrebbe aperto un capitolo delicato e troppo prossimo all'imposizione personale sul reddito, ambito strettamente riservato agli Stati<sup>1837</sup>, anche in considerazione delle numerose complessità tecniche legate alla classificazione giuridiche di tali società<sup>1838</sup>. Il rapporto pertanto conclude per una soluzione interlocutoria sull'ipotesi di consentire alle PMI (e in specie alle partnership) un'opzione per il regime dell'imposta sulle società.

Con tale presa di posizione, la tassazione degli utili delle partnership sembrerebbe così uscire di scena dalla discussione europea sull'armonizzazione della fiscalità d'impresa.

Nel 1985 il Consiglio approva un regolamento sul GEIE mirato a fornire uno strumento giuridico uniforme per la cooperazione di imprese e persone residenti negli Stati membri. Si è potuto vedere in precedenza come, nonostante il regime obbligatorio di trasparenza fiscale, tale organismo non possa essere considerato una partnership in considerazione dell'espressa esclusione di finalità commerciali.

---

<sup>1834</sup> Rapporto sulle prospettive di convergenza dei regimi fiscali nella Comunità, 1980, (rapporto Burke).

<sup>1835</sup> Rapporto Burke, p.68

<sup>1836</sup> « (...) per esempio, esse non sono colpite dall'imposta sulle società mentre in Francia, pur non essendo in linea di principio soggette all'imposta, possono chiedere di esserlo; in Belgio, al contrario, esse sono soggette, ma possono, nel ricorso di alcune condizioni, chiedere di essere esentate». Cfr. Rapporto Burke, p.63

<sup>1837</sup> Nel discutere Difficoltà e conseguenze dell'armonizzazione fiscale (cap V), il rapporto segnala infatti che nel «margine di manovra di cui devono disporre gli Stati per poter attuare la loro politica economica e di bilancio» restano «larghi settori del sistema fiscale nazionale, come quello dell'imposizione delle persone fisiche, che non sono interessati direttamente dall'armonizzazione o lo sono solo in parte, e resteranno essenzialmente soggetti alla sovranità nazionale». Cfr. Rapporto Burke, p.53

<sup>1838</sup> «Ragioni di concorrenza richiederebbero un comune atteggiamento degli Stati in questo campo, ma voler risolvere il problema mediante una armonizzazione equivarrebbe probabilmente a battere una strada senza uscita. Da un lato, infatti, non si può assolutamente parlare di un avvio di lavori di questo genere nel settore delle imposte personali sul reddito, che riguardano i piccoli imprenditori; d'altro lato, il caso di società di persone pone complesse questioni giuridiche in ordine alla definizione della forma di tali società, definizione e forma che assumono gli aspetti più diversi da stato a stato». Cfr. Rapporto Burke, p.63

#### **4.4.1.2 Gli anni '90 e l'obiettivo dell'armonizzazione parziale. Esclusione delle imprese non societarie dalle strategie europee sulla fiscalità d'impresa**

Sulla scia del *Libro bianco per il completamento del mercato interno* del 1985<sup>1839</sup> ispiratore dei grandi temi introdotti dall'Atto Unico del 1987, la comunicazione SEC(90)601, traccia un'importante cambio di rotta della Commissione sulla materia della fiscalità diretta, improntando le proprie strategie ad un approccio selettivo e "chirurgico" (*piecemeal approach*) sulle misure da adottare, fondato sul principio di sussidiarietà e mirato alle sole operazioni transfrontaliere<sup>1840</sup>. La concreta definizione delle strategie da adottare è rimessa agli esiti di uno studio tecnico sulla fiscalità d'impresa negli Stati membri.

Tale nuovo approccio, maggiormente rispettoso della sovranità degli Stati, condusse all'accordo storico raggiunto dal Consiglio nel 1990 in materia di armonizzazione dell'imposizione diretta dei dividendi internazionali, del regime fiscale delle fusioni e dei *correlative adjustment* da rettifiche di transfer pricing. Restava invece inalterato l'orientamento negativo del Consiglio rispetto alle ulteriori misure segnalate dalla Commissione in tema di disciplina fiscale di perdite, interessi e canoni transfrontalieri<sup>1841</sup>.

Se si esclude la convezione arbitrale (destinata a tutte le imprese), l'impostazione adottata per definire il personal scope della direttiva MF e fusioni cristallizza la posizione sostenuta nel rapporto Burke a proposito di partnership e PMI: queste restano fuori nella gran parte dei casi, mentre negli altri sono incluse solo se soggette ad imposta societaria.

Tale fase perciò segna non solo la data del primo importante intervento europeo in materia di fiscalità diretta degli Stati ma anche il momento in cui prende forma la strategia generale dell'Unione di armonizzazione della fiscalità diretta d'impresa: per l'esigenza di mantenere una certa dose di autonomia impositiva in capo agli Stati essa si focalizza esclusivamente all'imposizione dei redditi societari.

---

<sup>1839</sup> COM (85) 310 final

<sup>1840</sup> «From a theoretical viewpoint, the possibility could therefore be considered of harmonizing national company tax systems at community level so as to ensure complete tax neutrality. However, there are a number of basic considerations why the Community should hold back on the harmonization of company tax systems In the Member States, particularly in view of the principle subsidiary». SEC(90)601, Guidelines on company taxation, mn.4 e 5. V. Melis G., Coordinamento fiscale nell'Unione europea, voce in Enc. dir., Milano, 2007, vol. I, p. 394 e ss. secondo il quale il successo delle proposte della Commissione si associa alla loro valenza intracomunitaria, al contrario il loro insuccesso va associato al più intimo legame con la disciplina nazionale degli Stati.

<sup>1841</sup> V. COM (90)571 e COM (90)595

Con il Trattato di Maastricht del 1991 intanto prende forma una specifica politica comunitaria per l'imprenditoria minore<sup>1842</sup>.

Meritano una analisi più puntuale le osservazioni del Ruding report sulla fiscalità delle PMI ed in particolare delle partnership

Sebbene apparentemente escluso dal processo di armonizzazione, il tema della tassazione degli utili delle partnership rientra in gioco nella discussione sul futuro europeo dell'imposizione diretta con il rapport Ruding del 1992<sup>1843</sup>, di poco successivo, quindi, alle tre direttive sull'imposizione diretta adottate nel 1990. Nell'esame dei diversi fattori distorsivi derivanti dalle differenze dei sistemi fiscali degli Stati membri, l'analisi strutturale della tassazione degli utili d'impresa dedica un'apposita sezione all'imposizione per trasparenza delle imprese non societarie, in particolare piccole e medie imprese e partnership<sup>1844</sup>.

In materia il report rileva che, nei diversi Stati la tassazione delle imprese non societarie è presidiata da numerosi e differenti regimi impositivi semplificati e talora di favore<sup>1845</sup>. Nonostante la complessiva riduzione delle aliquote d'imposta societaria e personale negli Stati membri, la progressività dell'imposta personale sugli utili delle imprese non societarie rende tuttavia il carico fiscale di partnership e imprese individuali significativamente maggiore di quello sopportato dalle società<sup>1846</sup>. A questo si aggiunge inoltre lo svantaggio finanziario di non poter scegliere fra l'opzione della

---

<sup>1842</sup> L'art. 130, c.1.4 precisava espressamente che le politiche industriali hanno il compito di "promuovere un ambiente favorevole all'iniziativa e allo sviluppo delle imprese di tutta la comunità, soprattutto delle PMI". Cfr. Vitali G. La politica per le piccole e medie imprese, Appunti per il modulo di "Economia dell'Unione Europea", corso integrato di "Storia ed Economia dell'Unione Europea", a.a. 2009-2010, versione del 15-12-2010, Reperibile in [http://www2.ceris.cnr.it/homedipendenti/vitali/dispense2010\\_11\\_ECO\\_UE/politica%20PMI%20corso%20eco%20ue%2015%2012%202010.pdf](http://www2.ceris.cnr.it/homedipendenti/vitali/dispense2010_11_ECO_UE/politica%20PMI%20corso%20eco%20ue%2015%2012%202010.pdf). L'autore ricorda che prima di allora le misure per le PMI erano trasversali a tutte le altre politiche comunitarie, un po' per la convinzione e un po' per la prassi degli Stati di considerare le amministrazioni regionali e nazionali come livelli di governo più adeguati a supportare tale comparto.

<sup>1843</sup> Il SEC (90)601 affidò ad uno studio tecnico l'individuazione di eventuali distorsioni fiscali localizzazione degli investimenti e la ricerca di nuove soluzioni per armonizzare i sistemi fiscali nazionali e rinviò la valutazione delle relative proposte a consultazioni fra Stati membri. La Commissione affidò l'incarico al Comitato presieduto da Onno Ruding.

Cfr. Commission of the European Communities, Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation, Brussels, March 1992 (Ruding Report). In letteratura v. Stitt I.P.A., Corporate Taxation in the EC, in BTR, n.2/1993, p.75-89, in part. p. 80; Cnossen S., Company Taxes in the European Union: Criteria and Options for Reform." In Fiscal Studies, n.4/1996, p.67 ss. reperibile in [www.jstor.org/stable/24437881](http://www.jstor.org/stable/24437881). Accessed 15 Aug. 2020; Perrone Capano R., L'Europa tra debolezza dell'euro e crisi dello Stato fiscale. Una interpretazione funzionale, in RT, n. 5/2001, p.1319 ss.; Gallo F., Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale, in RT, n. 3/2000, p.725 ss.; Rossi P., Ec Tax Law: prospettive di politica fiscale comunitaria alla vigilia della nomina della nuova Commissione europea, in IF n. 34/1999, p.11142 ss.; Del Sole A. L'armonizzazione dell'imposizione societaria nell'Unione europea in FI, 2 / 2004, p.135.

<sup>1844</sup> Il tema è sviluppato nel cap. 3-The taxation of business income in the European Community and in its main trading partners, sez. IX – Unincorporated business, cfr. Ruding report, in part. p.59-63

<sup>1845</sup> Ruding report, p.60-61

<sup>1846</sup> L'argomentazione, come visto, era già presente nei documenti di lavoro relativi alla proposta di direttiva del 1975. Vedi sopra



distribuzione e quella del reinvestimento<sup>1847</sup>. Il trattamento non neutrale delle diverse forme giuridiche d'impresa comporta quindi una seria distorsione nella scelta del veicolo di investimento impiegato per lo svolgimento di business di pari tipologia, dimensione economica ed organizzativa.

Sebbene il rapporto identificasse per le PMI diversi tipi di distorsioni negli ostacoli fiscali, nei costi adeguamento alle legislazioni e nella compensazione delle perdite transfrontaliere, esso suggerisce per le PMI misure specifiche non diverse da quelle indicate dal rapporto Burke. Disporre per PMI e partnership l'opzione per il regime fiscale societario (*corporate tax option*) sembra infatti la migliore fra le soluzioni possibili per non sconvolgere la struttura complessiva del sistema impositivo degli Stati e la loro capacità di manovra in termini di politica economica<sup>1848</sup>. Tale scelta sembra riporre fiducia in un processo adattivo delle forze di mercato, supportando così nel settore delle PMI un approccio ancor più minimalista di quello adottato dalla Commissione per l'armonizzazione della fiscalità diretta delle imprese societarie. Consentire infatti alle imprese non societarie l'opzione di accedere al regime uniformato (o meglio da uniformare) per le società ha infatti il vantaggio di non invadere e sottrarre la sovranità fiscale degli Stati e nel contempo quello di eliminare le distorsioni derivanti dalla scelta della forma giuridica quando queste rappresentano ostacoli effettivi e discriminatori per le imprese. Nel caso in cui le imprese non optino per il regime societario c'è da ritenere che la potenziale distorsione derivante dalla diversità di regime fiscale produca effetti meno svantaggiosi della permanenza nel regime di origine.

Nella sezione dedicata a fornire i fondamenti delle logiche di pianificazione fiscale d'impresa, il Rapporto Ruding discute poi le strategie connesse alla scelta delle partnership come veicolo giuridico nel business internazionale<sup>1849</sup>. Per la prima volta quindi, in una indagine tecnica della Commissione, fa ingresso il ruolo delle partnership come strumento di pianificazione fiscale internazionale nella produzione e nella allocazione degli utili d'impresa. Tale indicazione sembra dare profondità alle molteplici logiche dell'approccio europeo in tema di fiscalità diretta segnalando che

---

<sup>1847</sup> L'estrema distorsione si ha secondo il report, nelle imprese individuali, ove la capacità di autofinanziamento dell'imprenditore è ostacolata dal carico fiscale maggiore rispetto a quello di attività di similare dimensione economica condotte in forma di società incorporata. Ruding report, in part. p.62-63 e in part. p.218.

<sup>1848</sup> Si tratta di una raccomandazione già presente nel rapporto Burke il quale abbinava le riforme fiscali alla al processo di integrazione europea: «*l'armonizzazione si attui con molta gradualità, per tappe successive, in modo da evitare bruschi sconvolgimenti, di cui gli Stati membri non potrebbero sopportare le conseguenze. Perché siano accettabili i cambiamenti necessari occorre inoltre un certo parallelismo fra la costruzione europea e il progresso dell'armonizzazione fiscale*». Burke report, p.68

<sup>1849</sup> Il tema è sviluppato nel cap.8-*International tax planning and its limits*, sez. II-*Aspects of international tax planning*, cfr. Ruding report, in part. p.125-126

l'interesse dell'Unione di uniformare le legislazioni fiscali degli Stati è spinto sia da esigenze di eliminare gli ostacoli fiscali sia di contenere la competizione fra Stati nel trattamento differenziato di medesime fattispecie (come le partnership) che si prestano ad essere veicoli di canalizzazione di redditi verso Paesi a pressione fiscale meno elevata.

Nel proporre un modello europeo uniforme di Trattato fiscale contro le doppie imposizioni alternativo al mod OCSE del 1977, il Rapporto suggerisce infine una modifica alla definizione di “Company” contenuta nell’art. 3 del mod. OCSE, includendo all’interno della nozione le “partnership commerciali” ed escludendo invece quelle di natura civilistica<sup>1850</sup>. La proposta è dunque orientata a dare soluzione solo alle asimmetrie classificatorie sulle partnership internazionali che abbiano natura di imprese, trascurando invece tutte le altre. L’inserimento di tale proposta sembra assumere un doppio rilevante significato. Da una parte riconosce apertamente che la divergente classificazione fiscale di una partnership nelle legislazioni fiscali degli Stati, in quanto causa di doppia imposizione, costituisce un serio ostacolo all’attività delle imprese non societarie che va rimosso. Dall’altra, la scelta di dare vita ad un nuovo standard convenzionale e di non obbligare giuridicamente gli Stati ad un determinato trattamento fiscale delle partnership sembra incline a non modificare di molto lo status quo ante. La novità infatti consisterebbe in una sorta di pressione morale, contenuta stavolta in un diverso standard convenzionale e non in un atto di soft law, che lascia la soluzione alla libera scelta degli Stati stessi.

Risulta inoltre significativo il fatto che, in considerazione dell’esigenza generalizzata di eliminare la doppia imposizione per tutte le distribuzioni di utili d’impresa fra società degli Stati membri, le conclusioni del Rapporto Ruding segnalino l’esigenza di estendere l’ambito soggettivo di applicazione delle direttive M/F e fusioni varate nel ’90 a tutte le imprese soggette ad imposta societaria indipendentemente dalla forma giuridica e, in un secondo tempo, a tutte le altre imprese che abbiano optato per l’imposizione societaria<sup>1851</sup>.

---

<sup>1850</sup> Ruding report, 373

<sup>1851</sup> Cfr. Ruding report, p.203. Questa raccomandazione tuttavia non sembra tuttavia convincente in termini di rapporto benefici/svantaggi attesi. Il delicato tema del sistema della scelta di un sistema comune di imposizione societaria che elimini nel contempo la doppia imposizione nazionale ed internazionale sui dividendi ruota proprio intorno al perno dell’integrazione fra tassazione dei soci e tassazione della società. Vi sono peraltro numerosi elementi e ragioni che fanno pendere la preferenza verso il cd *partnership method*, cioè proprio il meccanismo di imputazione per trasparenza previsto per le partnership che elimina la doppia imposizione. Il suggerimento proposto dal report sembra invece andare in controtendenza: per evitare la discriminazione fiscale delle partnership, tassate per trasparenza, queste dovrebbero optare per il regime delle società i cui dividendi in capo ai soci sono tassati con il meccanismo dell’imputazione che presenta maggiori imperfezioni di quello della trasparenza.

Il SEC(92)1118 dedicato a dare attuazione alle raccomandazioni del rapporto Ruding<sup>1852</sup>, confermava un approccio alla fiscalità diretta delle PMI ancor più minimalista di quello adottato per le imprese societarie. Esso infatti si limitava ad accogliere il suggerimento di concedere alle partnership e alle PMI un'opzione per la tassazione societarie<sup>1853</sup>.

Nel 1992, l'istituzione dell'Osservatorio europeo sulle PMI manifestava nel frattempo l'esigenza di monitorare a livello aggregato il contributo delle piccole e medie imprese allo sviluppo e al rafforzamento del mercato interno<sup>1854</sup>. Si noti che l'attenzione al comparto delle PMI, ancorché residuale rispetto alla priorità di armonizzare l'imposizione societaria, sorse dalla consapevolezza che le PMI, in qualunque forma giuridica operassero, costituivano l'ossatura del sistema produttivo degli Stati membri e dunque del mercato interno. Già in questa fase la priorità data all'armonizzazione della tassazione societaria da una parte e l'emergente attenzione al mondo produttivo delle PMI dall'altra sembra avere a base la convinzione di una naturale convergenza delle grandi imprese ad assumere forma societaria. Prendeva dunque forma così un approccio fiscale al mercato interno molto semplificato che ancora oggi esiste e che distingue grandi imprese soggette ad imposta societaria da una parte e PMI escluse da tassazione societaria dall'altra.

Un primo punto di svolta per il ruolo delle PMI nel mercato interno si ebbe tuttavia nel 1993.

Sebbene i tentativi della Commissione di estendere l'ambito soggettivo delle direttive M/F e fusioni ebbero esiti fallimentari non ottenendo il consenso del Consiglio<sup>1855</sup>, il Libro Bianco "Crescita, competitività, occupazione" del 1993 seguito

---

<sup>1852</sup> Cfr. SEC(92)1118 Commission communication to the Council and to Parliament subsequent to the conclusions of the Ruding Committee indicating guidelines on company taxation linked to the further development of the internal market.

<sup>1853</sup> Il rinvio agli sforzi compiuti dalla Commissione in materia di fiscalità diretta delle società, accompagnato dall'esempio dell'opzione francese e danese per la tassazione societaria dei redditi delle partnership, sembra consegnare definitivamente nelle mani degli Stati la scelta sul se e come uniformare il regime delle imprese non societarie a quello delle società, circoscrivendo così in modo netto definitivo il limite dell'intervento comunitario alla fiscalità societaria: «*The proposed measure offers neutrality of tax treatment for enterprises, whatever their legal form. It would promote the self-financing capacity of unincorporated businesses since the corporation-tax rate is lower than the marginal rate of personal income tax in most member states. Broadly similar arrangements already exist in France and Denmark. In France, for example, partnerships whose profits are normally subject to personal income tax in the hands of the partners may opt for the tax arrangements applicable to incorporated companies, namely corporation tax. There are comparable systems in Denmark*». p. 25-26

<sup>1854</sup> Tale Organismo era deputato alla raccolta e alla elaborazione dei dati sulle PMI imprese, e a pubblicare periodicamente dei rapporti sulle statistiche demografiche occupazionali produttive del comparto.. cfr. FONDAZIONE ARISTEIA – Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti, documento n. 70 del 16/02/07 - La politica comunitaria per le piccole e medie imprese, p. 5, reperibile in <https://www.fondazione nazionalecommercialisti.it/system/files/imce/aree-tematiche/ari/docari70.pdf>

<sup>1855</sup> Com (93)293

dalla comunicazione COM(93)632<sup>1856</sup> evidenziò il sostegno che l'eliminazione degli ostacoli fiscali alle PMI avrebbe potuto offrire alle politiche occupazionali degli Stati e in generale al benessere del mercato interno<sup>1857</sup>.

Sulla scorta di tali indicazioni, la Commissione inviò agli Stati diverse raccomandazioni mirate a risolvere problemi transfrontalieri connessi all'imposta sulle società e ad altre imposte.

Fra queste spicca per rilevanza la Raccomandazione della Commissione del 25 maggio 1994 (94/390/CE) riguardante la tassazione delle piccole e medie imprese. Nel chiedere agli Stati di introdurre nei propri sistemi impositivi la facoltà delle PMI di optare per l'imposta sulle società la raccomandazione allega una lunga relazione sugli esiti di una indagine conoscitiva relativa ai diversi sistemi nazionali di imposizione delle imprese non societarie e in specie delle partnership, concludendo per l'esigenza di introdurre correttivi finalizzati a garantire equità nel trattamento fiscale degli utili accantonati/reinvestiti da tali imprese anche nel caso di trasformazione della forma giuridica<sup>1858</sup>.

---

<sup>1856</sup> Cfr. Libro bianco "Crescita, competitività, occupazione" del 1993, in part. p. 162 e COM(93)632, Comunicazione della Commissione al Consiglio del 22 dicembre 1993: «Valorizzare al massimo il mercato interno»: Programma strategico, v. in part. la sezione relativa all'istituzione di un regime favorevole alle imprese p. 36.

<sup>1857</sup> Con il COM(94)207 insieme al successivo COM(96)329, la Commissione avviò il primo importante tentativo di definire all'interno di un quadro globale tutte le iniziative comunitarie in favore delle PMI.

<sup>1858</sup> «L'esame specifico dei regimi di tassazione delle imprese, i cui risultati figurano in allegato, rivela una disparità di trattamento fiscale in funzione della forma giuridica assunta per l'esercizio della loro attività. Tenuto conto della rispettiva forma giuridica, le imprese individuali e le società di persone sono nella maggior parte dei casi assoggettate all'imposta sul reddito sulla totalità dei loro redditi. La progressività di questa imposta è tale che le aliquote marginali, anche se a volte possono essere inferiori, in realtà sono generalmente superiori alle aliquote dell'imposta sulle società. Tale situazione può creare distorsioni di concorrenza fra le imprese secondo la loro forma giuridica, specie perché un carico fiscale più elevato rischia di ridurre la capacità di autofinanziamento delle imprese individuali e delle società di persone rispetto a quella delle società di capitali di dimensione identica o superiore. In certi casi essa può anzi pregiudicare lo sviluppo stesso dell'impresa. Tenuto conto della proporzione delle imprese individuali e delle società di persone rispetto alla popolazione totale delle imprese dell'Unione europea (è opinione diffusa che un'impresa su due non è costituita in società di capitali), questa particolarità fiscale assume una importanza non trascurabile.». «Dall'esame della situazione comunitaria risulta che le disposizioni fiscali riguardanti la costituzione in società di capitali di imprese individuali o di società di persone permettono globalmente di assicurare una neutralità fiscale minima delle operazioni di modifica della forma giuridica. Ciò nondimeno restano auspicabili taluni ritocchi puntuali delle legislazioni fiscali che vadano nel senso soprattutto di una generalizzazione delle possibilità di imputazione delle perdite delle imprese da parte degli imprenditori e dei soci, venendo meno le possibilità di riporto in seguito al cambiamento della forma giuridica; nonché nel senso di una riduzione delle imposte sui trasferimenti gravanti sui conferimenti di attività, ispirata possibilmente alle condizioni di norma applicate al riporto della tassazione delle plusvalenze accertate il più delle volte sulle stesse attività. La Commissione invita gli Stati membri a perfezionare i meccanismi già esistenti o ad introdurli qualora ne fossero ancora sprovvisti, in modo da assicurare che la costituzione in società di capitali di imprese individuali o di società di persone possa operarsi con la massima fluidità sul piano fiscale. I due approcci non devono essere esclusivi e gli Stati membri sono particolarmente invitati ad ispirarsi ad iniziative originali sviluppate in alcuni di essi, allo scopo di promuovere in cooperazione con le parti interessate le soluzioni più adeguate al problema dell'autofinanziamento delle piccole e medie imprese» cfr. Raccomandazione della Commissione 94/390/CE.

Nella coeva comunicazione COM(94)206, mirata a migliorare la situazione fiscale generale delle PMI<sup>1859</sup> la Commissione affronta inoltre tre problematiche specifiche per le PMI: a) le stabili organizzazioni delle piccole e medie imprese, sul quale si riserva di svolgere ulteriori approfondimenti ma che non porterà ad ulteriori sviluppi, b) il trasferimento delle imprese che sarà oggetto di specifiche raccomandazioni<sup>1860</sup>, c) il trattamento fiscale del venture capital.

Relativamente a tale ultimo profilo la Commissione segnala come il particolare sviluppo del settore del venture capital in Francia e Regno Unito sia agevolato dalla disponibilità in tali ordinamenti di veicoli giuridici strutturalmente molto flessibili e fiscalmente trasparenti: la *limited partnerships* britannica, e il *Fond Commun de Placements a Risques* (FCPR) e la *Societe de Capital Risque* (SCR) francese. In particolare, il regime della trasparenza fiscale caratterizzato dal *look through approach* garantisce la neutralità fiscale degli investimenti finanziari internazionali, tassati una sola volta, e nel contempo la deducibilità di eventuali perdite. La trasparenza dei veicoli francesi risulta migliorata anche per effetto dell'applicazione di un regime fiscale di cassa anziché di competenza. Per altro, verso i caratteri dei veicoli in questione uniscono il vantaggio di una configurazione giuridica del veicolo rispondente alle esigenze specifiche degli investitori a quello della responsabilità limitata per i soci accomandanti.

Questo tema particolare sarà destinato ad incidere profondamente sulla costruzione del mercato unificato dei capitali e condurrà ad importanti evoluzioni in tema di uniformità di trattamento fiscale di investimenti finanziari internazionali veicolati nel mercato interno attraverso strutture fiscalmente trasparenti come le *partnership*<sup>1861</sup>.

Almeno fino a questa fase, l'armonizzazione comunitaria dei sistemi di fiscalità diretta delle PMI resta ancorata ad iniziative di soft law e come quindi il principio di sussidiarietà continui a vincolare l'attività della Commissione prolungando l'assenza di un modello fiscale comune per le PMI.

---

<sup>1859</sup> COM(94)206, Commission Communication to the Council and to Parliament on the improvement of the tax environment of small and medium-sized enterprises.

<sup>1860</sup> Raccomandazione della Commissione del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese, (94/1069/CE); comunicazione relativa alla raccomandazione della Commissione del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese, (94/C 400/01).

In seguito, nel 7.12.1994 è emanata la Raccomandazione del 7 dicembre 1994 (1069/1994/CE) relativa al trasferimento degli assets delle PMI per donazione oppure successione.

<sup>1861</sup> V. infra, nota 1928.

Va notato tuttavia come, nel rispetto dell'autonomia impositiva degli Stati, la Commissione in questo caso si sia limitata ad interventi di soft law mirati a sollecitare una maggiore uniformità dei diversi sistemi impositivi all'obiettivo della neutralità nel trattamento fiscale di veicoli giuridici diversi e nella rimozione di ostacoli fiscali riguardanti la successione e la trasformazione giuridica delle imprese.

L'avvicendamento del "global approach" del prof. Monti "piecemeal approach" di mad. Scrivener avvenuto nel 1996 non fa registrare una particolare attenzione al tema della fiscalità diretta delle partnership. In tale periodo, secondo la Commissione l'inserimento della politica tributaria comune nell'azione complessiva delle Comunità mirata alla realizzazione degli obiettivi definiti dai Trattati avrebbe dovuto tradursi nella focalizzazione di tre principali obiettivi strutturali e di importanza permanente<sup>1862</sup>: stabilizzazione delle entrate fiscali degli Stati membri, funzionamento del mercato unico e stimolo all'occupazione<sup>1863</sup>. Secondo tale impostazione, pur confermandosi l'esigenza di rimuovere gli ostacoli fiscali derivanti dalla differente tassazione delle imprese operanti nel mercato, la priorità si spostava dalla scelta del modello di tassazione più adatto ad uniformare i sistemi fiscali nazionali alla definizione di misure necessarie a disinnescare la competizione fiscale fra gli Stati, a mettere fine alle pratiche fiscali dannose e alla delocalizzazione delle basi imponibili in Stati fiscalmente meno onerosi; tutti fenomeni che provocavano l'erosione del gettito a danno degli Stati stessi<sup>1864</sup>. Tale programma ebbe come suo maggior successo l'elaborazione di un pacchetto fiscale (cd pacchetto Monti) contenente il Codice di

---

<sup>1862</sup> Cfr. SEC(96)487, Taxation in the European Union, p. 10 e COM(96) 546.

<sup>1863</sup> Sul punto v. Cnossen C., Monti's ECOFIN Discussion Paper, in Intertax, 1996, p. 228

<sup>1864</sup> Significative le osservazioni della Commissione a riguardo: «The apparent defence of national fiscal sovereignty has gradually brought a real loss of fiscal sovereignty by each Member State in favour of the markets, through tax erosion, especially on the more mobile tax bases. In order to counteract this phenomenon each Member State has to some extent been driven to overcharge labour. This has unwanted adverse effects on employment and on income distribution. A different approach would have consisted in better co-ordination among Member States in the area of taxation. A deliberate and limited pooling of fiscal sovereignty by individual Member States to their collective decision-making would have avoided an unconscious surrender of sovereignty by each of them to market forces, in a field that should remain the prerogative of public policy».

Ulteriormente emblematiche le osservazioni del Comitato Economico e sociale, che nel parere richiesto dalla Commissione sul SEC(96)487 e sul COM(96)546 afferma: «*l'apparente difesa della sovranità nazionale in campo fiscale da parte degli stati membri si è però tradotta, nella pratica, in una progressiva perdita reale di sovranità fiscale da parte dei singoli Stati membri. Sempre di più gli Stati si rubano l'un l'altro i contribuenti, o fanno in modo da sottrarli agli altri Stati membri, specie quando si tratta di imprese*».

condotta contro le pratiche fiscali sleali<sup>1865</sup> e una nuova proposta di direttiva interessi e royalties che sarebbe stata approvata nel 2003<sup>1866</sup>.

#### **4.4.1.3 Gli anni 2000: il tramonto di una strategia mirata all'armonizzazione della fiscalità delle imprese non societarie**

All'indomani del Consiglio di Lisbona del 2000, l'obiettivo strategico dell'Unione di «*diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo*»<sup>1867</sup> passò soprattutto attraverso il riconoscimento ufficiale del ruolo svolto delle piccole imprese nel mercato interno. L'approvazione della Carta Europea per le Piccole Imprese<sup>1868</sup> apriva le porte ad una nuova strategia mirata a stimolare lo spirito imprenditoriale e definire un quadro normativo fiscale ed amministrativo favorevole all'attività imprenditoriale mediante una stretta collaborazione (partenariato) con gli Stati nazionali finalizzata ad agevolare la formazione delle PMI, riducendo i costi di start-up, perfezionando le procedure fallimentari, eliminando gli ostacoli amministrativi e burocratici e migliorando i sistemi tributari di fiscalità diretta delle PMI<sup>1869</sup>.

Coerentemente con tale obiettivo, nel COM(2001)260 la Commissione discuteva il ruolo di coordinamento ed armonizzazione dell'Unione nella “tassazione delle imprese” (e non solo delle società) all'interno del nuovo quadro di politica fiscale del *global approach*<sup>1870</sup> e proponeva un piano di intervento in materia di fiscalità diretta

---

<sup>1865</sup> V. COMM (97) 495, *Verso il coordinamento fiscale dell'Unione Europea*; COMM(1997)564, *Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa*. La politica tributaria nell'Unione Europea. Relazione sullo sviluppo dei sistemi tributari.

Le iniziative della Commissione presero forma nella proposta di un codice di condotta Codice di Condotta per le imposte sulle imprese impedendo pratiche che danneggiano i paesi membri (*harmfull and unfair tax competition*) approvate dall'Ecofin nel 1998.

<sup>1866</sup> COM(1998)67 in grandi linee simile al precedente proposta COM(90)571 ritirata nel 1994. V. Roccatagliata, p.1262.

<sup>1867</sup> V. Punto 5 delle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000: «L'Unione si è ora prefissata un nuovo obiettivo strategico per il nuovo decennio: diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale».

<sup>1868</sup> L'adozione della Carta Europea per le Piccole Imprese fu adottata dal Consiglio “Affari generali” (13 giugno 2000) a Lisbona e approvata in occasione del Consiglio Europeo di Feira il 19-20/6/2000. Cfr. Allegato III delle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Santa Maria da Feira del 19 e 20 giugno 2000.

<sup>1869</sup> Con l'obiettivo di migliorare l'eco-sistema economico finanziario delle PMI la Carta individuava 10 linee di azione. Il punto n.7 della Carta prevedeva espressamente: «*I sistemi fiscali dovranno favorire la vita delle imprese. L'accesso ai finanziamenti (capitali di rischio, fondi strutturali) dovrà essere migliorato*». La concreta attuazione della Carta era oggetto di una pubblicazione annuale a cura della Commissione europea.

<sup>1870</sup> Il nuovo quadro politico del *global approach* inaugurato all'inizio degli anni 2000 in materia di fiscalità diretta è contenuto nella comunicazione COM(2001)260, *La politica fiscale dell'Unione europea - Priorità per gli anni a venire*. Questo conferma la funzione della politica fiscale come parte dell'azione complessiva dell'Unione e, soprattutto nell'ambito dell'imposizione diretta, evidenzia il maggior ruolo del coordinamento rispetto alle azioni di ravvicinamento,

le cui strategie di azione sarebbero state guidate dalle conclusioni di uno studio tecnico commissionato dal Consiglio nel 1999<sup>1871</sup>. Nel contempo, la tassazione dei redditi personali sarebbe dovuta restare prerogativa esclusiva della potestà impositiva degli Stati<sup>1872</sup>.

I servizi della Commissione pubblicarono di lì a poco il rapporto *Company taxation in the internal market*, SEC(2001)1681<sup>1873</sup> il quale, seguendo l'approccio già impiegato dal rapporto Ruding, esamina le questioni relative alla tassazione delle partnership nel più ampio quadro della fiscalità diretta delle piccole e medie imprese<sup>1874</sup>.

---

sulle quali incombeva il problema dell'unanimità delle delibere. Parallelamente la Commissione chiariva come non fosse indispensabile l'armonizzazione completa dei sistemi fiscali degli Stati i quali, nel rispetto del diritto comunitario, possono scegliere i regimi fiscali che ritengono più opportuni, purché rispettino le norme comunitarie e che anzi, un certo grado di concorrenza fiscale fra Stati oltre che inevitabile sarebbe stato anche auspicabile per ridurre la pressione fiscale; cfr. COM(2001)260, p.7-8.

<sup>1871</sup> Con riferimento alla tassazione delle imprese e non delle società, la Commissione definisce in modo specifico il mandato di questo studio e l'utilità per le decisioni successive della Commissione: «*Uno dei principali obiettivi della Commissione in materia di imposte dirette è garantire che i regimi fiscali dell'UE in materia societaria tengano conto dell'aumento delle attività transfrontaliere e delle moderne strutture organizzative delle imprese. A tal fine, i servizi della Commissione stanno attualmente preparando uno studio sulla tassazione delle società nell'UE (...)*».

Lo studio esaminerà le differenze dei livelli di imposizione effettiva delle società tenendo conto, tra l'altro, dei risultati della relazione del comitato Ruding (1992). Una particolare attenzione sarà riservata all'impatto delle basi imponibili sui livelli effettivi di imposizione (...) le principali disposizioni in campo fiscale che possono ostacolare le attività economiche transfrontaliere nel mercato unico. Su questa base dovrebbe essere espressa una valutazione degli effetti sulla localizzazione delle attività economiche e degli investimenti (...).

Grazie a questo studio sull'imposizione delle società, la Commissione potrà esaminare con cognizione di causa le modifiche da proporre. Lo studio analizzerà questioni di grande importanza, chiedendosi ad esempio se sia opportuno che la Commissione si limiti a ovviare di volta in volta ai diversi ostacoli fiscali tollerando l'esistenza, all'interno dell'UE, di 15 regimi diversi di imposizione delle società (con le spese che ne conseguono). In alternativa, si potrebbero cercare soluzioni più globali e politicamente ambiziose, proponendo ad esempio alle società di poter optare per un'unica serie di norme sulla definizione della base imponibile da applicare alle loro attività in tutta l'UE». Cfr. COM(2001)260, p.15-16.

<sup>1872</sup> «È opinione diffusa che le imposte sul reddito delle persone fisiche possano rimanere di competenza degli Stati membri anche qualora nell'Unione europea si arrivi ad un maggior livello di integrazione. Gli Stati membri, tuttavia, devono rispettare i principi fondamentali del trattato in materia di non discriminazione e di libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'UE»; «(...) le imposte sul reddito delle persone fisiche sono di esclusiva competenza degli Stati membri e il coordinamento all'interno dell'UE serve soltanto ad evitare discriminazioni a livello transfrontaliero o ad eliminare gli ostacoli all'esercizio delle quattro libertà. In alcuni settori, in particolare, può risultare necessario coordinare le imposte sul reddito delle persone fisiche per evitare la doppia imposizione o la non imposizione involontaria delle attività transfrontaliere, oppure per combattere l'evasione transfrontaliera»; cfr. COM(2001)260, p.8 e16-17.

<sup>1873</sup> Si tratta di uno fra i rapporti più complessi ed articolati in materia di fiscalità mai prodotti dai servizi della Commissione. Nell'ambito dello studio i sistemi nazionali di tassazione delle imprese ricevono un'approfondita analisi econometrica e di contesto che riprende anche le conclusioni dei report passati, in specie del rapporto Ruding. Il rapporto è articolato in quattro parti. La prima inquadra il mandato della Commissione, gli elementi emersi dal Rapporto Ruding, gli sviluppi di contesto che l'hanno seguito e i criteri di analisi economica impiegati nello studio. La seconda parte svolge una analisi qualitativa e quantitativa dei sistemi fiscali europei. La terza parte identifica gli ostacoli alle attività transfrontaliere nel mercato interno. la quarta infine propone dei rimedi mirati.

<sup>1874</sup> La fiscalità diretta delle PMI e partnership è presente nella discussione di tutte le fasi dello studio: dall'esame dei sistemi fiscali e del diritto europeo secondario, all'individuazione degli ostacoli e delle eventuali soluzioni (targeted or comprehensive, cioè mirate o complessive).

Vedi in part. il report, Parte II-Quantitative and quantitative analysis of company tax systems in the EU, sez. B. Quantitative analysis of the effective levels of company taxation in member States, Cap. 9 - Effective tax rates for small and medium-sized enterprises in Germany, Italy and the UK in 1999, p. 208-218.



Nel passare in rassegna la configurazione strutturale dei regimi di fiscalità diretta d'impresa degli Stati il report esamina specificamente il trattamento fiscale applicato a PMI e partnership<sup>1875</sup>.

Nell'ambito dell'analisi quantitativa dei sistemi fiscali, inoltre il report prende in esame l'impostazione della fiscalità delle partnership in Germania, Italia e Regno Unito e conclude che le partnership nazionali sopportano in generale un carico fiscale più basso delle società quando operano all'interno dei confini nazionali ma un più alto carico fiscale rispetto alle multinazionali estere con cui competono all'interno del proprio stato di costituzione<sup>1876</sup>.

Nella sezione dedicata all'analisi degli ostacoli all'attività transfrontaliera delle imprese nel mercato interno, il report segnala l'esclusione delle partnership dalle direttive fusioni e dividendi<sup>1877</sup> ed esamina la situazione delle PMI con particolare e separata attenzione alla discussione dei problemi della tassazione del reddito d'impresa delle partnership<sup>1878</sup>. Il tema è riconosciuto come rilevante per tre ragioni: gli ostacoli fiscali rilevati per le imprese hanno maggiore impatto sulle PMI, la loro prevalente configurazione nella forma giuridica di partnership che le esclude dall'imposta societaria, la necessità di includere l'effetto di altre imposte (come l'IVA) nel valutare l'impatto complessivo degli ostacoli fiscali<sup>1879</sup>.

Circa le PMI, il report<sup>1880</sup> rileva in primo luogo l'assenza di una nozione fiscale in grado di identificare concretamente la figura, segnalando inoltre che il concetto include un'ampia varietà di attività economiche differentemente configurate, a volte di natura societaria a volte no, rispetto alle quali ogni concettualizzazione rischierebbe di

---

<sup>1875</sup> Il report per esempio segnala le particolari condizioni di inclusione delle partnership nel regime fiscale tedesco delle trasformazioni societarie e la loro inclusione nell'ambito soggettivo del consolidato fiscale tedesco, v. p.69-70; oppure l'inclusione delle PMI in difficoltà a beneficiare del regime francese di trasferimento delle perdite in caso di fusioni, v. p.57; o ancora il regime di ammortamento di specifici asset delle PMI britanniche, v. p.76.

<sup>1876</sup> «To conclude, the results of this section show that the specific tax rules applied to SMEs in the countries analysed have the effect of lowering the effective tax burden. In Germany (1999) and in Italy the partnerships bear a lower tax burden in comparison to companies whatever the position of the shareholders. But, when comparing the results of this section with those shown in section 6.3.3, which examined the tax minimisation approach, it is worth noting that small and medium sized enterprises in Germany, Italy and the UK bear a higher tax burden than multinationals investing abroad». Cfr. SEC(2001) 1681, p.208-214.

Nel §6.6.3 il rapporto affermava: «In general, domestic investments are more heavily taxed than outbound and inbound investments. This suggests that, to the extent that companies are free to choose the most tax-favoured form of investment, then - other things being equal- the international tax system works such that foreign multinationals operating in a host country are likely to face a lower cost of capital than domestic companies». Cfr. SEC(2001) 1681, p.156.

<sup>1877</sup> Cfr. report p. 241 e 248

<sup>1878</sup> Cfr. parte III: company tax obstacles to *crossborder* economic activity in the internal market - Cap.8: small and medium-sized enterprises – par.8.2: company tax obstacles and partnerships, p. 314-321.

<sup>1879</sup> V. report p.313

<sup>1880</sup> V. report p.314-316 e ancora di più le partnership 316-318.

trasformarsi in un complicato esercizio teorico senza risvolti pratici<sup>1881</sup>. La loro ridotta dimensione economica e il minor personale impiegato le espongono ad una incidenza sproporzionatamente più elevata dei costi di adeguamento e degli ostacoli fiscali rispetto alle grandi imprese e alle società<sup>1882</sup>. Il report valuta poi come problema particolarmente significativo le limitazioni legislative degli Stati nella compensazione delle perdite estere che, già rilevante per le società, spesso compromette seriamente l'internazionalizzazione delle PMI. Va inoltre valutato l'impatto di altre imposte che colpiscono i trasferimenti *inter vivos* e *mortis causa* delle PMI (IVA, successioni e donazioni), testimoniati dall'evidenza di numerosi casi di spostamenti di sede sociali da uno stato membro all'altro per sfuggire ad un'imposizione di livello confiscatorio. A questi aspetti si aggiunge inoltre la tendenza degli Stati a favorire specialmente l'attività delle PMI nel proprio territorio mediante mirate politiche di agevolazione fiscale.

Secondo il rapporto la situazione delle partnership rileva profili di criticità ancora maggiore. L'ampia diffusione di queste figure in tutti gli Stati, unita alla divergenza delle legislazioni nazionali in ordine alla sua classificazione civilistico-commerciale e soprattutto fiscale<sup>1883</sup> la espone ad un significativo rischio di doppia

---

<sup>1881</sup> V. report p.381

<sup>1882</sup> Questo comporta un maggiore aggravio derivante dalle disfunzioni dei sistemi amministrativi degli Stati, come il rimborso tardivo delle imposte eccedenti il dovuto, o delle divergenze dei sistemi fiscali (come il disconoscimento delle perdite estere) o ancora l'impossibilità di accedere, attraverso la pianificazione internazionale, ai benefici della competizione fiscale fra Stati. Secondo il report questa situazione è suffragata dalle risultanze delle indagini econometriche che indicano una elevata regressione dei costi di adeguamento rispetto alla dimensione economica del business. Cfr. report p.315-16

Va notato tuttavia come il report affronta in modo piuttosto discorsivo e ricognitivo i problemi delle PMI già discussi in modo più approfondito per le società e connessi ai costi di adeguamento, all'impossibilità di sfruttare le asimmetrie fiscali ai fini della pianificazione fiscale internazionale e alla compensazione delle perdite estere. non ultimo i problemi derivanti dall'applicazione di altre imposte come l'iva o altre imposte reali. Le conclusioni cui giunge tuttavia sono meno risolutive e assertive di quelle espone per le società. Cfr. report p. 315-316

<sup>1883</sup> Lo studio dà una precisa indicazione dei fattori di divergenza: «Generally, 'partnerships' can be defined as economic entities formed by more than one entrepreneur and in which at least some partners have unlimited liability. The various legal forms vary substantially within Member States and between Member States. The definition of 'partnership' in the various Member States is very complex and far from being homogenous. Whereas stock corporations and other forms of incorporated limited liability companies can relatively easily be defined, it is generally possible to distinguish on an EU-wide basis: Civil Law Partnerships, General Or Ordinary Partnerships, Limited Partnerships, Silent Partnerships, Sleeping Partnerships, European Economic Interest Grouping (EEIG).

In most countries, 'partnerships' are treated as 'transparent' entities, i.e. they are not taxable entities but used for the purpose of computing taxable income to be attributed to the partners. The profit share attributed to the individual partners is then subject to personal (in most cases progressive) income tax, or corporate income tax when the partner is an incorporated company. In some Member States, however, (e.g. Belgium, Spain, Portugal) partnerships engaged in a business are subjected to corporate income tax and in France they have the possibility to opt for either one or the other.

The domestic taxation of 'partnerships' is complex and varies significantly between Member States in the details. For instance, sometimes, the tax return is filed by the entity, sometimes by the partners. The tax may be assessed on the income of the entity itself or on the income arising to the partner. The partner's income can be classified differently: as investment income, business income or other. The applicable rate can be determined on the basis of the entity or on the

imposizione internazionale<sup>1884</sup>. Inoltre, anche quando l'entità è classificata simmetricamente nei due Stati, permane il rischio concreto di doppia imposizione per effetto della diversa qualificazione fiscale domestica dei redditi generati da questa. Tali conflitti possono infatti compromettere la compensabilità delle perdite di partnership estere<sup>1885</sup>, aggravare il trattamento fiscale dei rapporti fra socio e società estera, o – questione che sarà affrontata più attentamente vent'anni dopo – la diversa qualificazione “debt-equity” che i flussi finanziari fra socio e società possono assumere nello Stato della società e in quello del socio. Sia i conflitti di classificazione fiscale che quelli di qualificazione dei redditi delle partnership internazionali sono identificati come serio ostacolo al mercato interno<sup>1886</sup>. Tali criticità, in quanto non sono risolvibili nemmeno mediante i trattati fiscali bilaterali<sup>1887</sup>, devono essere tenute in debito conto quando si valuta la rimozione degli ostacoli fiscali al mercato interno<sup>1888</sup>.

---

basis of the situation of the partners. The entity's income can be taxed (or not) when distributed to the recipient (as dividends or nother form of profit-distribution). Those are only some criteria for categorising the tax treatment of partnerships in Member States». Cfr. p.317-318.

<sup>1884</sup> V. in particolare p. 317: « In cross-border situations, this gives rise to a significant risk of double taxation. Member States may or may not consider a 'partnership' to be a company for the purposes of their tax treaties. And even when the classification of a 'partnership' is the same in the residence country and in the source country, as shown above, the tax treatment can be different. Member States' qualification of partnerships as resident for treaty purposes may also be different as either the residency of the entity or that of the partners can be relevant. As regards the taxation of non-resident holders of partnership interests, again whether the partnerships is 'transparent' or a taxable entity is decisive and can lead to double-taxation in a cross-border situation (taxation of the income both at the level of the partnership and the partner). Similarly, double taxation can arise in transactions between the partnership and its partners. A good example of this is the treatment of cross-border interest payments on a loan from a partner to the partnership: in principle the interest is taxable in the hands of the partner and should be deductible while computing the income of the partnership; without deductibility, double taxation occurs. Other problems relate to the granting of tax credits».

<sup>1885</sup> Nel rilevare che la proposta della direttiva sulla compensazione delle perdite transfrontaliere include espressamente le partnership, il report suggerisce di procedere cautamente nel disciplinare le perdite delle controllate e delle stabili organizzazioni e separatamente dalle partnership. Cfr. Report. P.355

<sup>1886</sup> V. in part. p. 317: « In cross-border situations, this gives rise to a significant risk of double taxation.105 Member States may or may not consider a 'partnership' to be a company for the purposes of their tax treaties. And even when the classification of a 'partnership' is the same in the residence country and in the source country, as shown above, the tax treatment can be different. Member States' qualification of partnerships as resident for treaty purposes may also be different as either the residency of the entity or that of the partners can be relevant. As regards the taxation of non-resident holders of partnership interests, again whether the partnerships is 'transparent' or a taxable entity is decisive and can lead to double-taxation in a cross-border situation (taxation of the income both at the level of the partnership and the partner). Similarly, double taxation can arise in transactions between the partnership and its partners. A good example of this is the treatment of cross-border interest payments on a loan from a partner to the partnership: in principle the interest is taxable in the hands of the partner and should be deductible while computing the income of the partnership; without deductibility, double taxation occurs. Other problems relate to the granting of tax credits».

<sup>1887</sup> «In an international context, the use of partnerships can cause numerous complex tax problems. This is particularly true with regard to the application of double-taxation treaties. Moreover, the question arises as to whether specific EU arrangements for corporations should also be accessible for partnerships and if so, under which conditions», p. 321

<sup>1888</sup> «It clearly follows from the foregoing that partnerships need to be taken into account when considering possible targeted or comprehensive remedial measures to the various tax obstacles». p.318

La lucida individuazione di tali ostacoli non trova tuttavia esito in un altrettanto lucida individuazione di puntuali soluzioni correttive<sup>1889</sup>.

Secondo il rapporto, gli ostacoli connessi alla coesistenza e all'interazione di differenti sistemi fiscali sono identici per tutti i tipi di impresa anche se il loro impatto è proporzionalmente maggiore sulle piccole e medie imprese<sup>1890</sup>. Per le PMI infatti il report formula misure *targeted* e *comprehensive* (cioè mirate e complessive) molto vaghe<sup>1891</sup>, richiamando prevalentemente il beneficio che le misure previste per le società avrebbe trasmesso “per osmosi” alle PMI indipendentemente dalla loro dimensione economica o forma giuridica (in ogni caso non societaria)<sup>1892</sup>. L'unica misura specifica, che sembrerebbe accettabile dagli Stati appare quella mirata a semplificare e dare maggiore uniformità agli adempimenti formali (dichiarazioni fiscali e prospetti contabili obbligatori). Questa infatti avrebbe il vantaggio di ridurre i costi di adeguamento e gli ostacoli amministrativi facilitando il miglioramento del contesto fiscale e amministrativo in cui operano le PMI. Sul problema della compensazione delle perdite fiscali estere, il report conclude che, fra le soluzioni domestiche impiegate dagli Stati<sup>1893</sup>, nessuna è suscettibile di adozione a livello europeo. Di riflesso, l'ipotesi di adottare, per le PMI che operano all'estero e nel mercato interno, un meccanismo di esenzione temporanea dei profitti mirato a facilitare la fase di start-up e a familiarizzare gradualmente con il contesto fiscale di uno Stato estero, incontra il limite di prevedere puntuali e complicate regole antiabusive. Il report ritiene tuttavia rilevante l'esigenza manifestata dalla PMI e dalle loro associazioni di

---

<sup>1889</sup> Part IV.B: Targeted actions in specific areas, cap.11: Specific remedial measures in favour of small-medium size enterprises, p.381

<sup>1890</sup> In relazione alla discussione delle iniziative in tema di tassazione societaria, la Commissione afferma: «Va notato che nessuno delle suddette possibili soluzioni è diretta specificamente alle grandi o alle piccole e medie imprese. È però conseguente alla natura dei problemi e dei loro effetti che anche le piccole e medie imprese attive a livello internazionale trarranno giovamento dalla soppressione degli ostacoli fiscali. Vi sono in generale ottimi motivi per prevedere adeguate misure di semplificazione e standardizzazione a favore delle piccole e medie imprese, per ridurne i costi di conformità fiscale. A seconda del tipo di misura, tali iniziative possono essere condotte a livello nazionale o invece essere sostenute esplicitamente a livello UE, com'è già il caso in materia di IVA», cfr. COM(2001)582, p.4.

<sup>1891</sup> Part IV.B: Targeted actions in specific areas, cap.11: Specific remedial measures in favour of small-medium size enterprises, p.381

<sup>1892</sup> Secondo la Commissione, nonostante la particolarità degli ostacoli individuati per le PMI, la rimozione degli ostacoli fiscali per le imprese societarie avrebbe in ogni caso un effetto benefico per tutte le imprese: «*In short, the assessment of the tax obstacles is to some extent different for small and medium-sized enterprises. It may be recalled, however, that the Rüdiger report found that EU corporate tax systems are mostly neutral with respect to the size of the business. Specific tax incentives for small and medium-sized enterprises do not alter these findings. The above reflections do not provide any reason to question this analysis*», p.316.

<sup>1893</sup> Tali soluzioni sono state già esaminate nella relazione di accompagnamento alla Raccomandazione della Commissione sulla tassazione delle imprese negli Stati membri.

categoria di un approccio graduale alla fiscalità di un altro Stato che comporti inizialmente la conservazione delle regole fiscali dello Stato d'origine<sup>1894</sup>.

Ogni altra misura specifica di ravvicinamento della base imponibile delle PMI avrebbe, secondo il report, il vantaggio di ridurre la complessità del trattamento fiscale internazionale ma si scaricherebbe in un impulso alla competizione degli Stati sulle aliquote<sup>1895</sup>. Ciò sembra giustificare l'astensione da qualunque altra misura specifica per le PMI che, se riservata esclusivamente a queste, tra l'altro, presenterebbe profili di incompatibilità con il principio europeo di parità di trattamento.

Nel contribuire al dibattito sviluppato dal cd cenacolo di Stoccolma sull'architettura di una ipotetica imposta societaria europea, il report dedica infine un'ultima sezione alla discussione di quattro possibili approcci teorici all'imposizione societaria intesi come misure *comprehensive* e di lungo periodo<sup>1896</sup>. Sebbene anche la proposta di tali misure non adottasse una prospettiva tecnica specificamente orientata a grandi o piccole imprese<sup>1897</sup>, fra i modelli discussi per una strategia di lungo periodo in tema di fiscalità d'impresa il report individua il regime di *home state taxation* (HST) come una delle soluzioni più efficaci per le PMI che operano a livello internazionale,

---

<sup>1894</sup> Questo come si vedrà a breve renderà le PMI cavie ideali per la sperimentazione del regime di Home State taxation. V. infra § 4.4.4

<sup>1895</sup> L'argomentazione principale per astenersi da misure di armonizzazione nella tassazione delle imprese non societarie sembra dunque quella di lasciare una valvola di sfogo alla autonomia impositiva degli Stati: «*Any measure that approximates or harmonises important elements of the tax base, notably concerning depreciation rules and more uniform transfer pricing rules, would reduce the complexities of cross-border tax treatment for small and medium-sized enterprises and increase the necessary transparency. As a result, tax competition would take place mostly via tax rates. This suggests that there is, in principle, no need for major specific "SME" solutions to the various obstacles at EU level. It must be made sure, however, that the general remedial measures build on taxation techniques which are open to small and medium-sized enterprises. This appears generally to be the case. The idea of far-reaching specific "SME" solutions at EU level could also violate some basic principles of EU law*». Cfr. Report, p.381

<sup>1896</sup> Lo Stockholm Group, un gruppo di studiosi che si incontrava regolarmente dal 1993 per discutere dell'evoluzione dell'imposizione societaria nei rispettivi Paesi, a livello europeo ed internazionale, presentò nel 1999 uno studio sull'introduzione di un sistema comune di tassazione dei redditi di impresa che individuava quattro scenari possibili: la base imponibile unica armonizzata o imposta europea sul reddito delle società (*harmonised single tax base* o EU-CIT), la base imponibile unica armonizzata obbligatoria sia per le imprese europee che internazionali (*Compulsory harmonised tax base*), l'imposizione secondo le regole dello stato di residenza (*Home state taxation*), la base imponibile comune consolidata (*Common consolidated base taxation*, CCBT) o imponibile consolidato e determinato secondo regole europee sostitutive delle regole nazionali; cfr. Lodin S.O., Gammie M., *The taxation of the European Company*, in ET, 1999, p.286. Tali approcci furono oggetto di valutazione dei servizi della Commissione nello studio SEC(2001)1681 e discussi per la prima volta nel COM(2001)582 (p.17-18) i quali conclusero per l'esclusione dei primi due e per una discussione più approfondita del HST e CCTB. Per un esame dei modelli teorici proposti, Cfr. Micossi S., Parascandolo P., Triberti B., *Efficient Taxation of Multi-National Enterprises in the European Union*, in *La Tassazione dell'impresa multinazionale nell'Unione Europea*, Atti del Convegno Assonime Siena, 24-25 gennaio 2003, Aula Magna del Rettorato, Università degli Studi di Siena, reperibile presso: <https://www.coleurope.eu/system/files/force/research-paper/beep5.pdf?download=1>

<sup>1897</sup> Piuttosto, secondo il report, tali proposte valgono per le tutte le imprese e diventano più o meno attrattive in ragione della dimensione e delle caratteristiche dell'impresa: «*The measures envisaged in the comprehensive approaches are not directed from a technical angle towards small and medium-sized enterprises rather than larger ones but they each have features which make them more or less attractive to this size of enterprise*». Cfr. P.405

proponendone un'applicazione in via sperimentale<sup>1898</sup>. L'implementazione di tale regime avrebbe dovuto affiancarsi all'iniziativa già in corso e di più ampio respiro volta al miglioramento del contesto economico complessivo in cui operano le PMI<sup>1899</sup> e all'elaborazione di una base imponibile comune per le società, intesa come misura comprensiva per l'imposizione delle società.

Per le partnership, il report è ancora più netto, escludendole dalle soluzioni di breve termine suggerite per le società in quanto tali soluzioni non contemplano l'area dell'imposizione diretta personale. Secondo il report inoltre, sembrano inadeguate a prima vista anche le soluzioni a lungo termine considerate valide per le PMI: in particolare il regime di Home State taxation appare inapplicabile anche in via sperimentale alle partnership in quanto prive del requisito di residenza fiscale<sup>1900</sup>.

La concreta definizione delle linee di azione previste dal *global approach* fu affidata al COM(2001)582 che segna un secondo importante punto di svolta nello sviluppo della strategia generale dell'Unione in materia di fiscalità d'impresa<sup>1901</sup>. Basandosi sui risultati dello studio tecnico del 2001<sup>1902</sup>, la Commissione conclude che le riforme di politica fiscale cruciali ed urgenti<sup>1903</sup> richieste dalla strategia di Lisbona per il completamento del mercato interno avrebbero dovuto puntare ad eliminare le inefficienze e gli ostacoli ad attività transfrontaliere derivanti dalle divergenze strutturali e di funzionamento dei sistemi nazionali di fiscalità diretta (doppia imposizione, oneri amministrativi e costi di adeguamento alle disposizioni fiscali

---

<sup>1898</sup> Dei quattro modelli di base imponibile comune esaminati, considerava il modello del *home state taxation* come una delle soluzioni più efficaci per le PMI, proponendone un'applicazione temporanea in via sperimentale; cfr. SEC(2001)1681, par. IV.B.11.1, IV.C.15.6 e 16.5.2

<sup>1899</sup> Part IV.B: Targeted actions in specific areas, cap.11: Specific remedial measures in favour of small-medium size enterprises, p.381

<sup>1900</sup> «To the extent that the issues concerning partnerships arise from differences in their definitions and hence their tax treatment in different Member States the comprehensive approaches do not address all the problems identified in Part III associated with partnerships, as they do not extend to personal taxation. If a common corporate tax treatment were agreed as a result of a specific measure then the harmonising approaches could be applied but for Home State Taxation purposes the issue of residence would also have to be addressed to assist in identifying the Home State». Cfr. report, p.406

<sup>1901</sup> COM(2001)582, Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali, Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione UE delle società. Per una ampia ricostruzione della strategia fiscale europea dagli anni 2000 agli sviluppi recenti, v. Cerioni L., Corporate tax harmonisation – Stage II: Coordination to fight tax avoidance and harmful tax competition, in Panayi C. HJI, Haslehner W., Traversa E., (a cura di), Research Handbook on European Union Taxation Law, Edward Elgar Publishing, 2020, p.294 ss.

<sup>1902</sup> SEC(2001)1681, Company taxation in the internal market.

<sup>1903</sup> «In generale il Consiglio di Lisbona ha incitato anche a costruire un quadro normativo complessivo favorevole alle attività economiche nell'UE. La tassazione delle società può dare un contributo importante al raggiungimento di questo obiettivo e all'instaurazione di pari condizioni per tutte le imprese dell'UE. Tuttavia, mentre in altri settori sono state prese iniziative importanti, nel campo dell'imposizione fiscale poco è cambiato e gli Stati membri sono dotati fondamentalmente degli stessi regimi di tassazione delle imprese che avevano prima della creazione del mercato unico. È il momento di rimediare a questo sfasamento e l'azione è tanto più urgente alla luce dell'imminente allargamento dell'UE». C fr. COM(2001)582, p.3

nazionali), con effetti benefici diretti sull'efficienza complessiva delle scelte degli operatori economici.

La rimozione degli ostacoli derivanti dalla coesistenza di differenti sistemi fiscali nazionali sarebbe avvenuta mediante due distinte linee di azione: una di breve-medio periodo (*targeted measures*) con misure di ravvicinamento mirate a risolvere i problemi più urgenti<sup>1904</sup> e una di lungo periodo (*comprehensive measures*) mirata ad elaborare una base imponibile unica e consolidata per l'imposta sulle società operanti nel mercato interno (CCCTB); una soluzione sicuramente più efficace e duratura, ma caratterizzata da tempi più lunghi poiché mirata ad armonizzare i presupposti impositivi dei sistemi di fiscalità diretta dell'Unione<sup>1905</sup>.

Sebbene l'analisi tecnica condotta dai servizi della Commissione faccia per lo più riferimento agli effetti dell'interazione dei sistemi fiscali sul comportamento delle "imprese" con operazioni transfrontaliere, va notato che la Commissione impieghi le conclusioni di tale analisi per discutere le strategie a breve e lungo termine da adottare per le "società" operanti nel mercato interno e solo come breve inciso rispetto a queste, si ispira a taluni suggerimenti dello studio tecnico<sup>1906</sup> per evidenziare la possibilità di adottare diversi strumenti di intervento sulla tassazione delle imprese "grandi, medie e piccole" in ragione della diversa natura dei problemi fiscali da affrontare<sup>1907</sup>.

Nell'ambito della comunicazione COM(2001)582 sembra dunque emergere un altro importante tassello della strategia generale della Commissione in materia di fiscalità d'impresa: rispetto ad ostacoli ed inefficienze causati dalle diversità dei sistemi fiscali la Commissione avverte in generale una indifferibile ed uniforme esigenza di intervenire sulla fiscalità d'impresa la quale però richiede una diversificazione di interventi sulla tassazione delle società (da una parte) e delle

---

<sup>1904</sup> Misure di breve-medio termine, mirate a risolvere i problemi più urgenti: adeguamento agli orientamenti della corte di Giustizia, estensione e miglioramento delle direttive esistenti, nuove proposte in materia di compensazione transfrontaliera delle perdite, il perfezionamento della convenzione sull'arbitrato, un approccio comune al problema delle convenzioni contro la doppia imposizione; cfr. COM(2001)582.

<sup>1905</sup> Cfr. Rolle G., Ruocco A., Valente P., Il Coordinamento della Tassazione dei Redditi d'Impresa nell'Unione Europea, CSC Working Paper n. 40/2003, consultabile presso: [https://static1.squarespace.com/static/55a50b8ee4b00f4e23b93618/t/574321f460b5e922a259e985/1464017402555/2003\\_20\\_6\\_CSC\\_Anna+Ruocco\\_Giovanni+Rolle\\_PV\\_Il+Coordinamento+della+Tassazione+dei+Redditi+d%27Impresa+nell%27Unione+Europea.pdf](https://static1.squarespace.com/static/55a50b8ee4b00f4e23b93618/t/574321f460b5e922a259e985/1464017402555/2003_20_6_CSC_Anna+Ruocco_Giovanni+Rolle_PV_Il+Coordinamento+della+Tassazione+dei+Redditi+d%27Impresa+nell%27Unione+Europea.pdf)

<sup>1906</sup> V. punto 34, 49 e 63 dell'allegato al COM(2001)582, contenente una sintesi dei risultati dello studio SEC(2001)1681.

<sup>1907</sup> In relazione alla discussione delle misure a breve termine, la Commissione afferma: «Va notato che nessuno delle suddette possibili soluzioni è diretta specificamente alle grandi o alle piccole e medie imprese. È però conseguente alla natura dei problemi e dei loro effetti che anche le piccole e medie imprese attive a livello internazionale trarranno giovamento dalla soppressione degli ostacoli fiscali. Vi sono in generale ottimi motivi per prevedere adeguate misure di semplificazione e standardizzazione a favore delle piccole e medie imprese, per ridurne i costi di conformità fiscale. A seconda del tipo di misura, tali iniziative possono essere condotte a livello nazionale o invece essere sostenute esplicitamente a livello UE, com'è già il caso in materia di IVA», cfr. COM(2001)582, p.16.

imprese piccole e medie (dall'altra) con impiego di strumenti differentemente calibrati e strategie misurate ai diversi obiettivi individuati per ciascuna di queste.

Da notare in particolare come, anche in questa fase istituzionale, la Commissione distingue l'intervento sulla tassazione delle società (cioè una specifica forma giuridica d'impresa) dall'intervento sulla fiscalità di tutte le altre imprese non soggette ad imposta societaria, distinguibili sulla base di un criterio dimensionale di natura economica (piccole e medie) anziché giuridica.

Nel fare il punto sull'armonizzazione della fiscalità d'impresa, il COM(2003)726<sup>1908</sup> discute separatamente i risultati derivanti dalle “*misure mirate intese a sopprimere gli ostacoli fiscali nel mercato interno*” (*targeted measures*) e i “*progressi verso una base imponibile consolidata per le attività di livello UE delle società*” (*comprehensive measures*). In questi ultimi prende forma concreta la proposta, suggerita dallo studio del 2001, di un regime di *Home State taxation* (HST) applicabile su opzione dalle PMI degli stati membri<sup>1909</sup>.

Questa impostazione sembra confermare l'iniziale strategia generale sulla fiscalità delle imprese che operano nel mercato interno: la globalità dell'approccio nella rimozione degli ostacoli fiscali alle imprese dovrebbe includere strategie mirate sia per la tassazione delle società che per la tassazione di tutte le altre le imprese. Coerentemente con l'impostazione dei sistemi fiscali degli Stati che distinguono le imprese soggette ad imposta sulle società da quelle non soggette a tale imposta, il graduale progresso di armonizzazione della fiscalità d'impresa dovrebbe comprendere entrambe, separando tuttavia le misure da adottare in ragione della diversa natura dei problemi rilevati.

Nel 2004, tuttavia l'approvazione della direttiva sul regime fiscale di Interessi e royalties conferma l'esclusione sia delle PMI che delle partnership dell'ambito soggettivo del regime armonizzato.

Parallelamente giungeranno a compimento anche le proposte della Commissione in tema di SE e SCE, con l'approvazione dei relativi regolamenti.

Nel 2003 la Commissione adotta una specifica raccomandazione agli Stati per uniformare la definizione di “piccola, media e micro impresa” impiegata nell'ambito

---

<sup>1908</sup> COM(2003)726, Un mercato interno senza ostacoli inerenti alla tassazione delle società – risultati, iniziative in corso e problemi ancora da risolvere

<sup>1909</sup> Il tema è trattato in seguito, V. infra § 4.4.4.



delle diverse politiche dell'Unione<sup>1910</sup>. Come base per tali nozioni la raccomandazione forniva una più generale definizione di «impresa»<sup>1911</sup> che, prescindendo dalla forma giuridica, includeva espressamente le società di persone (partnership).

Nell'ambito del rilancio della strategia di Lisbona<sup>1912</sup>, il COM(2005)532<sup>1913</sup> mette in luce il ruolo della fiscalità e definisce i correttivi di politica fiscale necessari ad accelerare il conseguimento degli obiettivi di tale strategia. Secondo la Commissione, le riforme cruciali di politica fiscale richieste dalla strategia di Lisbona per il completamento del mercato interno avrebbero dovuto puntare ad eliminare gli ostacoli costituiti da talune divergenze strutturali e di funzionamento dei sistemi nazionali di fiscalità diretta (doppia imposizione, oneri amministrativi e costi di adeguamento alle disposizioni fiscali nazionali), con effetti benefici complessivi sull'efficienza delle scelte economiche degli operatori<sup>1914</sup>.

---

<sup>1910</sup> Raccomandazione della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese (Testo rilevante ai fini del SEE). Art.1 - Impresa: «*Si considera impresa ogni entità, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, che eserciti un'attività economica. In particolare sono considerate tali le entità che esercitano un'attività artigianale o altre attività a titolo individuale o familiare, le società di persone o le associazioni che esercitino un'attività economica*».

La definizione distingue tra:

- medie imprese [effettivi < 250 / fatturato ≤ 50 milioni € o totale di bilancio annuo ≤ 43 milioni €]
- piccole imprese [effettivi < 50 / fatturato ≤ 10 milioni € o totale di bilancio annuo ≤ 10 milioni €]
- microimprese [effettivi < 10 / fatturato ≤ 2 milioni € o totale di bilancio annuo ≤ 2 milioni €].

Non rientrano nel campo di applicazione di questa definizione le imprese che fanno parte di grandi raggruppamenti e che potrebbero perciò giovare di un contesto economico più favorevole delle PMI vere e proprie. V. Com 726, p. 15.

La sostanza di tale definizione riprende gli esiti degli sviluppi giurisprudenziali della Corte di Giustizia che in numerose occasioni ha avuto l'esigenza di chiarire la nozione di impresa ma mai con riferimento all'imposizione diretta.

La dottrina giuscommerciale rileva per esempio che il concetto di impresa sviluppato dalla Corte di Giustizia nell'ambito della concorrenza ha un'estensione molto più dilatata di quella prevista negli Stati membri, fino a ricomprendere «qualunque entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico»; cfr. Höfner et Elser / Macrotron, C-41/90, punto 21. Rientrano nella nozione quindi tutte le attività economiche e professionali indipendentemente dalla forma giuridica scelta. Cfr. Di Via V.L., L'impresa, in Trattato di diritto privato europeo, Lipari N. (a cura di), Padova, 2003, II, p. 54 ss.; Cippitani R., I soggetti del mercato interno, in Palazzo A. e Sassi A. (a cura di), Diritto privato del mercato, p. 60-67, in part. la bibliografia a nota 21.

<sup>1911</sup> Cfr. Tahiraj R., Verso un modello fiscale comunitario per le piccole e medie imprese, in Rivista Piccola Impresa/Small Business,, n.3/2008, p. consultabile presso: <http://rivistapiccolaimpresa.uniurb.it/index.php/piccola/article/view/94>, che osserva «*come la definizione comunitaria di PMI non costituisca una nozione specificamente fiscale, bensì generale, in grado di unificare e semplificare le nozioni di PMI e, in questo senso, assicurare la coerenza normativa ed eliminare i possibili effetti distorsivi*»

<sup>1912</sup> Commissione, COM(2005) 330 e COM(2005) 24.

<sup>1913</sup> Commissione, COM(2005)532, Il contributo delle politiche fiscali e doganali alla strategia di Lisbona.

<sup>1914</sup> Proprio in considerazione della crescente internazionalizzazione delle imprese infatti «gli ostacoli di natura fiscale appaiono ancora più chiaramente come barriere residue sul mercato interno».

Pur riconoscendo la funzione della fiscalità domestica rispetto alle politiche sociali e redistributive degli Stati e l'utilità di «un certo livello di concorrenza fiscale» fra questi, la Commissione segnalava come l'esistenza di diversi sistemi fiscali nazionali nell'UE fosse un fattore di grave ostacolo al pieno sfruttamento dei benefici di un mercato interno competitivo, con ricadute negative su investimenti, innovazione competitività del settore produttivo dell'UE

In base agli esiti dell'*European Tax survey*, SEC(2004) 1128/2, la commissione concludeva che «questa situazione impedisce una più efficiente distribuzione delle risorse e la realizzazione di condizioni di parità».

In particolare, «una conseguenza della doppia imposizione, dei costi di tipo fiscale per la ristrutturazione delle aziende e delle differenze più generali tra le norme fiscali degli Stati membri è che le ditte preferiscono operare nel loro paese più che in un altro Stato membro»; cfr. COM(2005) 532, par.1.1

Questa comunicazione si registra tuttavia come l'ultima nella quale la Commissione affronta in una unica discussione le misure da adottare nella fiscalità d'impresa nel suo complesso, unendo società e PMI, ma anche l'ultima nella quale riferisce di una strategia specifica per la tassazione comune delle imprese non societarie. Da tale momento in poi, nell'approccio della Commissione la strada della fiscalità delle imprese societarie e quella delle imprese non societarie si divideranno definitivamente e le relative comunicazioni saranno dedicate alla discussione separata delle misure dedicate all'una e dell'altra, a presagio del diverso destino che attende il progresso dell'armonizzazione dei due rami della fiscalità d'impresa. Mentre infatti l'armonizzazione dell'imposizione societaria ha registrato taluni passi avanti, l'armonizzazione dell'imposizione sui redditi delle altre imprese costituite in altra forma e quindi non soggette ad imposte societarie si è arenata.

Nell'ambito della fiscalità societaria le proposte della Commissione sulla fiscalità delle imprese societarie, coerentemente con la strategia di azione "a due livelli" proclamata nel COM(2001)582, discuteranno in particolare le misure a breve e a lungo termine. Fra le prime segnaliamo la modifica dell'ambito soggettivo della direttiva MF [COM (2003)462] e fusioni [COM(2003)613] che giungono a compimento con l'approvazione del Consiglio e il COM(2005)823 mirato a richiamare gli Stati ad una maggiore proattività nel coordinamento dei sistemi fiscali rispetto alle misure di breve termine dedicate alle società. Fra le seconde invece segnaliamo il progetto per l'elaborazione di una CCCTB, i cui sviluppi conducono fino ai giorni nostri. È ben chiaro sin da questa fase però che l'elaborazione della CCCTB oltre che richiedere un tempo prolungato si qualifica come soluzione mirata a risolvere solo i problemi della fiscalità societaria<sup>1915</sup>. Nonostante i tentativi di senso contrario, le imprese non societarie e in particolare le partnership restano infatti escluse anche dal progetto CCCTB<sup>1916</sup>.

L'assenza di strategie a breve-medio termine sulla fiscalità diretta delle imprese non societarie non significa tuttavia l'abbandono di strategie fiscali di lungo periodo

---

<sup>1915</sup> «La Commissione ritiene che un modo per far fronte in maniera sistematica agli ostacoli di carattere fiscale incontrati dalle società che operano in più Stati membri sia quello di introdurre una base imponibile consolidata comune (Common consolidated corporate tax base-CCCTB) per le attività di dimensione UE dei gruppi multinazionali. Essa ha pertanto annunciato la sua intenzione di presentare una proposta legislativa generale in materia nel 2008. Intanto tuttavia occorrono anche misure più mirate per risolvere i problemi più urgenti a breve e medio termine. Inoltre, non tutte le questioni si risolveranno con l'introduzione della CCCTB, visto ad esempio che questa non riguarderebbe le persone fisiche e non si applicherebbe necessariamente a tutte le società e/o a tutti gli Stati membri, e che occorrerà affrontare il problema dell'interazione tra la CCCTB e altri aspetti dei sistemi di imposizione diretta». Cfr. COM(2006) 823, p.3-4.

<sup>1916</sup> La discussione dal rapporto fra partnership e personal scope della CCCTB si rinvia al §4.4.3 .

sulle PMI che, se soggette all'imposizione societaria, restano incluse nel progetto della CCCTB.

La Comunicazione COM (2006)823<sup>1917</sup> nel ribadire l'esigenza di una strategia a due livelli mirata a rimuovere gli ostacoli fiscali mediante misure a lungo e a medio-breve termine, evidenzia per la prima volta l'esigenza di un maggiore coordinamento fra i sistemi impositivi per rimuovere le asimmetrie che causano da una parte discriminazione e doppia imposizione e, dall'altra, doppia imposizione e abuso<sup>1918</sup>. A fronte delle misure proposte in tema di exit tax<sup>1919</sup>, cfc rule, compensazione delle perdite transfrontaliere<sup>1920</sup>, la Commissione mette in evidenza come la doppia imposizione e la doppia non imposizione derivante dai conflitti di classificazione delle entità e di qualificazione reddituale possano essere risolti mediante misure comuni antiabuso e strumenti di composizione delle controversie generalizzati e ulteriori rispetto alla Convenzione arbitrale<sup>1921</sup>. Il COM (2009)201 sulla promozione della buona governance in materia fiscale chiederà al Consiglio di promuovere gli orientamenti di cooperazione, trasparenza e contrasto alla concorrenza fiscale dannosa sviluppati all'interno dell'Unione anche nei rapporti con gli Stati terzi con l'obiettivo di raggiungere un equilibrio fra la sovranità fiscale dei singoli Stati e la protezione legittima del gettito erariale.

Nell'ambito della fiscalità delle imprese non societarie la proposta della Commissione per un'applicazione sperimentale del HST, invece, condurrà ad un binario morto. Le successive proposte fiscali per le PMI, formulate come interventi di supporto a una politica generale per le PMI della Commissione convergeranno all'interno di una strategia di più ampia portata, mirata a migliorare le condizioni complessive di operatività delle PMI nel mercato interno. Ne sono prova la

---

<sup>1917</sup> COM (2006)823 Coordinamento dei sistemi di imposizione diretta degli Stati membri nel mercato interno

<sup>1918</sup> Cfr. COM (2006)823 p. 5 e 6

<sup>1919</sup> COM (2006) 825 Tassazione in uscita e necessità di coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri.

<sup>1920</sup> Nel COM (2006)824, Tax Treatment of Losses in Cross-Border Situations, la Commissione richiama quanto già affermato nel com(2005)702 e mette in particolare evidenza gli effetti distorsivi della assenza di compensazione delle perdite transfrontaliere sulle PMI, v. in particolare p.3.

<sup>1921</sup> «Discordanze possono anche sorgere, ad esempio, in relazione alla qualificazione da parte degli Stati membri del capitale di prestito e del capitale netto. Uno Stato membro può considerare un'operazione come un apporto di capitale anziché un prestito e quindi non considerare imponible il reddito del capitale, mentre un altro Stato membro può considerare il prestito come un debito e consentire alla società che paga l'interesse di procedere alla deduzione degli interessi pagati. Tale situazione può tradursi nella deduzione in uno Stato membro senza una corrispondente tassazione in un altro Stato membro. Un altro settore è quello delle entità ibride, ossia entità che sono considerate società di capitali (opache) da uno Stato membro e società di persone (trasparenti) da un altro Stato membro; questa differenza di qualificazione da parte degli Stati membri può dar luogo a doppie esenzioni e doppie deduzioni». Cfr. COM (2006)823 p.8. Nello stesso senso v. COM 2007(785), L'applicazione delle misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta – all'interno dell'UE e nei confronti dei paesi terzi, p.6

comunicazione COM(2005)551<sup>1922</sup> che sotto lo slogan “*Think Small First*” tenta di guidare il legislatore europeo a rendere disponibile ogni iniziativa europea anche alle imprese piccole, le cui scelte di mercato si diversificano dalle grandi imprese a causa delle risorse finanziarie, manageriali, tecnologiche e commerciali molto limitate<sup>1923</sup>. Tale approccio condurrà allo “Small Business Act” proposto con il COM(2008)394<sup>1924</sup> che, attraverso un approccio di partenariato politico con gli Stati membri, mira a creare un ambiente economico e sociale favorevole alle PMI e che, insieme ad altre comunicazioni<sup>1925</sup>, ha dato vita a numerose altre misure che puntano a facilitare la costituzione e il funzionamento delle PMI nel mercato interno (come la società privata europea<sup>1926</sup>), anche attraverso deroghe specifiche alle norme sulla concorrenza, la fiscalità e il diritto societario<sup>1927</sup>. All’interno del nuovo quadro, le misure di fiscalità diretta assumono la dimensione minima necessaria a rappresentare un fattore abilitante per altre misure volte ad agevolare il contesto operativo delle PMI.

Un esempio tipico è quello del *venture capital*, oggetto della proposta n. 16 del COM(2010)608<sup>1928</sup> mirata a realizzare un maggior coordinamento delle norme fiscali per evitare la doppia imposizione sugli investimenti finanziari che possono costituire una importante fonte di capitale di rischio per le PMI. A questo riguardo appaiono significativi gli esiti del *Report of the Expert Group on Removing Tax Obstacles to Cross-border Venture Capital Investments* del 2010 il quale individua tre principali ostacoli fiscali: la differente classificazione dei fondi di *venture capital* come fiscalmente opachi o trasparenti da parte degli Stati coinvolti nell’operazione, la classificazione del fondo trasparente come stabile organizzazione nello stato dell’investitore, l’attribuzione al fondo del diritto al rimborso della ritenuta subita dall’investitore. Taluni di questi aspetti collimano perfettamente con le criticità sollevate dalla Commissione riguardo alla figura delle *partnership* commerciali nei diversi report esaminati in precedenza.

Un altro esempio è quello della fiscalità dell’energia.

---

<sup>1922</sup> Attuazione del programma comunitario di Lisbona - Una politica moderna delle PMI per la crescita e l’occupazione

<sup>1923</sup> Il programma fu seguito da uno stato di avanzamento documentato nel COM(2007)592

<sup>1924</sup> “Una corsia preferenziale per la piccola impresa”, Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (un “Small Business Act” per l’Europa)

<sup>1925</sup> Come ad esempio Verso un atto per il mercato unico — Per un’economia sociale di mercato altamente competitiva» COM(2010)608 e «L’atto per il mercato unico II» (COM(2012)0573)

<sup>1926</sup> La proposta di regolamento della SPE contenuta nel COM(2008)396 non è mai stata approvata.

<sup>1927</sup> Vedi <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/63/piccole-e-medie-imprese> e sintetizza

<sup>1928</sup> Verso un atto per il mercato unico - Per un’economia sociale di mercato altamente competitiva» COM(2010)608.

In tema di fiscalità societaria, il documento “*Una nuova strategia per il mercato unico*” commissionato al prof. Monti nel 2010, segnala l’esigenza di soluzioni non tanto armonizzate, ma coordinate, rispettose cioè della sovranità fiscale degli stati, in grado di ridurre la concorrenza fiscale dannosa e di eliminare la propensione intrinseca a tassare le basi imponibili meno mobili indotta dal funzionamento del mercato interno<sup>1929</sup>. Secondo la nuova strategia globale, l’imposta sulle società è in cima alla lista dei settori di intervento. Le principali raccomandazioni a riguardo comportano l’eliminazione delle restanti barriere fiscali nel mercato interno, l’adozione di norme per la compensazione fiscale delle perdite, l’introduzione di uno strumento di composizione vincolante delle controversie sulla doppia imposizione, la definizione di una base imponibile comune per le imprese, la prosecuzione dei lavori del codice di condotta contro la *harmful fiscal competition* e l’istituzione di un gruppo di rappresentanti dei Governi per la discussione dei temi della politica fiscale<sup>1930</sup>. La nuova strategia asseconda inoltre la linea della Commissione intrapresa con lo Small Business ACT del 2008 con l’obiettivo di creare un clima imprenditoriale favorevole alle PMI<sup>1931</sup>.

#### **4.4.1.4 Gli sviluppi recenti: il contrasto all’erosione della base imponibile. Inclusione delle partnership fra gli agli hybrid mismatch.**

In parte basato sui risultati dei lavori BEPS dell’OCSE, il piano di azione varato dalla Commissione<sup>1932</sup> nel 2015 ha messo a segno importanti progressi della politica europea in materia di fiscalità d’impresa: lo sviluppo del progetto CCCTB, l’adozione di un pacchetto fiscale antievasione, l’adozione della direttiva sulla composizione delle controversie derivanti dalla doppia imposizione sui redditi, una maggiore cooperazione fra gli Stati nello scambio delle informazioni fiscalmente rilevanti.

Alcuni di questi progressi hanno avuto un impatto importante e diretto anche sulla tassazione delle partnership, settore che sulla base di quanto detto finora sembrerebbe ormai escluso da ogni forma di coordinamento o ravvicinamento.

---

<sup>1929</sup> COM(2010)608, p.85

<sup>1930</sup> V. COM(2010)608, p.82-89

<sup>1931</sup> V. COM(2010)608, p.45-46

<sup>1932</sup> COM(2015)302 e SWD(2015)121

In particolare, la direttiva ATAD1 e ATAD2, incluse nell'Anti Tax Avoidance Package (ATAP)<sup>1933</sup>, hanno introdotto negli Stati membri disposizioni CFC<sup>1934</sup> e sui disallineamenti da ibridi che hanno un impatto diretto e significativo sulla fiscalità delle entità trasparenti, siano esse enti ibride o ibridi inversi.

Gli ulteriori sviluppi del progetto per una base imponibile comune e consolidata hanno registrato talune importanti modifiche consistenti nell'obbligatorietà del regime e nella possibilità di un'adozione progressiva prima in forma di base imponibile comune (CCTB) e poi in forma di base imponibile consolidata (CCCTB); tuttavia resta confermata l'esclusione dei redditi d'impresa delle entità non societarie e quindi delle partnership.

Taluni profili rilevanti per le partnership invece presenta la direttiva UE/2017/1852 sulla composizione delle controversie derivanti dalla doppia imposizione sui redditi, esito di una proposta maturata a partire dal 2006, nella misura in cui consente alle persone residenti di attivare una MAP nel proprio Stato di residenza e di ottenere in caso di insuccesso della procedura un arbitrato.

#### **4.4.1.5 Valutazioni**

Da tale ricostruzione si può concludere che il tema della trasparenza fiscale come metodo di prelievo fiscale sugli utili delle partnership è stato progressivamente introdotto nella discussione sulle prospettive di armonizzazione dell'imposizione societaria a partire dalla metà degli anni '70 (proposta direttiva sull'allineamento delle aliquote) e definitivamente riconosciuto come fattore di distorsione del funzionamento del mercato interno.

Si può affermare che all'inizio del percorso di integrazione europea, la tassazione delle partnership, inclusa nel più ampio capitolo della tassazione delle imprese non societarie, sia un tema fuori dall'attenzione delle istituzioni europee e perciò per lo più ignoto e trascurato. Ciò probabilmente è dovuto all'impostazione strutturale dei sistemi impositivi del primo dopoguerra, orientati in generale alla tassazione degli utili intesi come ricchezza mobile, da distinguere dalle fonti di ricchezza fissa. Tale distrazione sembra dovuta soprattutto alla configurazione

---

<sup>1933</sup> L'Anti Tax Avoidance Package (ATAP) è stato lanciato con il COM(2016)23 e prevedeva l'adozione di una direttiva Anti Tax Avoidance n. 2016/1164 (ATAD1), successivamente integrata da una seconda direttiva sui disallineamenti da ibridi con Paesi terzi n. 2017/952 (ATAD2), una raccomandazione relativa all'inserimento di una clausola anti-abuso nei Trattati fiscali C(2016)271, una comunicazione sulla strategia fiscale esterna dell'Unione COM(2016)24 e uno studio sulle strutture di Aggressive tax planning, Working paper n.61/2015

<sup>1934</sup> Il tema della CFC rule non è oggetto di studio in questo lavoro.

strutturale dei sistemi fiscali dell'epoca basati sulla tassazione della ricchezza in quanto tale che non sulla posizione reddituale complessivamente imputabile alle persone.

Nel corso del tempo come si è visto il tema prenda consistenza ed occupi uno spazio logico progressivamente importante nell'agenda della Commissione.

Nonostante le riserve manifestate nel 1980 dalla Commissione a proposito dell'armonizzazione della fiscalità diretta delle partnership, per effetto delle indicazioni del Rapporto Ruding del 1992 il tema riprende vigore nel più ampio contesto delle iniziative di armonizzazione della fiscalità diretta delle PMI.

- Nel '67 è un tema indistinto e confuso in quello che è stato definito uno dei piani più completi e sfidanti di riforma della fiscalità.
- Nel rapporto Segrè il congegno della trasparenza è impiegato come correttivo alla logica della tassazione in base alla residenza per evitare la tassazione degli intermediari e garantire neutralità fiscale alle operazioni finanziarie internazionali. Il merito di tale rapporto è dunque quello di introdurre un concetto nuovo nella fiscalità internazionale che avrà notevole impatto nella configurazione del concetto di “beneficiario effettivo” nelle DTC: la trasparenza fiscale finanziaria.
- Nel periodo 70-80 le partnership non sono un tema centrale, ma il meccanismo che presiede alla tassazione dei loro utili è oggetto di interesse costituendo una pietra di paragone per superare i problemi della doppia imposizione giuridica internazionale degli investimenti finanziari e della doppia imposizione economica internazionale dei dividendi. Il rapporto Segrè lo usa come correttivo per evitare la doppia imposizione nel mercato dei capitali (per evitare cioè che i redditi degli investitori siano tassati in capo agli intermediari finanziari nel loro stato di residenza). Il rapporto Van den Tempel lo impiega come metodo per valutare vantaggi e svantaggi del sistema classico di tassazione dei dividendi internazionali in una ipotetica proposta di armonizzazione del settore. Con il rapporto Burke, la fiscalità delle partnership è riconosciuta come un serio ostacolo fiscale al mercato ma è ritenuta fuori portata in quanto tema proprio dell'imposizione personale, strettamente riservata agli Stati.
- Gli anni '90 vedono l'esclusione delle partnership dalle direttive fusioni e dividendi e inclusione nella direttiva sui *correlative adjustment* da rettifiche di transfer pricing. Il rapporto Ruding include la fiscalità delle partnership nella sua analisi abbinandola a quella delle PMI e suggerendone l'inclusione nel generale progetto di armonizzazione della fiscalità d'impresa: nel breve periodo mediante la previsione di un'opzione per la corporation tax e nel lungo periodo estendendo

l'ambito soggettivo di applicazione delle direttive anche alle partnership e alle PMI. In questo periodo si consolida una strategia dell'Unione sulla fiscalità d'impresa concertata sui redditi societari e remissiva sui redditi d'impresa non societaria.

- Tale strategia si consolida negli anni recenti comportando anche una diversificazione delle proposte della Commissione: non più comunicazioni e proposte globali sulla fiscalità d'impresa, ma proposte mirate ad un ramo specifico di questa.
- L'armonizzazione della fiscalità societaria prosegue con il varo della direttiva interessi royalties l'ampliamento oggettivo della direttiva fusioni in una logica di armonizzazione delle operazioni di ristrutturazione societaria.
- La fiscalità delle partnership invece è abbinata a quella delle PMI. Lo studio del 2001, nel valutare le diverse alternative per una armonizzazione dell'imposta societaria elabora quattro modelli possibili, fra questo l'HST è ritenuto valido per le PMI. Il progetto tuttavia esclude espressamente le partnership e naufraga. Analoga sorte seguirà l'ipotesi di includere le PMI nel progetto per una CCCTB: il report degli appositi gruppi di lavoro suggerisce l'inclusione delle PMI, ma le diverse proposte le escludono.
- L'approccio del report del 2001 rispetto alla fiscalità delle partnership è così riassumibile: sebbene il tema delle partnership sia discusso anche a margine di alcuni problemi propri della fiscalità societaria<sup>1935</sup>, l'esame della fiscalità delle partnership va contestualizzata nell'ambito della fiscalità della piccola e media impresa. Il che sembra basato evidentemente sul presupposto di una diretta corrispondenza fra dimensione economica dell'impresa e forma giuridica. I problemi di doppia imposizione derivanti da conflitti di classificazione fiscale delle partnership fra Stati come anche da conflitti di qualificazione reddituale (in caso di classificazione simmetrica) sono puntualmente identificati e ritenuti fonte di distorsione del mercato, poiché dirottano le scelte economico giuridiche degli operatori da quelle ottimali. Rispetto alle partnership tuttavia le conclusioni del report sono trancianti dichiarando l'impossibilità di includerle in qualunque delle strategie individuate, né in quelle specifiche né in quelle complessive.
- La diversa conclusione del report sulle PMI, condurrà la Commissione cinque anni più tardi a sviluppare un complesso progetto sperimentale per

---

<sup>1935</sup> Nel rilevare che la proposta della direttiva sulla compensazione delle perdite transfrontaliere include espressamente le partnership ad esempio il report suggerisce di procedere cautamente nel disciplinare le perdite delle controllate e delle stabili organizzazioni e separatamente dalle partnership. Cfr. Report. P.355



l'applicazione del regime di HST, dal quale le partnership sono espressamente escluse e che peraltro sfumerà in un nulla di fatto.

- Nell'ambito del pacchetto antievasione il tema delle partnership assume una configurazione ribaltata: l'esigenza di proteggere gli Stati dall'erosione delle basi imponibili senza inasprire logiche di competizione fiscale fra Stati, l'UE si ispira ai lavori del BEPS e formula delle direttive sui disallineamenti da ibridi. In questo caso le partnership entrano a pieno titolo nel regime di protezione in quanto entità ibride. In questo caso non si cerca più il rimedio contro la doppia imposizione degli utili come ostacolo da rimuovere al funzionamento del mercato interno, bensì si cerca di rimuovere le cause di una distorsione indiretta: l'impiego delle partnership come strumenti di pianificazione sono (come tutti gli ibridi) una distorsione sia nella localizzazione degli investimenti sia nella scelta del veicolo, fanno parte di strategie di erosione della base imponibile e accentuano la competizione fiscale fra stati. Le partnership nel *personal scope* della direttiva Madre-figlia: esclusione dalle società madri ed inclusione fra le società figlie

#### **4.4.2 Le partnership nel *personal scope* della direttiva Madre-figlia: esclusione dalle società madri ed inclusione fra le società figlie**

La Direttiva 90/435CEE, è stata oggetto di diverse modifiche nel corso del tempo<sup>1936</sup>. Nel 2011 la direttiva 90/435CEE è stata rifusa nella Direttiva 2011/96/UE *concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi*, la quale ha subito ulteriori modifiche<sup>1937</sup>.

Se si escludono le eventuali configurazioni soggettive della norma antiabuso<sup>1938</sup>, il campo di applicazione soggettiva della direttiva ha subito sensibili variazioni per

---

<sup>1936</sup> La Direttiva 2003/123/CE che, ai fini dell'applicazione, ha ampliato la lista delle forme societarie incluse nel regime, ha ridotto al 10% la percentuale di partecipazione nelle società figlie e ha incluso nel regime le stabili organizzazioni<sup>1936</sup>; l'Atto di adesione del 2003 che ha esteso l'applicazione della Direttiva Madre-figlia agli Stati neo-aderenti all'Unione dal 1.5.2004; la Direttiva 2006/98/CE che ha esteso l'applicazione della Direttiva Madre-figlia agli Stati neo-aderenti all'Unione dal 1.1.2007.

<sup>1937</sup> La direttiva 2014/86/UE che introduce nella direttiva 2011/96/UE una anti-hybrid rule finalizzata ad evitare la doppia non-imposizione derivante dall'obbligo per le società madri di esentare dividendi dedotti dalle società figlie; la direttiva (UE) 2015/121/UE che introduce nella direttiva 2011/96/UE una clausola minima comune antiabuso per contrastare costruzioni giuridico-economiche non genuine, ossia realizzate il cui scopo è, fra gli altri, quello di ottenere un vantaggio fiscale in contrasto la finalità della direttiva Madre-figlia.

<sup>1938</sup> Questi non sono per nulla irrilevanti, ma riguardano logicamente non l'aspetto dell'applicazione fisiologica della direttiva, bensì il profilo patologico che si viene a creare nel caso in cui una costruzione si configuri "non genuina" in base alle previsioni dell'art. 1(2) della direttiva. Limitandoci al caso delle partnership, ciò ad esempio potrebbe verificarsi nel caso in cui una entità ibrida si interponesse fra una figlia europea e una madre extra-europea o in situazioni similari a catena societaria molto più complessa e allungata.

effetto delle modifiche intervenute con la direttiva 2003/123/CE<sup>1939</sup>. Questa ha esteso il personal scope del regime includendo le stabili organizzazioni fra le società madri e le entità fiscalmente trasparenti fra le società figlie, ha modificato le soglie di partecipazione per l'accesso ai benefici e ha incluso (nel caso lo Stato abbia optato per credit method) nel computo dell'imposta detraibile delle società madri anche le imposte delle sub-affiliate all'interno della catena societaria.

Tali interventi si erano resi necessari per perfezionare quegli aspetti che l'esperienza di dieci anni di applicazione del regime avevano suggerito come necessari per garantire una maggiore neutralità fiscale nella distribuzione degli utili infragruppo nel mercato interno<sup>1940</sup>. L'adeguamento di taluni di questi profili si era inoltre reso necessario a causa dell'intervento della giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>1941</sup>.

Va ricordato inoltre che l'estensione dell'ambito di applicazione soggettiva del regime madre/figlia aveva ricevuto un forte impulso per effetto della strategia di Lisbona la quale vedeva nello sviluppo e nella crescita delle PMI, supportata mediante tutte le politiche disponibili all'Unione, la migliore leva per il potenziamento del mercato interno e il sostegno all'occupazione<sup>1942</sup>. Fra le misure a breve termine, l'azione dell'Unione proponeva proprio l'estensione del personal scope della direttiva

---

<sup>1939</sup> Nonostante l'ampio consenso riscosso intorno alla direttiva 90/435CEE (la prima soluzione che eliminava la doppia imposizione sulla distribuzione degli utili societari all'interno dell'UE),

La prima proposta di un ampliamento della sfera di applicazione soggettiva della direttiva 90/435CEE ha origini antiche, è contenuta nel COM (93)293 e segue le conclusioni del Rapporto Ruding (Commission of the European Communities, Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation, Brussels, March 1992). Essa riguardava prevalentemente l'applicazione della direttiva a tutte le imprese soggette ad imposta sulle società indipendentemente dalla forma giuridica e l'introduzione di un metodo di imputazione delle imposte estere pagate dalle società figlie a valle della catena societaria. L'iniziale consenso riscosso intorno al testo originario della direttiva M/F tuttavia non si coagulò intorno alla proposta di tali modifiche e questa rimase sospesa per circa dieci anni.

All'indomani del Trattato di Lisbona e delle sue strategie di armonizzazione della fiscalità d'impresa (societaria e non) con l'obiettivo rimuovere gli ostacoli fiscali al buon funzionamento del mercato, lo studio condotto dalla Commissione sulla fiscalità societaria (Sec 2001-1681) metteva nuovamente all'ordine del giorno del Consiglio (Com (2003) 462) le proposte del 1993 che stavolta riscossero successo con il varo della direttiva 2003/123/CE.

<sup>1940</sup> L'esigenza di una estensione dell'ambito soggettivo era già segnalata dal rapporto Ruding del '92 ed era confluita in una proposta del '93. L'esito delle discussioni del Consiglio avvenute nel 1996 e nel 1997, non avevano avuto successo. Il nuovo quadro politico inaugurato con il COM(2001)260

Per una ricostruzione dei tentativi di modifica e degli obiettivi della Dir. 2003/123/C, cfr. Bulgarelli F., Le recenti modifiche alla direttiva "madre-figlia" e la riforma tributaria italiana, in RT, n.1/2005, p. 115, in part. par.1.

<sup>1941</sup> L'esigenza di includere le stabili organizzazioni per esempio era sorta per effetto della giurisprudenza C-270/83 Avoir fiscal e Saint Gobain C-307/99.

<sup>1942</sup> Tale strategia si configurò nel 2001 in un nuovo quadro di politica fiscale [COM(2001)260, La politica fiscale dell'Unione europea - Priorità per gli anni a venire] e in un nuovo piano di azioni a breve e lungo termine [COM(2001) 582 Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali - Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione UE delle società] che, sulla base delle conclusioni di un approfondito studio tecnico [SEC(2001)1681], fra le misure a breve termine proponeva proprio l'estensione del personal scope della direttiva madre/figlia con il preciso scopo di includere tutte le imprese soggette all'imposta sulle società, indipendentemente dalla forma giuridica. Cfr. COM(2003)462, in part. p.3-4

madre/figlia con il preciso scopo di includere tutte le imprese soggette all'imposta sulle società, indipendentemente dalla forma giuridica.

Diventa pertanto utile ai fini di questo lavoro, focalizzarne i profili tecnici e le conseguenze che tale direttiva ha comportato sul piano pratico.

Nell'ambito di un mercato europeo, il cui funzionamento deve somigliare il più possibile a quello del mercato interno ad un singolo Stato, lo scopo della direttiva originaria può riassumersi nel garantire che società di un gruppo che operano in Stati membri diversi non siano fiscalmente penalizzate rispetto a quelle che operano all'interno di un unico Stato<sup>1943</sup>. A tal fine, il regime M/F mira a rimuovere la doppia imposizione giuridica sui dividendi internazionali impedendo allo Stato fonte di tassare la distribuzione a società madri europee con i requisiti della direttiva e a rimuovere la doppia imposizione economica sui medesimi dividendi impedendo allo Stato di residenza della società madre europea di tassarli come reddito imponibile<sup>1944</sup>.

L'accesso al regime della direttiva è subordinato al possesso di un doppio ordine di requisiti.

Il primo richiede che la società che invoca i benefici della direttiva si qualifichi come "società di uno Stato membro" cioè che in base all'art. 2 della direttiva stessa essa contemporaneamente (i) sia "residente" ai fini convenzionali in tale Stato, (ii) sia assoggettata, senza possibilità di opzione e senza esenzione, a una delle imposte elencate nell'allegato I, parte B, o a qualsiasi altra imposta che avrebbe potuto sostituire in futuro tali imposte, (iii) abbia una delle forme enumerate nell'allegato I, parte A. I tre requisiti devono ricorrere cumulativamente ma non necessariamente all'interno di una legislazione tributaria<sup>1945</sup>.

Il secondo ordine di requisiti impone la verifica delle soglie di partecipazione richieste dalla direttiva.

Particolari aspetti interpretativi relativi al *personale scope* meritano di essere discussi in relazione alla possibilità di configurare una partnership come uno dei soggetti interessati dalla distribuzione degli utili.

---

<sup>1943</sup> Direttiva 2011/96/UE, Preambolo, (4). Cfr. Panayi C. HJI, European Union Corporate Tax Law, Cambridge University Press, 2013, p.

<sup>1944</sup> Diversamente invece avviene nel Mod. OCSE dove l'art. 10 mira ad attenuare solo la doppia imposizione giuridica internazionale; cfr. Panayi C.HJI, European Union Corporate Tax Law, Cambridge University Press, 2013, p.32.

<sup>1945</sup> Terra B. e Wattel P., European tax law, Deventer, 2008, pag. 480; Tenore M., The parent-subsidiary directive, in Lang M., Pistone P., Schuch J., Staringer C., Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, Linde, 2018, p.134.

Il requisito della residenza imposto dalla direttiva richiama l'analogo requisito previsto dall'art. 1 mod. OCSE che include i due elementi: *person* e *liability to tax*. Come già visto, per le partnership il requisito della personalità è sempre rispettato mentre il requisito *liability to tax* è strettamente dipendente dalla configurazione del sistema fiscale in cui questa è costituita. Nel caso in cui la partnership non è soggetta ad imposta, il PR99 e le versioni successive del Commentario hanno chiarito che i soci della società dovrebbero essere considerati fiscalmente residenti ai fini del Trattato se il reddito loro imputato dalla partnership è tassato nello Stato in cui risiedono. A tal proposito il PR99 fa riferimento ad un concetto di beneficiario effettivo che non corrisponde alla definizione che si sarebbe successivamente sviluppato nell'ambito del Mod. OCSE<sup>1946</sup>.

Circa il requisito dell'assoggettamento a tassazione, per lungo tempo non vi è stata unanimità in dottrina sul fatto che esso configurasse una condizione soggettiva (criterio formale-legale) o oggettiva (criterio sostanziale-economico)<sup>1947</sup>. È noto inoltre come le Corti nazionali abbiano dato differente interpretazione al requisito così come recepito nei diversi ordinamenti nazionali<sup>1948</sup>. A prescindere dell'orientamento di questi, una recente giurisprudenza della Corte di Giustizia ha definito gli aspetti di sostanza che devono caratterizzare l'operazione e la struttura percettrice dei redditi affinché la fattispecie non si configuri come abuso delle direttive MF e I/R<sup>1949</sup>.

---

<sup>1946</sup> Cfr. Danon R., Switzerland's direct and international taxation of private express trusts: With particular references to US; Canadian and New Zealand trust taxation, Schulthess 2004, p.296 e 316; Salom J., The Attribution of Income in Swiss and International Tax Law, in BIT, n.7/2011, p.394, in part. P.400

<sup>1947</sup> Secondo l'orientamento soggettivo sarebbe sufficiente che la società fosse astrattamente soggetta ad imposizione senza poter optare per l'esenzione; secondo l'orientamento oggettivo, invece, occorrerebbe che la società fosse effettivamente soggetta ad imposizione e che avesse quindi pagato imposte. Il dibattito su questo punto è ancora aperto e la letteratura abbondante. Propendono per la tesi formalistica: Brokelind C., The proposed amendements to the Parent-Subsidiary Directive some progress?, in ET, 2003, p.451; Raby N., National implementation of the Parent-Subsidiary Directive. Some problems and opportunities identified, in ECTR, 1992, p.222; Maisto G., Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra «società madri» e «società figlie», Milano, 1996, 13 ss. Contra, propende per la tesi sostanzialistica: de Hosson F. C., The Parent-Subsidiary Directive", Intertax n. 10/1990, p. 428.

Per una sintesi dell'intera dialettica e una ricomposizione sistematica del problema alla luce degli orientamenti della CGUE, cfr. Maisto G., Temi attuali sull'interpretazione della direttiva madre-figlia, in Maisto G. (a cura di), *La tassazione dei dividendi intersocietari. Temi attuali di diritto tributario italiano, dell'Unione Europea e delle convenzioni internazionali*, 2011, Giuffrè, p. 555-590, in part. p. 570-575

<sup>1948</sup> Aderiscono al criterio economico per esempio, Olanda e Svezia; cfr. Maisto G., Shaping Eu Company Tax Policy: Amending the Tax Directives, in ET, n. 8/2002, p. 287. In Italia l'orientamento sostanzialistico della Corte di Cassazione è fondato sulle sentenze Cass. n. 25490/2019 e Cass. n. 32255/2018, mentre di orientamento contrario è Cass n. 2313/2020.

<sup>1949</sup> Lubrano G., Tenore M., Spunti di riflessione sulle sentenze della Corte di Giustizia nelle c.d. cause danesi alla luce della giurisprudenza italiana, in RTDT, n.1/2020, p.112 ss.; Contrino A., Note in tema di dividendi "intraeuropei" e "beneficiario effettivo", tra commistioni improprie della prassi interna e nuovi approdi della giurisprudenza europea, in RTDT, n.1/2020, p.112 ss.; Vedi inoltre Assonime, Dividendi "in uscita": le nozioni di beneficiario effettivo e di abuso del diritto alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia UE (c.d. "sentenze danesi"), note e studi n.10/2020, reperibile in

Le società madri fiscalmente trasparenti nello Stato di costituzione con diritto di opzione per l'imposta sulle società sono escluse dal regime<sup>1950</sup>. Al contrario le società madri soggette ad imposta con opzione per la trasparenza<sup>1951</sup> sono ritenute incluse nel regime a meno che non abbiano concretamente esercitato detta opzione, beneficiando così di un regime di esenzione<sup>1952</sup>. L'applicazione alle società madri di un regime di trasparenza obbligatoria, compromettendo il requisito della residenza, si conferma dunque come preclusivo per l'accesso al regime madre/figlia.

Il requisito della forma giuridica prevista fra quelle enumerate nell'allegato I/A della direttiva è il profilo che solleva maggiori criticità. Nonostante le indicazioni del Comitato Ruding e dello studio del 2001<sup>1953</sup>, la direttiva 2003/123/CE sostituisce l'elenco delle società ammesse a beneficiare del regime confermando la libertà degli Stati nello scegliere i soggetti cui applicare la direttiva<sup>1954</sup>. Il nuovo elenco tuttavia adotta approcci differenti: l'elencazione puntuale delle forme ammesse<sup>1955</sup> è affiancata ad una "*residual entities clause*" che, con formulazione aperta, consente l'inclusione di forme giuridiche che potrebbero essere introdotte in futuro nel diritto degli Stati purché soggette ad imposta sulle società<sup>1956</sup>. La funzione del list-based approach è stato

---

<sup>1950</sup> Lo Studio condotto dai servizi della Commissione SEC(2001)1681 ha segnatamente passato in rassegna l'applicazione del regime madre figlia nella parte III-Company tax obstacles to cross-border economic activity in the internal market, dividend taxation, in part. p.241-248, rilevandone lo stretto ambito di applicazione: « *the Parent-Subsidiary Directive currently applies only to operations between companies liable to corporation tax who do not enjoy the right to opt to be so liable and who take one of the legal forms set out in the list attached to the Directive. (...) Similarly, partnerships which in some Member States are liable to or may opt to be liable to corporation tax are excluded from the scope of the Directive even where national legislation and bilateral double taxation treaties treat profits distributed by such companies to their associate companies as dividends*».

<sup>1951</sup> Per esempio le società dell'art. 115 e 116 TUIR. Per le implicazioni derivanti dalla sovrapposizione del regime di trasparenza delle società italiane con il regime della direttiva cfr. Miele L., Regime di trasparenza fiscale e soci esteri, in CT, n. 4/2004, p. 259; Salvini L., La tassazione per trasparenza, in RT, n. 5/2003, p.1504.

<sup>1952</sup> L'interpretazione letterale che condurrebbe a ritenere la potenzialità dell'opzione come ipotesi preclusiva alla applicazione della direttiva è sconfessata dall'esito dell'interpretazione teleologica così come sistematicamente operata dalla Corte di Giustizia. Va peraltro esclusa anche l'ipotesi di un'interpretazione restrittiva della norma comunitaria poiché, nella misura in cui limita il campo di applicazione della direttiva, costituirebbe un'eccezione alla regola generale e quindi ricadrebbe nella esclusiva e rigorosa competenza interpretativa della Corte di Giustizia. Cfr. Terra e Wattel, European Tax Law, Kluwer, 2001, p. 339; Di Pietro, La nuova disciplina IRES: la tassazione dei non residenti ed i principi comunitari, in RDT, 2004, n. 5, p.593; Malherbe J., Relazione al Convegno del settembre 2004, Modelli europei ed esperienze nazionali: l'armonizzazione della tassazione dei dividendi. Cfr. cause riunite C-283/94, C-291/94 e C-292/94, Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV e Voormeer BV contro Bundesamt für Finanzen, in part. punti 27-31.

<sup>1953</sup> Sul punto si vedano le osservazioni della Commissione nel COM(2003) 462, punti 12-15

<sup>1954</sup> de Sousa da Camara F., Analysis of Article 2(c) of the Parent-Subsidiary Directive, Maidera Holding Companies and their status under the Parent-Subsidiary Directive: Another view, EC Tax Journal, n.3/1995/1996, p.217.

<sup>1955</sup> Alcune forme giuridiche sono state introdotte come la società europea e la SCE, mentre altre sono state espunte, per un elenco puntuale v. Maisto G., The 2003 amendments to the EC Parent-Subsidiary Directive: what's next?, cit., p.171

<sup>1956</sup> Si tratta di un perimetro di qualificazione che rinvia al regime impositivo applicabile in quello Stato. In particolare, la formula prevede «altre società costituite in conformità alla legge (nazionale, ndr) e soggette all'imposta (nazionale, ndr) sulle società» ed è stata adottata per esempio da Francia, Regno Unito e Germania. V. allegato I della direttiva.

oggetto della sentenza C-247/08 *Gaz de France*<sup>1957</sup> nella quale la Corte ha concluso per la tassatività delle forme giuridiche indicate nell'allegato<sup>1958</sup>. Va notato che in tale circostanza la questione sollevata nella causa vertesse proprio sulla tecnica legislativa impiegata dall'allegato per escludere le partnership dal campo di applicazione della direttiva<sup>1959</sup> ma come questa non fosse in grado di superare il principio di certezza del diritto cui i contribuenti devono potersi affidare<sup>1960</sup>.

La dottrina ha notato come l'esclusione delle partnership dalla tassazione dei dividendi infragruppo sia stata l'origine di una sorta di "breccia metagiuridica"<sup>1961</sup> nell'ambito del diritto dell'Unione sotto almeno tre ordini di profili.

---

<sup>1957</sup> C-247/08 *Gaz de France* — Berliner Investissement SA. Cfr. Costa G. Ancora sul regime fiscale dei dividendi "in uscita" in contesto comunitario, in RDT, n.7-8/2010; Boulogne G.F., Geursen W.W., *Gaz de France: Dividends to Companies Not Listed in the Parent-Subsidiary Directive Are Not Exempt*, in ET, n.4/2010, p.129 ss.

<sup>1958</sup> Sebbene la questione vertesse sulle forme giuridiche nazionali incluse in un regime parzialmente armonizzato, appellandosi a costante giurisprudenza, la Corte ha ritenuto il tema come parte del contesto del rinvio pregiudiziale (punti 18-24) e ha concluso per la tassatività dell'elenco in ragione del principio di certezza del diritto (punti 33 e 38-39). Cfr. Maisto G., *Temi attuali sull'interpretazione della direttiva madre-figlia*, cit., p. 560 e l'ampia bibliografia ivi citata.

<sup>1959</sup> Afferma l'A.G. nei punti 31-32 delle sue conclusioni: «la direttiva 90/435 non ha l'ambizione di instaurare detto regime comune per tutte le società degli Stati membri. A questo proposito, l'art. 2 della direttiva 90/435 costituisce una sorta di filtro. La Commissione indica nelle sue osservazioni l'obiettivo perseguito con tale filtro. Secondo la Commissione, la finalità dell'art. 2, lett. a), della direttiva 90/435, in combinato disposto con l'allegato, lett. f), alla medesima nella sua versione iniziale, sarebbe quella di escludere le società di persone dal suo campo di applicazione. È possibile interrogarsi sull'opportunità della tecnica legislativa che consiste nell'enumerare forme giuridiche concrete di società dei diversi Stati membri, tecnica applicata dagli autori della direttiva 90/435 per conseguire l'obiettivo summenzionato, anche se detti autori hanno scelto questa tecnica legislativa di enumerazione nell'intento di evitare un'interpretazione diversa delle espressioni «società di capitali» e «società di persone» nei diversi Stati membri».

<sup>1960</sup> «Così, come risulta tanto dalla lettera quanto dal sistema istituito dall'art. 2, lett. a), della direttiva 90/435, nonché dalla lett. f) dell'allegato alla medesima, perché una società di diritto francese che non sia un istituto pubblico o un'impresa pubblica a carattere industriale e commerciale possa essere considerata una società di uno Stato membro ai sensi di detta direttiva, tale società deve necessariamente avere una delle forme elencate in modo tassativo alla lett. f) dell'allegato a tale direttiva e, in particolare, deve essere costituita come «société anonyme», «société en commandite par actions» o «société à responsabilité limitée».

Una tale conclusione non può essere rimessa in discussione dagli argomenti della ricorrente nel procedimento principale e della Commissione, secondo cui l'elenco delle società sarebbe fornito alla lett. f) dell'allegato alla direttiva solo in via esemplificativa e solo allo scopo di prevenire problemi che possano risultare dai conflitti di qualificazione, qualora una società sia trattata, dal punto di vista fiscale, da uno Stato membro come una società di capitali, assoggettata all'imposta sulle società, laddove un altro Stato membro consideri tale società come una società di persone non assoggettata all'imposta sulle società, in quanto taluni Stati membri, al momento dell'adozione della direttiva 90/435, hanno voluto escludere dall'ambito di applicazione di tale direttiva le società di persone». Cfr. C-247/08, punti 33-34.

«La direttiva 90/435 limita così la competenza degli Stati membri quanto all'imposizione degli utili distribuiti dalle società stabilite nel loro territorio alle società stabilite in un altro Stato membro, rientranti nell'ambito di applicazione della medesima. Orbene, ciò premesso, le esigenze del principio fondamentale di certezza del diritto ostano a che l'elenco delle società fornito alla lett. f) dell'allegato a questa direttiva sia interpretato come elenco fornito a titolo indicativo, quando una tale interpretazione non deriva dalla sua lettera né dal sistema istituito dalla direttiva 90/435.

L'interpretazione sostenuta dalla ricorrente nel procedimento principale e dalla Commissione non può nemmeno derivare dal desiderio eventualmente espresso da taluni Stati membri al momento dell'adozione della direttiva 90/435, di escludere dall'ambito di applicazione di tale direttiva solo le società di persone. Infatti, le intenzioni espresse dagli Stati membri in seno al Consiglio dell'Unione europea sono prive di valore giuridico quando non hanno trovato espressione nelle norme positive. Queste ultime sono infatti destinate ai soggetti dell'ordinamento, che devono poter fare affidamento sul loro contenuto, conformemente alle prescrizioni del principio della certezza del diritto (sentenza *Denkavit e a.*, cit., punto 29).»Punti 38-39

<sup>1961</sup> Per "breccia metagiuridica" si vuole intendere una paradossale discriminazione che nasce da un intervento di armonizzazione (come quello della direttiva madre-figlia) che è mirato ad avvicinare i sistemi fiscali eliminando le differenze che sono causa di trattamenti discriminatori.

Il primo riguarda proprio l'effetto discriminatorio e di violazione del principio di uguaglianza che essa determinerebbe, fra imprese soggette all'imposta sulle società (corporation) e imprese soggette all'imposta personale, cioè le partnership<sup>1962</sup>. La dottrina tende oggi a ricomporre tale effetto discriminatorio con due argomentazioni: la prima è che l'uguaglianza, intesa come principio immanente al diritto dell'Unione, trova applicazione solo nell'ambito delle imposte armonizzate e quindi non nel settore dell'imposizione diretta, la seconda è che l'effetto pratico di tale discriminazione è fortemente mitigato dall'approccio pragmatico delle modifiche intervenute nel 2003 che tende a includere tutte le entità attratte al regime impositivo delle società a prescindere dalla forma giuridica<sup>1963</sup>.

Il secondo ordine di problemi riguarda la restrizione che deriverebbe alle libertà del trattato – libertà di stabilimento in caso di influenza dominante e libertà di circolazione dei capitali negli altri casi<sup>1964</sup> - dalla differente classificazione fiscale delle società (madri e figlie) all'interno del regime madre/figlia e, all'esterno di tale regime, nei due Stati interessati. La doppia imposizione da asimmetria classificatoria all'interno della direttiva<sup>1965</sup> è stata risolta da una modifica introdotta dalla direttiva del 2003 all'art. 4 della direttiva originale<sup>1966</sup>: la nuova formulazione obbliga ora lo Stato della società madre a rimuovere la doppia imposizione nel caso in cui questo classifichi

---

<sup>1962</sup> Cfr Kuile. B. H. ter, Taxation, Discrimination and the Internal Market, in ET, n.32/1992; Harris C. M., The European Community's Parent-Subsidiary Directive, in Florida Journal of International Law, n. 9/1994, p.111; Kofler G.W., The relationship between the fundamental freedoms and directives in the area of direct taxation, in DPTI, n.2/2009, p.471 ss. I termini della questione sono ricomposti in modo sistematico in Cfr. Maisto G., Temi attuali sull'interpretazione della direttiva madre-figlia, cit., p. 562.

<sup>1963</sup> V. Maisto G., Temi attuali sull'interpretazione della direttiva madre-figlia, cit., p. 561. Sembra invece recessiva l'argomentazione proposta da Boulogne G.F., Geursen W.W., Gaz de France: Dividends to Companies Not Listed in the Parent-Subsidiary Directive Are Not Exempt, in ET, n.4/2010, p.135, secondo cui tale effetto dovrebbe giustificarsi con la gradualità del processo di integrazione che richiederebbe una progressiva uniformità nei metodi di classificazione degli enti.

<sup>1964</sup> La distinzione emerge ormai da giurisprudenza costante della Corte che rimette il giudizio della libertà violata alla partecipazione nella società, v. per tutte la causa C-303/07 Aberdeen, punto 33-34 e l'ampia giurisprudenza ivi citata.

<sup>1965</sup> Si tratta cioè del caso in cui la società figlia è considerata fiscalmente opaca nel suo Stato di costituzione ma lo Stato della società madre la classifica come trasparente. Va notato peraltro che la direttiva si occupa di "asimmetria in entrata" nello stato della società madre giacché è questa che dovrà rimediare alla doppia imposizione. L'asimmetria inversa si consuma non tanto nella forma giuridica, che potrebbe anche essere amessa nell'elenco, ma, come si è visto, nella configurazione formale e sostanziale del requisito dell'assoggettamento a tassazione.

<sup>1966</sup> Il nuovo art. 4(2) della Dir. 2011/96 prevede: «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. Quando verifica la quota detenuta dalla società madre degli utili prodotti dalla sua società figlia, lo Stato membro della società madre esenta detti utili oppure autorizza la società madre a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta societaria relativa alla quota degli utili detenuta dalla società madre e pagata dalla propria società figlia o da una sua sub-affiliata, a condizione che a ciascun livello la società e la sua sub-affiliata ricadano nelle definizioni di cui all'articolo 2 e soddisfino i requisiti di cui all'articolo 3, entro i limiti dell'ammontare dell'imposta corrispondente dovuta».

la società figlia come trasparente quando questa è invece classificata come fiscalmente opaca nel suo Stato di costituzione e quindi ammessa al regime<sup>1967</sup>. La doppia imposizione da asimmetria classificatoria che si consuma al di fuori del regime armonizzato è stata invece oggetto di rinvio pregiudiziale nella causa C-303/07 *Aberden*<sup>1968</sup> in cui la Corte ha confermato che, con riferimento alle società madri, la molteplicità di forme giuridiche in Stati diversi non può essere di per sé origine di un trattamento fiscale discriminatorio<sup>1969</sup>.

Sembra utile accennare alla remota ipotesi di configurare come società madre i soci di una partnership in caso di partecipazioni indirette, in caso di possesso a titolo diverso dalla proprietà, in caso di soci intesi come stabile organizzazione della società o in caso di soci beneficiari effettivi dei dividendi percepiti da una partnership.

L'ipotesi della partecipazione indiretta sembrerebbe esclusa in radice dall'interpretazione storica dei lavori preparatori della direttiva, talmente avvalorata in dottrina da non essere mai stata oggetto di trattazioni specifiche<sup>1970</sup>. La direttiva dunque non include l'ipotesi di partecipazioni indirette.

L'ipotesi della partecipazione di una società da parte di una stabile organizzazione di altra società, introdotta dalla direttiva del 2003, sembra inoltre escludere ogni possibilità che i soci di una partnership, in quanto qualificabili essi stessi

---

<sup>1967</sup> Si tratta peraltro di un chiarimento non necessario data la funzione dell'allegato di includere entità trasparenti fiscalmente riclassificate dallo Stato di costituzione. Va notato inoltre come l'inciso «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» stia ad indicare espressamente i conflitti di classificazione derivanti da asimmetrie normative dei due Stati e ad escludere invece quelle derivanti dall'applicazione di una cfc rule. Sul punto v. Maisto G., *The 2003 amendments to the EC Parent-Subsidiary Directive: what's next?*, in *EC Tax Review*, n.13/2004, p. 175.

<sup>1968</sup> C-303/07 *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*. Cfr. Costa G., Ancora sul regime fiscale dei dividendi "in uscita" in contesto comunitario, in *RDT*, n.7-8/2010; Robert Y., Lauratet S., Tredaniel P.; Reillac A., *Dividend Withholding Tax Levied on Investment Funds: Aberdeen and its Implications in France*, in *ET*, n.12/2009; Pato A.C., Seize P.G., *EC Law and Investment Funds: The Aberdeen Case*, in *ECTR* n.3/2009, p.114

<sup>1969</sup> Come emerge chiaramente dai punti 50-55 della sentenza, nel valutare se il trattamento nazionale di una società madre estera fosse discriminatorio o meno, il giudice europeo ha sostenuto che «*Dati tali elementi, le differenze esistenti tra una SICAV di diritto lussemburghese e una società per azioni di diritto finlandese, invocate dai governi finlandese e italiano, non sono sufficienti a determinare una distinzione oggettiva rispetto all'esenzione dalla ritenuta alla fonte sui dividendi percepiti. Di conseguenza, non occorre più esaminare in quale misura le differenze tra una SICAV di diritto lussemburghese e un fondo d'investimento finlandese, dedotte da tali governi, siano pertinenti per determinare una siffatta disparità di situazione oggettiva*». In altre parole, nella comparazione delle due strutture giuridiche ha ritenuto gli elementi proposti dai Governi insufficienti a motivare le differenze. Tali elementi erano: l'inesistenza della forma giuridica SICAV nel sistema finlandese, talune cautele di ordine societario connesso con l'attività dei fondi, l'esenzione dei dividendi distribuiti dalla tassazione sulla società madre e l'inclusione delle Sicav nel regime armonizzato dei fondi. Tali elementi sono stati tutti confutati nella ricostruzione della Corte.

<sup>1970</sup> «At present the Parent-Subsidiary Directive applies where the parent company has a direct holding of 25% in the subsidiary located in another Member State. This can create cross-border problems, particularly in the case of restructuring, because indirect holdings are not taken into account to calculate the Directive's threshold. As explained in more detail below, this can have undesirable implications for the internal organisation of groups of companies and hamper restructuring operations. Some Member States do apply thresholds of 5% or 10%, which are lower than the Directive's 25%, but not all». Cfr. SEC(2001) 1681 p.247; Panayi C. HJI , *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 38.



come stabile organizzazione materiale della partnership, possano configurarsi come società madri ai fini del regime madre-figlia. Quand'anche sia ammissibile l'ipotesi di più stabili organizzazioni di società estere nidificate all'interno di una partnership che possiede le partecipazioni in una subsidiary estera, nella maggior parte dei casi esaminati in questo lavoro<sup>1971</sup> l'applicazione del regime sarebbe inibito dalla fattispecie di partecipazione indiretta<sup>1972</sup>.

L'ipotesi della partecipazione di una società a titolo diverso dalla proprietà sembra infine inibito dalla giurisprudenza relativa ad un caso di usufrutto di azioni. Nella causa C-48/07 *Les Vergers*<sup>1973</sup>, la Corte ha infatti stabilito che l'usufrutto non è un contratto idoneo a configurare lo status di socio anche se attribuisce i diritti di voto all'usufruttuario. Nonostante le critiche della dottrina<sup>1974</sup>, sembra utile notare che l'esclusione dell'usufrutto dalla nozione di "partecipazione al capitale" contribuisca significativamente ad escludere l'ipotesi di circolazione dei titoli rappresentativi del capitale e dei diritti di voto della società ammesse al regime anche fra enti radicalmente esclusi come le partnership.

Dagli elementi emersi il sistema europeo sembra essersi reso impermeabile alle asimmetrie classificatorie di tipo fiscale che riguardano le società sia all'interno della

---

<sup>1971</sup> Cioè con la sola esclusione delle partnership britanniche che in definitiva rappresentano solo l'esito di un accordo fra soci e sono prive di soggettività.

<sup>1972</sup> La definizione di stabile organizzazione contenuta nella direttiva infatti riconduce al concetto di "stabile organizzazione materiale di una società di un altro stato membro" e richiede l'assoggettamento a imposta sulle società nello Stato di localizzazione ma non contempla la figura dell'agente e del cantiere. La Dir. 2011/96, art. 2(1b) infatti prevede: «*Ai fini dell'applicazione della presente direttiva si intende per: (...) «stabile organizzazione» una sede fissa di affari situata in uno Stato membro, attraverso la quale una società di un altro Stato membro esercita in tutto o in parte la sua attività, per quanto gli utili di quella sede di affari siano soggetti a imposta nello Stato membro nel quale essa è situata ai sensi del pertinente trattato fiscale bilaterale o, in assenza di un siffatto trattato, ai sensi del diritto interno»*. Da tale definizione si evince l'evidente parallelismo con l'art. 5(1) mod.OCSE. L'ipotesi di una partnership come stabile organizzazione dei soci è quindi limitata al caso in cui questa svolga un'attività sul territorio mediante una sede fissa d'affari.

L'interpretazione letterale della definizione sembrerebbe quindi escludere in radice dalla qualifica di società madre sia le partnership/stabili organizzazioni con soci residenti nello stesso Stato di localizzazione della stabile sia le partnership/stabili organizzazioni con più soci esteri. Cfr. Tripoli P. F., *The Applicability of the OECD Partnership Report's Principles to Other Entities: how opaque is the Concept of Transparency?*, in DPTI, n.1/2009, in part. p. 186-189.

Tale interpretazione tuttavia sembra riduttiva perché il regime è configurato affinché la partecipazione mediante stabile organizzazione sia una modalità di accesso al regime alternativa a quella delle società ricomprese nell'allegato. È quindi astrattamente possibile che ogni società figlia possa vantare un regime armonizzato con al più dieci madri estere diverse, siano esse società o stabili organizzazioni. Ciò porta a non escludere quindi la remota possibilità di una partnership al cui interno operino fino a dieci stabili organizzazioni di altrettante società estere idonee a configurare i requisiti della direttiva.

Nell'ipotesi (sempre remota) in cui la forma della partnership fosse limited e non general, l'accesso al regime dovrebbe essere limitato ai soli soci d'opera, escludendo quindi i soci investitori.

<sup>1973</sup> Cfr. C-48/07 *Les Vergers du Vieux Tauves SA*. Cfr. Peeters B., van de Vijver A., *ECJ Rules on Compatibility of Belgian Participation Exemption Regime with EC Parent-Subsidiary Directive*, in ECTR, n.4/2009, p. 146

<sup>1974</sup> Le critiche della dottrina sia appuntano sul fatto che la Corte nel configurare una nozione autonoma di "partecipazione al capitale" ai fini della direttiva abbia in realtà offerto una definizione autonoma di usufrutto, v. Maisto G., *Temi attuali sull'interpretazione della direttiva madre-figlia*, cit., p. 576.

direttiva che all'esterno. Rispetto alle partnership tuttavia si viene a configurare un nuovo risultato. Da una parte esse restano definitivamente escluse - sia come entità soggettiva che come fattispecie contrattuale - dal regime parzialmente armonizzato. Dall'altra la parziale armonizzazione dell'imposizione societaria non può giustificare per gli enti che ne sono esclusi un trattamento fiscale diversificato (o peggiorativo) in ragione della loro residenza: ciò significa che, fermo restando l'autonomia di ciascuno Stato nel classificare fiscalmente le entità di un altro Stato, alle entità estere frutto di tale classificazione deve essere garantito il trattamento fiscale nazionale riservato alle omologhe entità domestiche<sup>1975</sup>.

#### **4.4.3 Le partnership nel progetto di direttiva per una base imponibile comune (CCTB) e consolidata (CCCTB): verso una definizione comune di partnership?**

Il progetto CCCTB, finalizzato a dotare gli Stati membri dell'Unione di una base imponibile consolidata in base a regole comuni, si conferma come uno dei progetti più ambiziosi della politica tributaria europea.

Scopo di questa sezione non è quello di esaminare il funzionamento della base imponibile comune e consolidata, quanto individuare la scelta compiuta nel progetto CC(C)TB in materia di entità trasparenti ed esaminare le ragioni di tale scelta rispetto all'obiettivo del progetto stesso, per verificare quale potrebbero essere gli sviluppi in tema di tassazione del reddito delle partnership una volta approvata la direttiva.

A tal fine è utile richiamare sinteticamente l'iter di costruzione, gli obiettivi politici e i principi ispiratori del progetto CCCTB.

Il progetto nasce nel contesto della strategia di Lisbona, mirata a dare impulso alla competitività, alla crescita e all'occupazione nell'Unione, e si configura come la soluzione complessiva dell'Unione al problema della coesistenza di tanti sistemi fiscali quanti sono gli Stati membri, le cui divergenze ostacolano l'attività internazionale delle imprese operanti nel mercato interno.

---

<sup>1975</sup> « La Corte ha già dichiarato che, per partecipazioni che non rientrano nell'ambito della direttiva 90/435, spetta agli Stati membri determinare se, ed in quale misura, la doppia imposizione economica degli utili distribuiti debba essere evitata e introdurre, a tale effetto, in modo unilaterale o mediante convenzioni concluse con altri Stati membri, meccanismi che mirino a prevenire o ad attenuare tale doppia imposizione economica. Tuttavia tale unico fatto non consente loro di applicare misure contrarie alle libertà di circolazione garantite dal Trattato (v. sentenze citate Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, punto 54, e Amurta, punto 24)» cfr. C-303/07, punto 28.

L'idea iniziale di una base imponibile comune fu proposta e valutata sotto il profilo tecnico dallo studio del 2001 come una delle opzioni teoriche per l'adozione di un sistema armonizzato di tassazione dei redditi delle società<sup>1976</sup>.

Nel 2001 e nel 2003, la Commissione inquadrò il progetto di una base imponibile comune e consolidata nell'ambito delle azioni *comprehensive* e di lungo periodo in materia di fiscalità diretta<sup>1977</sup>. La discussione di un documento informale della Commissione al Consiglio Ecofin del 2004<sup>1978</sup> condusse alla costituzione di un gruppo di lavoro composto da esperti degli Stati membri che, in sessioni appositamente calendarizzate, ha discusso e documentato gli aspetti di dettaglio delle diverse componenti strutturali del progetto CCCTB<sup>1979</sup>. Nel programma di lavoro della Commissione per l'anno 2005 sull'attuazione della strategia di Lisbona<sup>1980</sup>, i progetti CCCTB e HST si affiancano come soluzioni parallele volte ad ampliare e rafforzare il mercato interno attraverso l'offerta di uno specifico regime fiscale armonizzato per società e imprese minori<sup>1981</sup>.

La presentazione della prima proposta di CCCTB risale al 2011<sup>1982</sup> ma è stata ritirata nel 2016 in concomitanza con la presentazione di un nuovo progetto annunciato

---

<sup>1976</sup> SEC(2001)1681, p.390

<sup>1977</sup> COM(2001)582, Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali p.16 e COM(2003)726, Un mercato interno senza ostacoli inerenti alla tassazione delle società – risultati, iniziative in corso e problemi ancora da risolvere, p.11-12.

<sup>1978</sup> Commission Non-Paper to informal Ecofin Council, 10 and 11 September 2004 *A common consolidated eu corporate tax base*, 7 July 2004 reperibile in [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/docs/body/ccctbwpnon\\_paper.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/ccctbwpnon_paper.pdf).

<sup>1979</sup> Gli esiti della discussione dei diversi working groups sono riepilogati in appositi working papers discussi periodicamente in 13 sessioni di lavoro e sono reperibili in [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/company-tax/common-consolidated-corporate-tax-base-ccctb/preparation-2011-ccctb-proposal\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/common-consolidated-corporate-tax-base-ccctb/preparation-2011-ccctb-proposal_en). Annualmente lo stato di avanzamento dei lavori confluiva in un'apposita comunicazione della Commissione, v. COM(2006)157 e COM(2007)223. I lavori terminarono nel 2008 come previsto dall'impegno preso nel COM(2005)532 e si conclusero con un Workshop tenutosi il 20 ottobre 2010 in cui furono presentate le linee strutturali dell'intero progetto.

Sullo svolgimento dei lavori e sullo sviluppo delle varie soluzioni nei Working Groups, cfr. Valente P., EU Tax Base: The Evolution of Company Taxation: Supranational Coordination and Interstate Competition, in *International Tax Law Review*, n. 3/2006, p. 35; Valente P., Base imponibile europea: evoluzione della fiscalità d'impresa tra coordinamento sovranazionale e competizione interstatuale, in RDTI, n. 3/2006, pag. 65.

<sup>1980</sup> COM(2005)532, Il contributo delle politiche fiscali e doganali alla strategia di Lisbona, p.5-6.

<sup>1981</sup> La prima è configurata come iniziativa per le grandi imprese, la seconda come ipotesi progettuale per le PMI. A supporto di tale strategia si espressero la Risoluzione del Parlamento europeo (2005/2121(INI)) del 13 dicembre 2005 sull'imposizione delle imprese nell'Unione europea: una base imponibile consolidata comune per le imprese, il Parere del Comitato economico e sociale europeo ECO/165, del 14 febbraio 2006, sulla creazione di una base imponibile consolidata comune per le società nell'UE (parere esplorativo).

Per una cronistoria puntuale delle azioni di attuazione della strategia di Lisbona v. il documento di accompagnamento alla prima proposta di direttiva, SEC(2011)315, IMPACT ASSESSMENT, p.4-7.

Con il progressivo abbandono del progetto HTS l'obiettivo di rimozione degli ostacoli fiscali per le PMI convergerà sul progetto CCCTB. Cfr. COM(2010)608, proposta n.19, p.16

<sup>1982</sup> COM (2011)121, Proposta di DIRETTIVA DEL CONSIGLIO relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società.

nel 2015<sup>1983</sup> e articolato in due fasi per consentirne un'applicazione graduale<sup>1984</sup>. La prima fase prevede la proposta di una base imponibile comune (CCTB), la seconda prevede l'adozione di una base imponibile comune e consolidata (CCCTB)<sup>1985</sup>. Le due nuove proposte rappresentano un *upgrade* della proposta originale e ne integrano la struttura iniziale con molti dei progressi compiuti dall'Unione nel contrasto alle pratiche di pianificazione fiscale aggressiva e nella protezione delle basi imponibili nazionali dall'erosione realizzata mediante arbitraggi fiscali internazionali. Fra le novità più importanti: l'obbligatorietà del regime CCTB per imprese di grandi dimensioni<sup>1986</sup>. L'iter legislativo ha fatto registrare due ulteriori e recenti sviluppi: la delibera del Parlamento europeo del 2018 - che approva entrambe i progetti<sup>1987</sup> e che introduce importanti modifiche circa la nozione di "presenza digitale significativa"<sup>1988</sup> – e l'approvazione da parte del Consiglio europeo del 27 novembre 2019 del solo "testo di compromesso" per la CCTB<sup>1989</sup>.

L'analisi che segue prenderà in esame prima il progetto iniziale CCCTB del 2011 e - in considerazione della scissione di questa in due (base imponibile comune e base imponibile consolidata) avvenuta nel 2016 – passerà al progetto CCTB del 2019

---

Per un inquadramento generale della proposta del 2011, cfr. Valente P., *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, Milano, 2014, pag. 2255 ss.; Giaconia M, Pregaglia A., *Proposta di direttiva CCCTB: prime reazioni di fonte italiana con le audizioni al Senato*, in FCI, n.9/2011, p. 5; Valente P., *Vantaggi fiscali per le società nella proposta di direttiva UE sulla base imponibile comune*, in CT, n.16/2011, p. 1359.

<sup>1983</sup> COM (2015)302, *Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea: i 5 settori principali d'intervento*, accompagnato dal documento tecnico SWD(2015) 121, *Corporate Income Taxation in the European Union*. Cfr. Scardino C., *La UE rilancia la base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB)*, in FCI, n.3/2016, p. 34.

<sup>1984</sup> La soluzione in due fasi era già stata presa in considerazione nel documento di lavoro CCCTB\WP\035\doc\en mn.1 e 2 del maggio 2006 e scartata a favore della soluzione consolidata. Nel 2012 il documento KPMG, *the KPMG guide to CCCTB*, settembre 2012, p. 12 già individuava la soluzione a due fasi come un second best dalle più elevate probabilità di realizzazione.

<sup>1985</sup> COM(2016) 685, *proposta di direttiva del consiglio relativa a una base imponibile comune per l'imposta sulle società* e COM(2016)683, *Proposta di direttiva del consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società*.

Per un inquadramento dei contenuti delle due proposte, cfr. Valente P., *Manuale di Politica Fiscale dell'Unione Europea e degli Organismi Sovranazionali*, Eurilink University Press, Roma, 2017, pag. 435 ss.; Valente P., *Casi e Materiali di Politica Fiscale dell'Unione Europea e degli Organismi Sovranazionali*, Eurilink University Press, Roma, 2018, pag. 187 ss.

<sup>1986</sup> Con fatturato sopra i 750 milioni di euro.

<sup>1987</sup> V. Parlamento europeo sessione plenaria del 15 marzo 2018: *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 15 marzo 2018 sulla proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile comune per l'imposta sulle società (COM(2016)0685 – C8-0472/2016 – 2016/0337(CNS))*, reperibile in [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0088\\_IT.html?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0088_IT.html?redirect) ; e *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 15 marzo 2018 sulla proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (COM(2016)0683 – C8-0471/2016 – 2016/0336(CNS))*, reperibile in [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0051\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0051_IT.html) .

<sup>1988</sup> Per un inquadramento generale delle modifiche apportate dal Parlamento europeo, cfr. Della Rovere A., Pecorari F., *Verso una base imponibile comune consolidata per le imprese UE*, in IF, n.18/2018, p.1754;

<sup>1989</sup> Testo di compromesso sulla proposta CCTB discussa nella relazione del Consiglio ECOFIN al Consiglio europeo sulle questioni fiscali, reperibile in <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9676-2019-INIT/it/pdf>

evoluzione della proposta del 2016. Non sembra necessario invece esaminare il progetto della base consolidata 2016 poiché, nella prospettiva delle entità trasparenti, non apporta significative modifiche al testo del 2011 e alla base imponibile comune del 2019.

#### 4.4.3.1.1 *Le partnership nella proposta di direttiva CCCTB 2011 e 2016*

Nei documenti preparatori della proposta del 2011, il tema delle partnership è discusso in relazione a più aspetti. Il primo è il *personal scope* della direttiva, cioè il suo ambito soggettivo di applicazione. Il secondo aspetto è la tassazione di gruppo, vale a dire le regole di consolidamento. Il terzo aspetto riguarda la previsione di regole cfc. L'ultimo riguarda gli *hybrid mismatches*.

Il profilo di maggior interesse nell'ambito di questo lavoro è il primo giacché riguarda in generale l'identificazione delle *eligible companies*, cioè delle entità da considerare ammissibili al regime fiscale comune<sup>1990</sup>. In particolare, è utile esaminare come tali aspetti siano stati configurati nella proposta del 2011 e in quella del 2016. L'esito che ci si attende da tale ricognizione integra pertanto il quadro conclusivo sul modello di tassazione delle partnership attuato dall'Unione.

La definizione del *personal scope* della CCCTB richiede di individuare i parametri qualitativi che dovranno essere messi alla base del criterio di accesso al nuovo regime fiscale e l'approccio normativo più idoneo per l'applicazione di tale criterio<sup>1991</sup>.

---

<sup>1990</sup> I servizi della Commissione segnalano come nei piani di sviluppo del progetto non fosse inizialmente previsto un working group sulle *eligible companies*. «*The Commission Services introduced the two new working papers on the personal scope of the CCCTB and dividends and explained that it was not planned to establish new sub-groups for these issues and suggested that these topics were discussed at the plenary*»; cfr. CCCTB/WP/045/en mn.44.

Questa esigenza sembra sorta prevalentemente dalla questione di includere o meno nel regime della base comune le entità che operano nel settore finanziario, sebbene sembrasse necessario in ogni caso escluderle dal regime di consolidamento, cfr. CCCTB\WP\040\doc\en, mn.3, in part. nota 1. La stretta connessione fra il tema dell'esclusione delle entità trasparenti e della particolarità delle istituzioni finanziarie che in molti casi assumono la forma giuridica di entità trasparenti emerge nel CCCTB\WP\046\doc\en, mn.34-37.

L'introduzione del topic "personal scope" naturalmente solleva il problema di definirne i contorni rispetto ad altri aspetti fondamentali della struttura del regime intimamente collegati a questo, come il territorial scope e l'income scope: «*Any corporate tax legislation has to identify which entities and income are subject to tax. While the income covered by the common consolidated corporate tax base (CCCTB) is being examined by Subgroup 3 and the territorial aspect by Subgroup 4, some more considerations will be necessary as regards to which entities the CCCTB will be applicable. The purpose of this working document is not to duplicate ongoing discussions on the territorial scope of the CCCTB and the definition of the taxable income. It focuses on taxable persons to be included in the scope of the CCCTB*». Cfr. CCCTB\WP\040\doc\en, mn.1

<sup>1991</sup> Relativamente al primo aspetto le alternative oscillano fra un approccio omnicomprensivo che include tutte le entità soggette all'imposta a prescindere dall'attività svolta (d'impresa o no) e un approccio selettivo che includa ad esempio solo le entità che svolgono attività d'impresa o solo imprese che svolgono attività internazionali.

L'ipotesi di escludere entità prive di attività d'impresa o di finalità commerciale o soggette a regimi speciali, come la tonnage tax, appare recessiva rispetto all'esigenza di garantire al regime CCCTB il maggior ambito di applicazione,

Uno dei profili più rilevanti che emerge dai documenti lavoro sul personal scope della CCCTB è la necessità segnalata dai servizi della Commissione di configurare la clausola di accesso al nuovo regime in modo conforme ai principi che ne ispirano la costruzione<sup>1992</sup> e in particolare a quello di consentire il più ampio ambito di applicazione possibile<sup>1993</sup>.

L'analisi è condotta distinguendo fra imprese societarie (*incorporated companies*) e imprese non societarie (*un-incorporated companies*) e conclude per l'adozione di due differenti soluzioni.

Per le prime, la soluzione converge su quella più semplice di replicare il “list approach” già adottato dalle direttive esistenti (madre-figlia e fusioni)<sup>1994</sup>: ciascuno Stato dovrebbe quindi essere libero di stabilire una lista delle entità previste dal proprio ordinamento commerciale e soggette ad una lista d'imposte previste dalla legislazione fiscale domestica<sup>1995</sup>. La nozione di liability to tax rilevante ai fini della CCCTB non

---

soprattutto in caso di opzione all in/all out per il regime consolidato. V. CCCTB\WP\040\doc\en mn.13-16 e CCCTB\WP\045/en, mn 45-46.

Così anche recessiva, ma per alter ragioni, appare l'ipotesi di limitare l'accesso al regime alle sole imprese che svolgono attività internazionali: «*Having in mind the main goal of the CCCTB (the removal of tax obstacles in the internal market), it has been sometimes suggested that CCCTB should be made available only to entities operating cross-border. However the Commission Services do not support this approach both because it is difficult to define when a company operates cross-border and because such a selective approach could be affected by competition rules*», cfr. CCCTB\WP\046\doc\en, mn.33.

<sup>1992</sup> Sul punto è interessante l'opinione UNICE espressa in un documento del 23/11/2006 e reperibili in [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/company\\_tax/common\\_tax\\_base/unicecomments\\_personal\\_scope.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/company_tax/common_tax_base/unicecomments_personal_scope.pdf). Secondo tale ricostruzione, per essere attrattiva e competitiva, è essenziale che la CCCTB abbia il più ampio ambito soggettivo di applicazione in modo che la più vasta gamma di forme giuridiche di business possano optare per il regime senza dover sostenere costi di riorganizzazione, un'ulteriore forma di barriere fiscali. In particolare, il documento evidenzia che la ragione per la quale gli Stati prevedendo differenti forme giuridiche per lo svolgimento di un'attività è l'efficienza nella scelta del veicolo che meglio si adatta alle caratteristiche del business. Così per sostenere l'efficienza e garantire neutralità alle scelte fra regime CCCTB e regime ordinario (si ricordi che nel 2006 la proposta prevedeva la facoltatività della CCCTB, ndr.) occorre che l'applicazione del regime comune sia più ampia possibile.

<sup>1993</sup> «(...) the CCCTB as a tool to remove existing tax obstacles to the internal market should be made available to the largest possible number of entities. The CCCTB could define directly such entities, or more realistically rely on domestic definition of entities subject to corporate income tax at domestic level. However, there may be entities not subject to corporate income tax at domestic level which could sensibly be covered by the CCCTB, and vice versa some entities currently subject to domestic corporate income tax may be excluded from the CCCTB. It goes without saying that similar activities should be subject to the same rules and that any inclusion or exclusion should apply across-the-board». Cfr. CCCTB\WP\046\doc\en mn.31.

<sup>1994</sup> Va notato peraltro che tale soluzione fosse invece da scartare perché troppo riduttiva: «In contrast to the selective scope of the existing directives which provide for tax neutrality for specific transactions (royalty payments, interest, dividends, business combinations), the CCCTB aims to become a comprehensive set of rules and thus it seems particularly important that most businesses are covered by the new system and a wide personnel scope appears to be the best way to protect the tax base of the MS», cfr. CCCTB\WP\045/en, mn.47.

<sup>1995</sup> « The debates concerning the personal scope focussed on the entities to be covered by the CCCTB. As a general remark, it was recommended as wide a definition as possible to encompass as many entities as possible. Among the possible principles to differentiate between the entities covered and those excluded it was suggested: (i) the nature of the income (business income or not) rather than the legal form of the entity earning it, also to avoid companies 'escaping' the

sarà autonoma ma poggerà su quella definita dai singoli Stati membri nella legislazione fiscale nazionale<sup>1996</sup>.

Per le seconde invece si pone il tipico problema delle entità trasparenti, vale a dire le asimmetrie provocate dai divergenti metodi di classificazione fiscale degli Stati<sup>1997</sup>. Due aspetti sembrano rilevanti per l'esclusione delle entità trasparenti dal personal scope della CCCTB. Il primo è la problematica riallocazione fra Stati degli imponibili a seguito dell'applicazione della formula di ripartizione all'imponibile consolidato. L'imponibile potrebbe essere imputato ad un'entità trasparente dando luogo a situazioni ibride, in cui uno Stato considera l'entità come opaca e un altro Stato come trasparente, il cui socio peraltro potrebbe risiedere in uno stato terzo. Il secondo elemento è l'ipotesi che il socio dell'entità trasparente possa consistere in una impresa personale o una entità non soggetta all'imposta sulle società, il che condurrebbe ad un'interferenza con l'imposta personale<sup>1998</sup>. Questo sembra un elemento decisivo, giacché il regime CCCTB non deve estendersi all'imposizione personale dei redditi d'impresa<sup>1999</sup>.

La soluzione per le entità trasparenti converge tuttavia su un approccio inclusivo di tutte le figure previste dal diritto commerciale degli Stati per le quali ricorra una doppia condizione: l'assoggettamento ad imposta sulle società e il possesso da parte di

---

CCCTB by choosing a given legal form; (ii) the fact of being subject to corporate income tax (CIT); (iii) the inclusion in a list (similarly to existing Community legislation in the direct tax field) because the criterion 'subject to CIT' could lead to uncertainty (for example Swedish insurance companies are subject to a special tax and not to CIT, but also shipping companies are subject in several MS to a special 'tonnage tax' regime); and (iv) leave the choice of inclusion/exclusion to each MS as different MS might have different approaches and also Constitutional constraints». Cfr. CCCTB\WP\050\en, mn.20.

<sup>1996</sup> Cfr. CCCTB/WP/045/en, mn.45, CCCTB\WP\050\en, mn.20

<sup>1997</sup> Queste sollevano notevoli difficoltà nella definizione del concetto di trasparenza fiscale applicabile, della residenza fiscale e della identificazione dell'ente come fiscalmente trasparente e opaco. V. CCCTB\WP\040\doc\en mn.17-19 e CCCTB/WP/045/en, mn.51-54

<sup>1998</sup> Per una efficace sintesi dei problemi connessi alla presenza di entità fiscalmente trasparenti nell'ambito del regime CCCTB, v. Brauner Y., *CCCTB and Fiscally Transparent Entities – A third Countries' Perspective*, in Lang M. (a cura di), *Corporate income taxation in Europe: the common consolidated corporate tax base (CCCTB) and third countries*, Edward Elgar, 2013, p. 200 ss., in part. p. 205-208. L'A. ricorda infatti le molteplici questioni sollevate dalla trasparenza in ambito internazionale. Le asimmetrie nelle regole classificatorie degli Stati sono solo una parte di tali problemi. A questi si aggiunge per esempio il fatto che ad una medesima classificazione possono associarsi regimi fiscali di trasparenza significativamente diversi fra gli Stati i quali comportano ad esempio un diverso mix di *aggregate approach* e *entity approach* (i due approcci di base) ritenendo che un approccio puro sia talmente irrealistico e esposto ad abusi da richiedere necessariamente dei correttivi.

<sup>1999</sup> Significative sono peraltro le conclusioni temporanee del documento di lavoro introduttivo CCCTB\WP\040\doc\en, mn.19: «For the sake of completeness it should be mentioned that although self-employed individuals are in principle not usually subject to corporate income tax they may run similar types of business as companies in some cases. Self employed individuals are generally subject to personal income tax on the profit arising from their business. There seems to be little benefit to include such businesses in the scope of CCCTB as the aim of this scheme is to remove tax obstacles to cross border activities in the EU. There is no intention for the CCCTB legislation to extend into the taxation of individuals. As such entities are not likely to be internationally active and should be in practice small if not very small businesses, there seems to be no need to include them in the CCCTB scope».

una società di capitali<sup>2000</sup>. La questione delle *hybrid e reverse hybrid entities* e della doppia (non) imposizione derivante dalle asimmetrie classificatorie è risolta ricorrendo ad una ipotesi nuova: quella di introdurre nel regime CCCTB una definizione comune di entità trasparente<sup>2001</sup>. Si tratta di un'ipotesi importante che nasce come soluzione ad un problema di asimmetria fiscale all'interno di un contesto di consolidamento ma che apre prospettive innovative.

Tali soluzioni confluirono all'interno di un documento conclusivo preso a base per la discussione della struttura complessiva del regime CCCTB<sup>2002</sup> e ulteriormente raffinato da successive discussioni per poi convergere nella prima proposta del 2011.

Nella versione 2011 della CCCTB, il tema delle entità trasparenti è regolato negli art. 84, 85 e 89 dedicati rispettivamente all'inclusione nella CCCTB del reddito delle *transparent entities* localizzate in Stati membri (cd. *partnership interne* al perimetro CCCTB), di quelle localizzate in Paesi terzi (cd. *partnership esterne* al perimetro CCCTB) e alle regole di apportionment da applicare nei due diversi casi.

Come osservazione generale, va notato che l'esistenza di apposite regole per le entità trasparenti nella CCCTB (art.84 e 85) è motivata dal fatto che il loro reddito è direttamente<sup>2003</sup> imputabile ai soci; al contrario, nella logica scelta dalla base imponibile comune, il reddito delle entità opache è imputato solo all'atto di distribuzione. Peraltro, mentre il reddito delle società opache residenti in Stati membri (e in possesso dei requisiti previsti) è incluso nella base imponibile comune, quello delle società opache residenti in Stati terzi ne è escluso. Quindi se un'entità è trasparente o meno - e soprattutto quale è il criterio per classificare un'entità come

---

<sup>2000</sup> CCCTB\WP\050\en, mn.21

<sup>2001</sup> «As regards hybrid and reverse hybrid entities, it was noted that existing difficulties occurred because MS apply their own legislation and legal categories instead of those of the MS where such entities were resident. However if MS could agree on a common definition of transparent entities any double taxation (or non taxation) could be avoided and transparent entities could be included. In particular, introducing a definition of partnership would avoid complexities in case, for example, of partnerships between companies and Governments or non-profit organisations (which would be covered by the CCCTB unless explicitly excluded). Partnership should be included if they earn business income as they had a holding function within the MNE groups and should not 'break the chain'. », cfr. CCCTB\WP\050\en, mn.22

Va notato che l'ipotesi di includere le partnership solo su base concordata era già presente *in nuce* fra le modalità applicative del progetto pilota sul regime HST in cui, per l'applicazione della tassazione dello Stato di origine si richiedeva ai due Stati di concordare, in un'apposita convenzione sull'applicazione del regime, se e quali entità trasparenti potessero essere incluse fra le eligible entities. Nell'ambito della CCCTB, si può affermare che tale soluzione sia ripresa e riportata all'estremo al punto di proporre una definizione unica e multilaterale di entità trasparente ai fini dell'applicazione del regime comune.

<sup>2002</sup> CCCTB\WP\057\doc\en, CCCTB: possible elements of a technical outline. Il tema delle entità trasparenti è inoltre segnalato nei documenti successivi come questione che, fra le altre, richiederebbe ulteriori approfondimenti ma non vi è traccia di ulteriori discussioni sull'argomento. Cfr. CCCTB\WP\059\draft\en, mn.9.

<sup>2003</sup> Tale avverbio pretende di sintetizzare un concetto complesso che trova in realtà applicazioni diverse nei regimi di trasparenza dei vari Stati. Vi sono casi in cui l'imputazione del reddito è automatica e incondizionata alla chiusura di un esercizio amministrativo, altri in cui occorre la redazione o il deposito ufficiale di un bilancio. Tali aspetti sono stati esaminati nel cap. 2 di questo lavoro.



trasparente - è fondamentale sia ai fini del consolidamento degli imponibili che ai fini della ripartizione fra le unità del gruppo multinazionale (apportionment). Da qui si ricava un ulteriore elemento per la nostra analisi: la CCCTB guarda alla trasparenza in modo strumentale alla propria finalità di consolidamento/ripartizione degli imponibili all'interno del perimetro del gruppo. Per fare questo prescinde in buona parte anche dalle regole di allocazione dei Trattati fiscali. C'è quindi da attendersi che la sua risposta ai problemi dei conflitti di classificazione fiscale soggettiva fra Stati sia diversa rispetto a quella che deriva dai rapporti bilaterali fra due Stati.

A questo riguardo va segnalato che alcuni Stati hanno individuato il problema delle divergenze classificatorie delle proprie partnership domestiche come una delle criticità della proposta di direttiva del 2011<sup>2004</sup>.

Va prima di tutto evidenziato che nella proposta di direttiva 2011 non vi è traccia di una definizione comune di entità trasparente cui tali disposizioni risultano applicabili.

L'art. 84 disciplina la fattispecie di una entità trasparente in uno Stato membro partecipata da un socio/società di un altro Stato membro<sup>2005</sup>.

In base all'art.84(1), gli eventuali conflitti di classificazione che riguardano partnership interne - sia il conflitto fra Stato di localizzazione dell'entità e Stato dei soci, sia il conflitto fra Stati dei soci - sono risolti dando priorità alla regola classificatoria dello Stato della localizzazione della partnership dell'entità. Si tratta di un criterio inusuale in ambito internazionale ma necessario affinché gli Stati dei soci/società adottino classificazioni uniformi e si evitino conflitti. Un conflitto può tuttavia permanere fra Stati membri se un socio/società include i redditi dell'entità nel proprio reddito secondo le regole della CCCTB pur non aderendo al regime<sup>2006</sup>. La

---

<sup>2004</sup> Cfr. Valente P., *Base imponibile comune: il green paper di Francia e Germania*, in IF, n.22/2012 - parte 1, p. 3444 ss.; Gaoua N. Perdelwitz, A. Green Paper on Convergence in the Field of Corporate Taxation, in ET, n. 8/2012.

<https://www.deloitte-tax-news.de/german-tax-legal-news/green-book-on-tax-convergence-published-german-coalition-parties-plan-for-further-business-tax-reform.html>

<sup>2005</sup> Art. 84 - Regole per l'allocazione del reddito delle entità trasparenti ai contribuenti che vi detengono un interesse: «1. Qualora un'entità sia trattata come trasparente nello Stato membro in cui è situata, un contribuente che vi detenga un interesse include la propria percentuale nel reddito dell'entità nella base imponibile. Ai fini di questo calcolo, il reddito è computato in base alle regole della presente direttiva.

2. Non sono considerate le operazioni tra un contribuente e l'entità in proporzione alla percentuale dell'entità detenuta dal contribuente. Di conseguenza il reddito del contribuente derivato da tali operazioni è considerato come una quota dell'importo che sarebbe stato concordato tra imprese indipendenti alle condizioni di mercato corrispondente alla percentuale dell'entità di proprietà di terzi.

3. Il contribuente ha diritto ad uno sgravio per la doppia imposizione conformemente all'articolo 76, paragrafi 1, 2, 3 e 5».

<sup>2006</sup> Kaeser C., Commentary, in Lang M. (a cura di), *Corporate income taxation in Europe: the common consolidated corporate tax base (CCCTB) and third countries*, Edward Elgar, 2013, p. 220 ss, in part. 222.

disposizione inoltre non definisce alcun criterio né per il calcolo delle quote di partecipazione<sup>2007</sup> né per determinare la eventuale residenza dell'entità<sup>2008</sup>

L'art.84(2) stabilisce invece in quale proporzione rilevano gli elementi reddituali derivanti dalle operazioni fra soci e società. Si tratta di una disposizione innovativa sotto molteplici punti di vista. In primo luogo, essa interviene con una regola a definire in modo comune una delle caratteristiche principali del regime di trasparenza fiscale adottato da ciascuno Stato - la disciplina delle operazioni soci-società – senza prima dare una nozione di entità trasparente cui applicare tale regola<sup>2009</sup>. In secondo luogo, la disposizione prevede un criterio misto fra *entity approach* e *flow through approach*, dove è la proporzione di partecipazione a stabilire il limite di applicazione dell'uno e dell'altro.

Sebbene questo sia un dato importante ai fini dell'inquadramento del sistema di trasparenza inteso dalla CCCTB, non è sufficiente a caratterizzare compiutamente tutti i profili propri di un approccio di trasparenza. Molti degli aspetti determinanti del partnership approach infatti restano indefiniti (ad esempio in che modalità avviene l'imputazione dei vari redditi e costi), il che presuppone che la loro regolazione resti affidata allo Stato di localizzazione della partnership. Tale presunta incompletezza non è solo una questione di formale incompiutezza o meno del regime di trasparenza della CCCTB. Tale incompletezza ha un impatto diretto sul regime stesso e sulla quantificazione dell'imponibile. Si pensi ad esempio, alla modalità in cui la trasparenza domestica disciplina l'imputazione ai soci e/o alla partnership dei redditi esteri (come dividendi o interessi), dei costi pluriennali conseguenti all'acquisizione di assets e delle relative minus/plus valenze. In tutti questi casi la differente conformazione del regime di trasparenza dello Stato di localizzazione della partnership può comportare una incidenza significativa sull'ammontare del reddito imponibile

---

<sup>2007</sup> Resta aperto quindi il problema del possesso indiretto o mediante contratto di pegno o usufrutto. A prima vista l'unica alternativa sembrerebbe quella di ricorrere quindi all'applicazione per analogia dei principi validi per la direttiva madre-figli sull'inammissibilità del possesso indiretto e della giurisprudenza restrittiva della Corte sull'inammissibilità dell'usufrutto di quote.

<sup>2008</sup> Cfr. Lang M., *The Principle of Territoriality and its Implementation in the Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, WU International Taxation Research Paper Series, n.9/2012, p.28, reperibile in [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2174982](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2174982). Secondo l'A, neppure è applicabile il rinvio alla residenza convenzionale previsto dall'art. 6(3) della proposta in quanto questo riguarda esclusivamente le società soggette all'imposta societaria residenti in uno Stato membro in base all'art.6(1) e (2).

<sup>2009</sup> Questo aspetto sarà sanato nella proposta CCTB del 2019. V. infra § 4.4.3.1.2.

della socio/società di uno Stato membro<sup>2010</sup>. Nella logica dei Trattati l'aspetto della trasparenza è connesso prevalentemente al diritto di tassare i redditi del socio mentre la questione della loro effettiva quantificazione – seppur aspetto non marginale – deriva dall'applicazione spesso asimmetrica dei regimi dei due (a volte tre) Stati coinvolti. Nella logica della CCCTB la quantificazione dell'imponibile della partnership da includere nel consolidato è invece determinante ed anzi è lo scopo del regime. È curioso pertanto che la CCCTB si sia preoccupata di determinare solo le operazioni fra soci e società, lasciando al regime nazionale tutti gli altri aspetti. Ciò infatti apre lo spazio a possibili pianificazioni fiscali legate alla localizzazione delle partnership in ragione del regime fiscale nazionale più adeguato al caso di specie.

L'art.84(3) dispone infine il riconoscimento del credito d'imposta (*credit method*) per l'inclusione nella base imponibile consolidata di redditi di entità trasparenti già tassati nello Stato membro di localizzazione<sup>2011</sup>. Secondo la dottrina un tale espresso riferimento in quanto ripetitivo di un principio generalmente applicato dalla proposta di direttiva suggerirebbe l'inclusione del cd credito d'imposta indiretto, cioè relativo alle imposte pagate dalle società controllate dalla partnership<sup>2012</sup>. La norma tocca un aspetto molto delicato del regime CCCTB: il rapporto con i Trattati fiscali<sup>2013</sup>.

---

<sup>2010</sup> Si prenda ad esempio il caso di interessi attivi esteri pari a 100 derivanti da un prestito che un socio belga fa ad un ente estero mediante una partnership italiana o mediante una partnership inglese. Per semplificare ipotizziamo non vi siano costi di alcun tipo e che il reddito sia interamente utile di esercizio.

Il *partnership approach* italiano è caratterizzato da una generale schermatura che lo qualifica come *entity approach*. Il reddito cioè è quantificato in capo alla partnership con le regole proprie del reddito d'impresa e poi ripartito fra i soci in modo proporzionale se un diverso accordo non dispone diversamente. Nel caso di due soci il reddito imputabile a ciascuno è di 50.

Il *partnership approach* inglese è invece configurato come *flow through approach*. In questo caso il reddito cioè affluisce ai soci direttamente senza mediazione della società, qualificato secondo le regole britanniche. Dal momento che il capitale di prestito è conferito dal socio belga, il suo reddito sarebbe di 100 e quello dell'altro socio pari a 0.

<sup>2011</sup> In questo caso la norma rinvia ai par. (1) e (2) dell'art. 76 - Interessi e canoni e qualsiasi altro reddito tassato alla fonte: «1. Il contribuente che consegua redditi già tassati in un altro Stato membro o in un paese terzo, diversi dai redditi esenti di cui all'articolo 11, lettere c), d) o e), è autorizzato ad operare una detrazione dall'imposta dovuta.

2. La detrazione è ripartita tra i membri di un gruppo in base alla formula applicabile in tale esercizio fiscale conformemente agli articoli da 86 a 102».

<sup>2012</sup> Cfr. Lang M., *The Principle of Territoriality and its Implementation in the Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, WU International Taxation Research Paper Series, n.9/2012, p.28.

<sup>2013</sup> Il tema delle relazioni fra Convenzione fiscale e CCCTB è stato oggetto di un apposito studio da parte del Working group: cfr. CCCTB Working Group, *International aspects in the CCCTB*, 18 November 2005, CCCTB/WP/019/, Sections 17 et seq. la relazione è regolata dall'art. 8 della proposta che prevede la priorità della del regime CCCTB solo in caso di disposizioni contrarie dei Trattati. Va in ogni caso tenuto conto del principio stabilito dall'art. 351 del TFUE. Cfr. Cerioni, *Bulletin for International Taxation* 2011, 518; Matthijs Vogel, *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base ('CCCTB')*; comments by Peter Adriaansen, Hans Bakker, Imme Kam, Thies Sanders, Paul Simonis, Matthijs Vogel, Jochem van der Wal and Dennis Weber in *Highlights & Insights on European Taxation* 2011, 5 (60). Manzini, *The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law*, *EJIL* 2001, 781 (785 et seq).

L'art.85 disciplina invece la fattispecie di una entità trasparente in uno Stato terzo partecipata da un socio/società di uno Stato membro<sup>2014</sup>. La disposizione si limita a disciplinare per differenza gli aspetti diversi dalla fattispecie dell'art.84, quindi il criterio di classificazione dell'ente estero.

Il ricorso ad un criterio di classificazione è motivato dall'esigenza di risolvere i conflitti fra Stati membri dei soci, più che risolvere i conflitti con gli Stati terzi, cioè per garantire uniformità di approccio classificatorio sempre all'interno del regime CCCTB. In questo caso la norma adotta il criterio di classificazione dello Stato di residenza dei soci - che questa volta è conforme all'approccio OCSE - ma con il correttivo di un previo accordo fra Stati membri se i soci sono due società di due diversi Stati membri che partecipano al regime CCCTB (conflict rule). La scelta quindi sembra dettata in ragione di una logica interna al regime della base imponibile comune e non mirata a risolvere i conflitti di classificazione con Stati terzi.

Ciò implica, almeno teoricamente, due ipotesi diverse e concomitanti.

La prima è che gli approcci di due Stati membri nel perimetro della CCCTB potrebbe non essere uguale: a questo soccorre la conflict rule della disposizione<sup>2015</sup>.

La seconda è che il criterio così definito (o dalla regola standard o dalla conflict rule) nella CCCTB - e obbligatorio per tutti gli Stati membri - potrebbe non collimare con quello dello Stato terzo di localizzazione della partnership che invece è estraneo al regime europeo e non è da questo obbligato.

---

Particolari ipotesi di conflitto si presentano in riferimento all'ipotesi in cui lo stato membro classifichi la partnership come una stabile organizzazione esentandone i redditi mentre lo Stato della partnership la consideri una società di capitali tassandone i dividendi in base al Trattato. cfr. Cfr. Lang M., *The Principle of Territoriality and its Implementation in the Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, WU International Taxation Research Paper Series, n.9/2012, p.36.

<sup>2014</sup> Art. 85 - Regole per determinare la trasparenza nel caso di entità di paesi terzi: «Qualora un'entità sia situata in un paese terzo, la questione se sia o meno trasparente è determinata in base alla legge dello Stato membro del contribuente. Se almeno due membri di un gruppo detengono un interesse nella stessa entità situata in un paese terzo, il trattamento di quest'ultima è determinato di comune accordo tra gli Stati membri interessati. Se non vi è accordo, decide l'autorità tributaria principale».

La formulazione della norma in ordine alla localizzazione dell'entità (nella versione inglese: «*Where an entity is located in a third country...*») lascia spazio a talune perplessità. Secondo alcuni Autori l'impiego del concetto di localizzazione appare inadatto e non ortodosso rispetto a quello di costituzione o di residenza o anche stabilimento. Cfr. Brauner Y., *CCCTB and Fiscally Transparent Entities – A third Countries' Perspective*, in Lang M. (a cura di), *Corporate income taxation in Europe: the common consolidated corporate tax base (CCCTB) and third countries*, Edward Elgar, 2013, p. 200 ss. Il fatto che una entità trasparente non sia tecnicamente "residente" in uno Stato perché *non liable to tax* o stabilita in uno Stato come una organizzazione priva di personalità sembrerebbe tuttavia motivare l'impiego di un termine giuridicamente non qualificato come "localizzazione" per stare ad intendere lo Stato secondo le cui leggi l'entità è costituita. V. Kaeser C., *Commentary*, in Lang M. (a cura di), *Corporate income taxation in Europe: the common consolidated corporate tax base (CCCTB) and third countries*, Edward Elgar, 2013, p. 222 ss

<sup>2015</sup> Art.85, seconda frase.

Questa situazione apre il ragionamento ad un problema più ampio. L'impossibilità di affidare alla CCCTB la definizione di una regola valida anche per gli Stati terzi implicitamente comporta che la soluzione debba essere ricercata nell'applicazione dei Trattati bilaterali fra Stati membri e Stati terzi.

Sorgono in questo caso diverse ipotesi:

- Se lo Stato dei soci classifica la partnership estera come opaca nello Stato terzo, dividendi e plusvalenze da cessione delle partecipazioni sono esentate dal regime CCCTB<sup>2016</sup>. Se lo Stato terzo classifica la partnership come trasparente si può verificare il caso di una doppia esenzione<sup>2017</sup>.
- Se la partnership configura stabile organizzazione dei soci nello Stato terzo, il regime CCCTB esenta il reddito a questa imputabile proporzionalmente alla quota del socio<sup>2018</sup>. Anche in questo caso, se lo Stato terzo classifica la partnership come trasparente si può verificare il caso di una doppia esenzione. Se invece lo Stato terzo classifica la partnership come opaca invece si ha unica imposizione.
- Se la partnership non configura stabile organizzazione nello Stato terzo, la direttiva prevede la prevalenza della regola classificatoria dello Stato dei soci eliminando l'eventuale conflitto<sup>2019</sup>. Se lo Stato dei soci qualifica l'entità come trasparente, in base all'art. 85 il reddito è imputato ai soci e confluisce nel consolidato con il beneficio contro la doppia imposizione<sup>2020</sup>. Se si applica il Trattato, anche lo Stato terzo considera la partnership come trasparente e il reddito è tassato una sola volta. Se invece il Trattato non si applica o lo Stato terzo classifica la partnership come opaca, tassandone il reddito, c'è doppia imposizione.

---

<sup>2016</sup> Art. 11 (c) e (d).

<sup>2017</sup> L'ipotesi che lo Stato terzo consideri la partnership come trasparente rientra nelle rettifiche ricevute dal progetto per effetto delle norme di contrasto agli hybrid mismatch.

<sup>2018</sup> Art. 11(e).

<sup>2019</sup> Metodo peraltro impiegato anche dal PR99 e nel mod. OCSE.

<sup>2020</sup> Nell'ipotesi in cui il reddito abbia fonte in un terzo Stato si potrebbero verificare ulteriori situazioni di conflitto benché il risultato dell'inclusione nel consolidato potrebbe non cambiare. Così è per esempio nel caso in cui lo Stato di localizzazione dell'entità classifica l'entità come opaca. In genere in questi casi, l'ipotesi di conflitto è dovuta allo Stato della fonte: se questo applica il Trattato con lo Stato di localizzazione dell'entità e non con lo Stato dei soci, mentre quest'ultimo applica il Trattato con lo Stato della fonte (come richiesto dal PR99), i due Trattati potrebbero non coincidere e l'applicazione dell'art.85 potrebbe portare a risultati asimmetrici. Diversa situazione invece si avrebbe se anche lo Stato membro dei soci classificasse l'entità estera come opaca: in tal caso lo Stato di residenza perde la possibilità di applicare il Trattato con lo Stato della fonte perché l'entità diventa, in base alla sua classificazione, residente nello Stato di localizzazione. Tali aspetti tuttavia non derivano dall'integrazione del principio di trasparenza nella CCCTB quanto dall'interazione fra Trattati fiscali bilaterali quando sono coinvolti più di due Stati.

- Se infine il Trattato c'è e prevede il metodo dell'esenzione, l'art.85 CCCTB è in conflitto con la regola del Trattato<sup>2021</sup>.

È evidente dunque come il ricorso della CCCTB alla rete dei Trattati dei singoli Stati nelle operazioni con Stati terzi rievochi il fantasma del Treaty shopping, anticamera per l'inasprimento della competizione fiscale fra Stati. L'esigenza di ricorrere alle convenzioni fiscali bilaterali di un singolo Stato solleva nuovamente il problema della divergenza e della frammentarietà de sistemi domestici e con questo le distorsioni derivanti da una pianificazione alla ricerca continua della migliore combinazione di strutture e localizzazioni che sfrutti al meglio le reti di Trattati disponibili. Tali aspetti (e non solo questi) hanno indotto la dottrina a rispolverare l'ipotesi di un approccio convenzionale comune e multilaterale dell'Unione nei confronti degli Stati terzi<sup>2022</sup> alternativo agli attuali Trattati fiscali bilaterali<sup>2023</sup>.

Va inoltre notato che, come visto in precedenza, anche in assenza di asimmetrie nella classificazione dell'ente, potrebbero porsi ulteriori problemi connessi ad esempio all'adozione di diversi approcci domestici di trasparenza i quali comportano spesso asimmetrie fra i criteri di qualificazione reddituale (income recognition e timing)<sup>2024</sup>.

Una questione ulteriore, anche se non centrata sull'obiettivo di questo lavoro, attiene poi a come qualificare il reddito imputato per trasparenza nell'ambito della base imponibile consolidata<sup>2025</sup>.

---

<sup>2021</sup> Per i conflitti fra Trattati fiscali e DTC, vedi nota precedente.

<sup>2022</sup> L'ipotesi di Trattati fiscali UE-Stati terzi è antica e presente già fra i suggerimenti dello Studio tecnico del 2001 e nel COM(2003)726. Il tema peraltro emerge nelle discussioni oggetto di un apposito gruppo di lavoro CCCTB (relazione con Stati terzi).

<sup>2023</sup> V. Brauner Y., CCCTB and Fiscally Transparent Entities – A third Countries' Perspective, cit. p. 217 e Kaeser C., Commentary, cit., p. 221. Secondo questi Autori, l'ipotesi acquisisce maggiore solidità anche ai fini di una ricalibrazione del peso degli Stati nell'ambito della negoziazione internazionale dei Trattati. Finora infatti uno dei maggiori problemi con gli Stati Uniti è l'overriding derivante dalle regole interne antiabuso americane che spesso disattendo le regole dei Trattati fiscali. La questione è segnalata nella sezione dedicata all'analisi del partnership approach USA. Dalle osservazioni degli autori si consegue che un conto è affidare il problema dell'overriding americano ai rapporti con i singoli Stati europei, altro conto è affidarlo ai rapporti con un'Unione di Stati europei che si sono dotati di una base comune consolidata da tutelare nei confronti degli Stati terzi.

<sup>2024</sup> Tali questioni sono state esaminate nel cap. 2.

Il diverso mix tra *entity approach* e *transparent approach* adottato nel regime di trasparenza degli Stati potrebbe condurre all'applicazione di diverse regole sulla fonte del reddito oppure a un diverso calcolo di partecipazione possedute in o attraverso una partnership.

Il tipico esempio è il trattamento statunitense degli hybrid e reverse hybrid. Vista l'esperienza americana, alcuni autori sollevano il problema di verificare se, a seguito dell'approvazione del progetto, sia necessario un Trattato fiscale dell'Unione con gli USA oppure se siano sufficienti i singoli trattati fiscali bilaterali degli Stati membri. Cfr.

<sup>2025</sup> Le alternative potrebbero essere: reddito diretto della società madre, reddito di una società controllata qualificata, reddito di una stabile organizzazione oppure reddito assegnato per effetto di una transazione con imprese associate. La questione è più ampiamente discussa in Brauner Y., CCCTB and Fiscally Transparent Entities – A third Countries' Perspective, in LANG M. (a cura di), Corporate income taxation in Europe: the common consolidated corporate tax base (CCCTB) and third countries, Edward Elgar, 2013, p. 216.

L'art.89 infine contiene una norma di quantificazione del reddito ai fini dell'apportionment, valida sia per le entità trasparenti localizzate in uno Stato membro (le partnership interne dell'art.84) sia per le entità trasparenti localizzate in Stati terzi (le partnership esterne dell'art.85)<sup>2026</sup>. La disposizione chiarisce che la formula da impiegare per il calcolo del reddito allocabile alle entità trasparenti segue la regola generale valida per tutte le subsidiary del gruppo. I fattori da includere nella formula sono dunque i medesimi ma il loro valore complessivo va proporzionalmente dimensionato alla quota di partecipazione negli utili dell'entità trasparente vantata dal socio. I presupposti impliciti di tale operazione sono tuttavia due. Il primo è che tale reddito sia imputato al socio/società dello Stato membro a prescindere dall'applicazione di un eventuale Trattato fiscale. Se la cosa non crea particolari difficoltà per le partnership interne dell'art.84 a causa del primato del regime CCCTB sulle norme interne e sui Trattati fiscali fra Stati membri, solleva invece i problemi visti in precedenza quando l'entità è localizzata in Stati terzi che non sono obbligati da regole europee. Il secondo presupposto dell'apportionment risiede nel ritenere (in modo semplicistico) il diritto agli utili di ogni socio come proporzionale all'utile complessivo della partnership. Nelle partnership tuttavia il diritto agli utili quasi mai è ripartito in modo semplificato come proporzione degli utili complessiva e più spesso anzi è commisurato a parametri diversi delle attività dell'ente<sup>2027</sup>. L'applicazione lineare della norma sulla formula di apportionment obbligherebbe quindi a derogare ad eventuali criteri di ripartizione degli utili non proporzionali previsti dal contratto di partnership. Senza un correttivo adatto, la CCCTB rischia di compromettere le decisioni sulla ripartizione degli utili nelle partnership e in definitiva la scelta del veicolo di investimento. Va tuttavia notato come l'impiego di una norma semplificata e proporzionale comporti l'eliminazione di ogni conflitto di qualificazione e garantisce l'eliminazione di ogni ipotesi di doppia imposizione e doppia non imposizione.

Inoltre, l'impiego dei fattori indicati nella formula nei Paesi terzi potrebbe condurre ad un'allocatione di redditi molto bassi al socio/società di uno Stato membro rispetto ad analogo calcolo effettuato in Stati UE<sup>2028</sup>.

---

<sup>2026</sup> Articolo 89 - Entità trasparenti: «Qualora un contribuente detenga un interesse in un'entità trasparente, i fattori utilizzati nel calcolo della percentuale assegnata includono il fatturato, il monte retribuzioni e le attività dell'entità trasparente, in proporzione alla partecipazione del contribuente ai profitti e alle perdite».

<sup>2027</sup> Uno dei tratti più caratteristici delle partnership risiede proprio nella possibilità di una imputazione non semplicemente proporzionale alle quote di partecipazione ma diversificata in base al tipo di asset o a seconda del tipo di attività svolta dal socio.

<sup>2028</sup> Questo però è un problema strettamente collegato alla conformazione della formula di apportionment e sol in parte derivante dalla imputazione per trasparenza.

In relazione agli aspetti sin qui esaminati, la proposta CCCTB 2016 non presenta significative novità<sup>2029</sup>.

#### 4.4.3.1.2 *Le partnership nella proposta di direttiva CCTB (testo finale ECOFIN 2019)*

I più recenti sviluppi del progetto CCCTB hanno comportato due importanti variazioni al progetto iniziale: l'obbligatorietà delle regole comuni per imprese sopra una certa soglia di fatturato (e la facoltatività per tutte le altre) e l'adozione di una strategia a due velocità per l'introduzione del regime di consolidamento, che dovrà essere preceduto dall'adozione di una base imponibile comune<sup>2030</sup>.

Dato che la CCTB sembra di più imminente approvazione e rappresenta una novità rispetto al progetto del 2011 sembra utile valutare l'approccio alle partnership di quest'ultima nel documento di compromesso del Consiglio europeo adottato nel 2019<sup>2031</sup>.

Nella versione 2019 della CCTB, il tema delle entità trasparenti è regolato negli art. 62 e 63<sup>2032</sup>. Anche in questo caso le disposizioni mirano a disciplinare l'inclusione nella base imponibile di società di Stati membri i redditi delle entità trasparenti localizzate in altri Stati membri o in stati terzi prevedendo due diverse regole classificatorie.

---

<sup>2029</sup> Rispetto alle entità trasparenti, se si esclude la ri-numerazione dell'articolato, la proposta CCCTB 2016 appare un adattamento "per differenza" della proposta 2011 alla quale sono sottratte le norme sulla determinazione della base comune. In particolare, nella proposta CCCTB 2016 è evidente l'espulsione di tutte norme sulla quantificazione del reddito delle entità trasparenti da includere nell'imponibile comune, corredate da quelle per testare la trasparenza delle entità trasparenti di altri Stati membri e di Stati terzi. Si intuisce pertanto la logica di complementarità che lega le due proposte: nella misura in cui si procederà al consolidamento degli imponibili, si presume che gli imponibili siano stati quantificati con le regole comuni della CCTB e quindi il calcolo dei redditi delle entità trasparenti abbia seguito tali regole.

Nella proposta CCCTB 2016 restano quindi solo le disposizioni sulla classificazione delle entità trasparenti degli Stati terzi con almeno due soci residenti in Stati membri e quelle sull'appportionment. Le entità trasparenti sono inserite all'interno del Capo VII, composto unicamente dall'art.27-Regole per determinare la trasparenza nel caso di entità di paesi terzi: «*Il trattamento di un'entità situata in un paese terzo in cui almeno due membri del gruppo detengono un interesse è determinato di comune accordo tra gli Stati membri interessati. Se non vi è accordo, decide l'autorità tributaria principale*». Nelle regole sull'appportionment contenute nel Capo VIII, è inserita la disposizione specifica per le entità trasparenti. Art. 31 - Entità trasparenti: «*I fattori utilizzati nel calcolo della percentuale assegnata a un membro del gruppo che detenga un interesse in un'entità trasparente includono il fatturato, il lavoro e le attività dell'entità trasparente, in proporzione alla partecipazione del contribuente ai profitti e alle perdite di tale entità*». Cfr. COM(683)2016, p.29 e 30.

<sup>2030</sup> Secondo la dottrina «Rispetto alle proposte del 2011, l'utilizzo delle nuove regole non è visto come un vantaggio per i grandi gruppi (ricavi oltre 750 milioni), ma come una regola di interesse generale, alla cui conformità sono obbligati i soggetti di maggiore dimensione, ma che viene messa a disposizione anche dei soggetti minori, previa opzione. Il "T.U.I.R. europeo reddito di impresa" diventerà più di un benchmark rispetto alle legislazioni nazionali, in quanto una normativa locale troppo diversa a danno del contribuente finirebbe per stimolare l'opzione per la tassazione unionale». Cfr. Rizzardi R., Verso il reddito di impresa europeo, in CT, n.5/2020, p. 470

<sup>2031</sup> Sotto il profilo delle entità trasparenti, il testo del 2019 apporta piccole novità rispetto alla proposta di CCTB del 2016. Pertanto prenderemo in considerazione l'ultimo testo approvato dal Consiglio che peraltro lascia inalterata la numerazione dell'articolato della proposta del 2016.

<sup>2032</sup> Entrambe inserito nel Capo X-Entità Trasparenti



Come osservazione generale occorre notare che, diversamente da quello CCCTB, il progetto CCTB mira alla definizione di una base imponibile comune ed esclude il processo di consolidamento e ripartizione degli imponibili in base al contributo apportato dalle diverse unit del gruppo. L'estraneità a questo sistema comune del problema della quantificazione degli imponibili delle entità trasparenti ai fini dell'apportionment giustifica pertanto l'impianto normativo più snello (o per meglio dire minimale), limitato a due disposizioni volte rispettivamente a quantificare il reddito imputabile per trasparenza e a stabilire il criterio di classificazione delle entità trasparenti stabilite in paesi terzi.

Al contrario della proposta del 2011, nella disposizione dedicata alle definizioni si rintracciano due nozioni rilevanti: una definizione comune di "entità" inserita nella proposta della Commissione del 2016 e una definizione comune di "trasparente a fini fiscali" (relativa all'entità) aggiunta dal Consiglio nel documento del 2019<sup>2033</sup>. Entrambe le definizioni convergono nell'identificazione di un "accordo giuridico volto a svolgere attività attraverso una società o una struttura il cui reddito (o parte di esso) è tassato a livello delle persone che vi partecipano". I punti fermi della nozione sembrano essere quelli propri emersi nell'analisi delle cd *non corporate entities* - fra le quali trovano spazio anche le partnership poi esaminate nei singoli Stati scelti per la comparazione - ma con talune particolarità. Ritroviamo infatti il riferimento ad un accordo, inteso come base giuridica per la formazione di una struttura anche (ma non solo) di tipo societario con il fine dello svolgimento di un'attività economica. La figura della società in quanto tale non sembra indispensabile ma alternativa a qualunque altra struttura che può essere anche di tipo relazionale, come un trust per il quale peraltro si prospetta l'ipotesi di trasparenza fiscale parziale, anche questa contemplata nella definizione<sup>2034</sup>. Appaiono invece centrali: l'elemento dell'attività economica, rispetto alla quale la struttura assume funzione strumentale, e il regime di trasparenza fiscale applicato dallo Stato membro. La nozione non scende ulteriormente nel dettaglio

---

<sup>2033</sup> Articolo 4 – Definizioni: «Ai fini della presente direttiva si intende per: (...) 30) "entità", qualsiasi accordo giuridico volto a svolgere attività attraverso una società o una struttura trasparente a fini fiscali; 30 bis) "trasparente a fini fiscali", con riguardo a situazioni in cui, a norma del diritto nazionale di uno Stato membro, il reddito (o parte di esso) dell'entità o accordo non è tassato a livello dell'entità o dell'accordo, bensì a livello delle persone che hanno un interesse in tale entità o accordo».

Nella versione inglese: «(30) 'entity' means any legal arrangement to carry on business through either a company or a structure that is transparent for tax purposes; (30a) 'transparent for tax purposes' refers to situations where, under the national law of a Member State, the income (or part thereof) of the entity or arrangement is not taxed at the level of the entity or the arrangement but at the level of the persons who have an interest in that entity or arrangement».

<sup>2034</sup> La parziale trasparenza dell'ente o della struttura richiama evidentemente anche la possibilità di limited partnership.

specificando quale tipo di approccio di trasparenza sia da intendersi adottato ai fini della CCTB.

L'art. 62 ricalca in gran parte l'art. 84 della proposta 2011<sup>2035</sup>. È da notare tuttavia come rispetto alla definizione di "entità fiscalmente trasparente" fornita dalla direttiva, il par. 2 assuma un nuovo rilievo ai fini della qualificazione del regime di trasparenza scelto dall'Unione. Nella definizione di entità fiscalmente trasparente infatti il regime di trasparenza non emerge caratterizzato da alcun tipo particolare di approccio (*entity approach* o *flow through approach*). Il disconoscimento delle operazioni fra socio e società tuttavia - almeno in proporzione alle quote del socio - segnala la preferenza per un *flow through approach*, rettificato (per la quota restante) da un *entity approach* che richiede la quantificazione del reddito a valore normale (at arm's length).

Valgono le considerazioni già fatte in precedenza per le regole di classificazione asimmetrica delle partnership interne ed esterne.

#### 4.4.3.1.3 Valutazioni

L'esame delle regole CCCTB relative alle entità trasparenti mostra una debolezza complessiva del sistema qualitativamente analoga a quella rinvenuta nell'analisi degli Stati. La CCCTB infatti non si sottrae al problema dei conflitti di classificazione delle entità trasparenti a livello internazionale. L'approccio impiegato dalla CCCTB non è dissimile da quello impiegato da un singolo Stato che si trova ad operare su base bilaterale con altri Stati: nella misura in cui esistono delle asimmetrie classificatorie esiste sempre un certo grado di probabilità che si verifichi doppia imposizione o doppia non imposizione e da qui un meccanismo di pianificazione in grado di sfruttarla<sup>2036</sup>. La CCCTB ha in più l'aggravante di puntare all'obiettivo della

---

<sup>2035</sup> Articolo 62 - Allocazione del reddito delle entità trasparenti ai contribuenti che vi detengono un interesse: «1. Qualora un'entità sia trattata come trasparente nello Stato membro in cui è stabilita, un contribuente che vi detenga un interesse include la propria percentuale nel reddito dell'entità nella base imponibile. Ai fini di questo calcolo, il reddito è computato in conformità alle norme della presente direttiva.

2. Non sono considerate le operazioni tra un contribuente e l'entità di cui al paragrafo 1 in proporzione alla percentuale dell'entità detenuta dal contribuente. Di conseguenza il reddito del contribuente derivato da tali operazioni è considerato come una quota dell'importo che sarebbe concordato tra imprese indipendenti alle condizioni di mercato corrispondente alla percentuale dell'entità di proprietà di terzi.

3. Il contribuente ha diritto ad uno sgravio per la doppia imposizione conformemente all'articolo 55».

Per un breve commento alla disposizione v. Valente P., *Manuale di Politica Fiscale dell'Unione Europea e degli Organismi Sovranazionali*, Eurilink University Press, Roma, 2017, p.447.

<sup>2036</sup> È sintomatico a riguardo l'esperienza USA nel post check-the-box. Subito dopo il '97, periodo in cui entra in vigore il regime opzionale e in cui entra in vigore il mod.USA 1996 con apposite clausole sulla tassazione delle partnership, il Tesoro è stato costretto ad intervenire per argine l'uso spasmodico di LLC statunitensi come hybrid entities.

(tendenziale) neutralità fiscale delle operazioni che avvengono nel mercato interno e di garantire una “equa” ripartizione dell’imponibile consolidato fra gli Stati membri. Per fare ciò, impiega nell’art.84 e nell’art.85 criteri non uniformi: nel caso dell’art. 84 l’inusuale criterio dello Stato di localizzazione è in grado di eliminare asimmetrie e rischi connessi ma richiede di prescindere dall’applicazione dei Trattati; nel caso dell’art.85 aderisce al criterio suggerito dall’OCSE ma apre alla possibilità di doppia imposizione e Treaty overriding. La CCCTB infatti non ha l’obiettivo di stabilire una regola da applicare sulla base della reciprocità, bensì quella di garantire un completo computo degli imponibili globali del gruppo e una adeguata ripartizione fra i membri del gruppo in base alla formula prescritta.

In sintesi, tre sono gli aspetti di rilievo che emergono dalle proposte esaminate:

- 1) la definizione comune di entità fiscalmente trasparente,
  - 2) l’adozione di una specifica qualificazione delle operazioni fra partnership e loro soci esteri,
  - 3) l’impiego di metodi classificatori diversificati per partnership localizzate in Stati membri e Stati terzi.
- 1) Quanto alla nozione comune di entità fiscalmente trasparente si tratta di una definizione non generale ma strumentale all’applicazione del regime di determinazione della base imponibile comune. Si tratta di una nozione sufficientemente estesa da comprendere strutture e figure giuridicamente differenti ma accomunate dallo svolgimento di un’attività economica e dalla tassazione dei redditi a livello dei soci. Quindi vi rientrano potenzialmente sia le partnership che i trust. La definizione si limita a richiamare la logica della tassazione per trasparenza

---

Lo schema prevedeva una madre canadese una LLC americana che controllava un’altra subsidiary americana. La LLC è considerata in USA come entità trasparente sia fiscalmente sia civilisticamente (*flow throug approach*) mentre è considerata una società opaca in Canada. Il pagamento di un interesse da una subsidiary alla LLC per il Canada era considerata un’operazione interna agli USA e quindi fuori giurisdizione, mentre lo stesso pagamento era considerato eseguito direttamente alla madre canadese. Quindi l’operazione scontava esclusivamente la ritenuta convenzione sugli interessi in uscita dagli USA pari al 10%. La successiva distribuzione di dividendi della LLC alla madre canadese scontata inoltre solo la ritenuta convenzionale sui dividendi prevista dal Trattato, per effetto del regime fiscale PEX canadese.

Dopo il primo intervento del Tesoro un secondo intervento si rese necessario per risolvere un analogo problema connesso stavolta all’impiego di reverse hybrid. Lo schema stavolta prevedeva l’impiego di una LLP come reverse hybrid (considerata opaca in USA ma trasparente in Canada) che incassava in esenzione dividendi da società americane e pagava interessi alla madre canadese deducibili dalla LLP. Dal momento che il Canada non riconosce gli interessi come componente reddituale, il reddito scontava una tassazione complessiva del 10%. Stavolta il Tesoro americano introdusse una misura volta a riqualificare gli interessi in dividendi sia ai fini domestici (negandone così la deducibilità del reddito della LLP) sia ai fini convenzionali.

Tale ricostruzione è presente in Brauner Y., CCCTB and Fiscally Transparent Entities – A third Countries’ Perspective, in LANG M. (a cura di), Corporate income taxation in Europe: the common consolidated corporate tax base (CCCTB) and third countries, Edward Elgar, 2013, p. 209-212 per mostrare come l’esistenza di asimmetrie possa essere un problema anche per una legislazione flessibile come il check the box americano. Più completa ricostruzione è inoltre presente in Rossi M., L’applicazione dei trattati fiscali alle “partnership” e agli enti ibridi, in Uckmar V., Diritto tributario internazionale, Milano, 2005, pag. 289 ss.

ma non si spinge a definirne i dettagli: questo resta per lo più appannaggio dei singoli Stati.

- 2) Pur lasciando ai singoli Stati i dettagli tecnici del regime di trasparenza domestico (partnership approach), la CCTB interviene nella qualificazione delle operazioni fra partnership e soci esteri introducendo un approccio misto – entity/flow-through approach – la cui combinazione dipende dalla quota di partecipazione del socio estero nella partnership. Tale approccio però lascia inalterato il diverso regime nazionale applicabile dallo Stato membro alle operazioni fra partnership nazionale e socio nazionale fuori dal regime comune<sup>2037</sup>. A prima vista, quindi, la regola CCTB sembra fonte di un'asimmetria idonea a rendere preferibile l'inclusione di tutte le società/soci di una partnership all'interno del regime CCTB per evitare trattamenti disparitari derivanti dall'applicazione dei regimi domestici. Il che significa una distorsione. Se nell'ambito della CCCTB questa distorsione è motivata dal regime di consolidamento – che notoriamente tende a ritenere irrilevanti le operazioni fra unit di un medesimo gruppo – la scelta di un tale approccio è meno motivata nell'ambito della base imponibile unica. Tale qualificazione si sovrappone a quella prevista dai sistemi di trasparenza fiscale degli Stati che molto spesso non distinguono fra soci persone fisiche e soci società. In questo modo la regola CCTB potrebbe obbligare gli Stati a modificare il proprio regime di trasparenza per evitare le predette asimmetrie e distorsioni, con potenziali interferenze anche sulla fiscalità delle persone fisiche. Questo aspetto, come si è visto, è un effetto dichiaratamente indesiderato nei propositi della CCTB.
- 3) L'impiego di metodi classificatori diversificati per partnership localizzate in Stati membri e partnership localizzate in Stati terzi suggerisce l'intenzione dell'Unione di mantenere il controllo sulle regole di classificazione degli enti interni al gruppo. Ciò soprattutto nel caso di controllo del gruppo attraverso partnership localizzate in Stati terzi. Tale scelta ha diversi pregi ma solleva un problema complesso: il ricorso ai Trattati bilaterali degli Stati membri con i singoli Stati terzi di localizzazione della partnership lascia ampio spazio alla pianificazione fiscale introducendo distorsioni

---

<sup>2037</sup> Ipotizzando una partnership in uno Stato membro partecipata da due società/soci, una nazionale che non entra nel regime CCCTB e un'altra residente in un altro Stato membro che invece è inclusa nel regime, l'art.84(2) CCCTB o l'art.62(2) CCTB potrebbero applicarsi esclusivamente alle operazioni fra partnership e socio estero. Le operazioni fra partnership e socio domestico invece potrebbero continuare ad essere regolate dal regime nazionale. Se la partnership si trovasse in Italia per esempio, l'operazione fra socio e società è fiscalmente riconosciuta come tale per intero; mentre in Germania sono completamente sconosciute. Questa situazione è concretamente in grado di provocare quindi un trattamento asimmetrico di una medesima operazione con la medesima partnership effettuata da un socio nazionale rispetto ad un socio estero.

nella scelta della forma giuridica e nella localizzazione degli investimenti. Questo naturalmente riapre la vena della competizione fiscale fra Stati.

Si può dunque concludere che la CCCTB, obbligando gli Stati membri a prescindere dai Trattati riesce ad eliminare il problema delle asimmetriche classificazioni fiscali delle entità trasparenti solo all'interno dell'Unione ma non nei confronti degli Stati terzi, per i quali restano aperte opportunità di pianificazione fiscale.

#### **4.4.4 Le partnership nel progetto pilota *Home State taxation* per le PMI**

Si è già detto di come, a partire dalla metà degli anni 2000 la Commissione abbia deciso di sganciare il percorso di armonizzazione delle PMI da quello delle imprese societarie e di discutere separatamente le misure da adottare nei due comparti.

Resta da vedere dunque come si è sviluppato l'approccio all'armonizzazione della fiscalità d'impresa delle PMI e perché tale approccio ha condotto ad escludere le partnership.

All'inizio degli anni 2000 la Commissione inaugura un nuovo quadro politico all'interno del quale la politica tributaria dell'Unione punta a rimuovere, mediante misure di breve termine e di lungo termine, gli ostacoli derivanti dall'esistenza di differenti sistemi di fiscalità diretta all'interno del single market<sup>2038</sup>.

Come si è visto, il dibattito istituzionale svoltosi a livello europeo sulla fiscalità d'impresa appare centrato sulle imprese soggette ad imposta societaria, facendo rientrare per esclusione tutte le imprese non soggette a tale imposta nell'ampia figura delle PMI<sup>2039</sup>.

Il tema, ramificatosi prima come costola infruttuosa della politica europea di armonizzazione della fiscalità d'impresa e poi riaffermatosi con l'esigenza di sostenere le politiche occupazionali, sembra quindi svolgere un ruolo preminente fra le politiche dell'Unione soprattutto in considerazione del suo rilievo dimensionale e del suo peso economico.

---

<sup>2038</sup> V. supra, § 4.4.1.3

<sup>2039</sup> Simile approccio sembra poggiare sulla convinzione che una grande impresa dovrebbe sempre configurarsi come impresa societaria. Tale argomentazione è piuttosto ricorrente negli sudi della Commissione secondo cui le piccole e medie imprese operano quasi prevalentemente come ditte o società personali oppure assumono tali forme fintantoché sono in fase di start-up «*it is important to remember that business start-ups are almost by definition small- and medium-sized enterprises*». Cfr. Sec (2001)1681, p.316

L'azione di rilancio della strategia di Lisbona, avviata nel 2005 e incentrata sulla crescita e l'occupazione<sup>2040</sup>, passa attraverso politiche mirate a creare le condizioni di sistema per lo sviluppo delle PMI e a rimuovere gli ostacoli burocratici e fiscali che ne limitano il finanziamento e l'internazionalizzazione. Ciò si motiva soprattutto per il ruolo preminente e di traino che esse svolgono nello sviluppo dell'economia dell'Unione sia come fattori di crescita che di creazione occupazionale.

Nei rapporti della Commissione, le piccole e medie imprese (PMI) sono indicate come la spina dorsale dell'economia europea<sup>2041</sup>: costituiscono il 99% delle imprese dell'UE, alimentano due terzi dell'occupazione complessiva del settore privato e contribuiscono a più della metà del valore aggiunto totale prodotto dalle imprese dell'Unione<sup>2042</sup>.

Gli studi quali-quantitativi condotti dalla Commissione insieme ad un'ampia campagna di consultazioni e a numerosi contributi del mondo accademico mostravano la particolare vulnerabilità delle PMI all'incidenza dei cd "costi di conformazione alle norme" e come in definitiva la rimozione di tali ostacoli fosse ancor più necessaria per le PMI che per le grandi società<sup>2043</sup>.

Così, mentre tali studi avevano individuato una rosa sufficientemente ampia di misure a breve (*targeted*) e lungo termine (*comprehensive*) per le società, pochi suggerimenti erano emersi per migliorare le condizioni delle attività imprenditoriali a dimensione ridotta e prive di forma giuridica societaria.

---

<sup>2040</sup> Commissione, COM(2005) 330 e COM(2005) 24

<sup>2041</sup> COM(2005) 551, Attuare il programma comunitario di Lisbona una politica moderna a favore delle PMI per la crescita e l'occupazione, p.4.

<sup>2042</sup> Fonte: Parlamento Europeo <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/63/piccole-e-medie-impese>.

I dati relativi sulla dimensione del fenomeno PMI in Europa sembrano stabili nel tempo se confrontati con quelli rilevati nei vari rapporti dell'Osservatorio delle PMI europee con quelli del SEC(2005)1785 (p.17-18) e con quelli risalenti al 2001 e al 1998 contenuti nel SEC (2001)1681 (p.314) il quale rinvia ai dati di European Commission, The Fourth Report on the Co-ordination of Activities in favour of SMEs and the Craft Sector, published in 1998; per dati ancora precedenti, v. Mulhern, Alan The SME sector in Europe: A broad perspective, in Journal of Small Business Management; Jul 1995; 33, 3; ProQuest pg. 83.

<sup>2043</sup> «Gli studi generali della Commissione sulle PMI nell'UE, e in particolare le conclusioni provvisorie dell'indagine realizzata dalla Rete europea per le ricerche sulle PMI (European Network for SME Research, ENSR) sull'internazionalizzazione delle PMI, rivelano che solamente un numero esiguo di PMI sono attualmente attive in uno Stato membro diverso dal proprio». Cfr. COM(2003)726, p.16 e bibliografia ivi citata.

«Le attività transfrontaliere portano ad aumenti statisticamente significativi dei costi di conformazione alle norme per qualsiasi impresa. Le piccole e medie imprese sono particolarmente vulnerabili in questo ambito poiché per esse i costi legati alla conformazione alle norme sono proporzionalmente superiori che per le grandi società»; cfr. COM(2005) 532, par.2.1.2. analoghi riferimenti sono rinvenibili nel SEC(2005)1785, p. 12.

Fra le diverse misure *comprehensive* in discussione per armonizzare l'imposta societaria<sup>2044</sup>, una in particolare, il regime di *home state taxation*, fu ritenuta idonea per un'applicazione sperimentale alle PMI.

Il progetto prendeva spunto dall'idea inizialmente maturata nell'ambito dello "Stockholm Group" e ulteriormente sviluppata nel modello Lodin-Gammie del 2001<sup>2045</sup> e seguiva le indicazioni ricevute all'interno di un'ampia campagna seminariale realizzata con il contributo di associazioni di categoria e mondo accademico<sup>2046</sup>.

La concreta definizione di tale proposta, annunciata nella comunicazione COM(2003)726<sup>2047</sup>, prese corpo in un progetto pilota descritto nella comunicazione

---

<sup>2044</sup> Come misura di politica fiscale strutturalmente mirata ad ampliare e rafforzare il mercato interno la Commissione propose l'adozione di una base imponibile consolidata comune per le imprese europee (CCCTB), un sistema di tassazione delle aziende più semplice e trasparente, alternativo a quello derivante dalla sovrapposizione di diversi sistemi nazionali. Il progetto aveva origini antiche: fu proposto inizialmente nel 2001 con la comunicazione COM (2001)582 supportata dallo studio tecnico SEC(2001)1681 e ancora nel 2003 con la comunicazione COM(2003)726. La proposta avrebbe consentito alle imprese che operano sul mercato interno di seguire le stesse norme per il calcolo delle loro basi imponibili nei diversi Stati membri dell'UE, di compensare le perdite transfrontaliere e risolvere i problemi fiscali legati ai prezzi di trasferimento e alla ristrutturazione aziendali ma avrebbe richiesto l'accordo degli Stati su una formula di ripartizione della base imponibile consolidata alla quale ciascuno Stato avrebbe applicato la propria aliquota societaria.

Tale efficace soluzione tuttavia richiedeva tempi lunghi. In attesa di definire il quadro tecnico e politico per l'adozione di una base imponibile consolidata comune per le imprese europee (CCCTB), la Commissione propose delle misure di breve periodo mirate a *semplificare il contesto fiscale e creare condizioni di parità* e delle *misure mirate per l'eliminazione degli ostacoli fiscali transfrontalieri cui sono confrontate le imprese dell'UE* (fra le quali la compensazione transfrontaliera delle perdite, prezzi di trasferimento, maggiore cooperazione amministrativa finalizzata a ridurre le distorsioni provocate dalla frode e dall'evasione fiscale); cfr. COM(2005) 532, in part. p.5-10.

<sup>2045</sup> Il concetto di Home State Taxation(HST), inizialmente sviluppato nello Stockholm Group, un gruppo di studiosi che si incontrava regolarmente dal 1993 per discutere, a livello europeo ed internazionale, fu ulteriormente raffinato nel lavoro di Lodin S.O., Gammie M., Home State Taxation, IBFD, Amsterdam, 2001, considerato a buon ragione dalla letteratura come la più completa formulazione del sistema di tassazione in base alle regole del Paese di residenza; cfr. Stevanato D., La tassazione dei gruppi europei: l'Home State Taxation quale alternativa al consolidato "mondiale", in RT, n.4/2003, p.1248. L'approccio HST divenne oggetto di un approfondito studio dei servizi della Commissione nel SEC(2001)1681 (in part. par. IV.B.11.1, IV.C.15.6 e 16.5.2), discusso per la prima volta nel COM(2001)582 (p.17-18) e infine proposto da COM(2003)726 (p.12-15) come progetto pilota per la tassazione delle PMI.

<sup>2046</sup> Sulla base delle indicazioni generali contenute nel COM(2001)582 e gli esiti di una conferenza tenutasi a Brussells nell'Aprile 2002, i servizi della Commissione organizzarono un workshop con la partecipazione di tutte le più importanti associazioni di fiscalisti ed esperti fiscali e altre parti interessate il 17 December 2002 per un preventiva valutazione dell'idea di un progetto pilota HST per le PMI. Cfr. SEC(2005)1785, p. 12-13.

<sup>2047</sup> È interessante notare come il COM(2003)726 rinviasse espressamente all'impostazione del modello HST di Lodin-Gammie; sul punto v. anche il documento di sintesi della Commissione, consultabile presso: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/hst\\_book\\_summary.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/hst_book_summary.pdf).

Nella comunicazione la Commissione annunciava l'impostazione generale di un progetto pilota che avrebbe introdotto la facoltà per le PMI di impiegare regole di imposizione sugli utili secondo il principio dell'imposizione nello Stato di residenza. Cfr. COM(2003)726, par. 4.2.

COM(2005)702<sup>2048</sup> accompagnata dal documento SEC(2005)1785<sup>2049</sup>, esplicativo dei dettagli tecnici.

L'idea di fondo consisteva nel tentativo di impiegare il principio del mutuo riconoscimento come criterio ispiratore del sistema tassazione del reddito delle imprese operanti nel mercato interno e comportava l'applicazione alle PMI di un regime di *Home State taxation* (HST), ove cioè la tassazione sarebbe avvenuta in base alle regole fiscali del Paese di origine dell'impresa.

Per l'individuazione della figura di PMI cui destinare tali misure, il COM(2003)726 rinvia alla nozione di PMI prevista dalla Racc. 2003/361/CE<sup>2050</sup> che, nella più generale definizione di «impresa», includeva espressamente le partnership.

Vale la pena tuttavia anticipare fin d'ora che le partnership, nonostante siano incluse nella nozione europea di “impresa”, sono escluse di diritto dal regime sperimentale HST.

Il regime HST si configurava come un regime opzionale basato su accordi bilaterali o multilaterali fra Stati (e non su una direttiva), che prevedeva la facoltà di determinare il reddito imponibile complessivo di un'impresa di gruppo con strutture giuridiche operanti in più Stati membri secondo le regole dello Stato di residenza della capogruppo. Il reddito d'impresa di ciascuna subsidiary sarebbe stato determinato in base ai principi e alle regole fiscali vevoli nel Paese della casa madre rendendolo così omogeneo, facilmente aggregabile nel reddito complessivo del gruppo e assoggettabile ad un unico sistema di calcolo (quello dell'home country). Tale aggregato è poi suddiviso fra gli Stati di residenza di ciascuna società del gruppo in base ad una formula di allocazione (*apportionment*); la quota di reddito imputabile a ciascuna società del gruppo è assoggettata ad imposizione nel rispettivo Paese di residenza in base alle aliquote nazionali.

In sostanza, il sistema HST, in una prima fase, consolida gli imponibili delle imprese del gruppo multinazionale quantificandoli in base alle regole della casa madre

---

<sup>2048</sup> Commissione, COM(2005)702, Lotta contro gli ostacoli connessi alla tassazione delle società incontrati dalle piccole e medie imprese nel mercato interno – Descrizione di un eventuale regime pilota basato sul criterio della tassazione dello Stato di residenza.

<sup>2049</sup> SEC(2005)1785, Lotta contro gli ostacoli connessi alla tassazione delle società incontrati dalle piccole e medie imprese nel mercato interno – Descrizione di un eventuale regime pilota basato sul criterio della tassazione dello Stato di residenza.

<sup>2050</sup> Raccomandazione della Commissione, del 6 maggio 2003, v. nota precedente.



(al pari di quanto farebbe con stabili organizzazioni o imprese esclusivamente nazionali) per poi riallocarli fra gli Stati in cui il gruppo esercita la propria attività<sup>2051</sup>.

Ciò comporta l'inevitabile rinuncia di ciascuno Stato ad una porzione della propria sovranità consistente nell'ammettere che la base imponibile delle imprese del gruppo residenti nel proprio territorio sia quantificato secondo le regole fiscali di un altro Stato.

Il documento tecnico SEC(2005) 1785 mette in evidenza come la determinazione dell'imponibile consolidato secondo le regole dello Stato di residenza della capogruppo si configuri come una soluzione dotata di numerosi ed evidenti pregi: il contenimento dei costi di adeguamento, la semplificazione delle procedure, la riduzione della burocrazia, minori rischi di doppia imposizione, oltre che la compensazione delle perdite transfrontaliere<sup>2052</sup>. A riguardo la letteratura ha avuto modo di segnalare altrettante criticità alcune delle quali hanno senza dubbio influito sull'insuccesso del progetto<sup>2053</sup>.

L'imposizione secondo le regole di un solo Paese, invece che di tanti Stati quante sono le subsidiaries, consente una notevole semplificazione di regole implicando peraltro la scelta per un approccio sistemico del principio di *capital export neutrality*<sup>2054</sup>, che eguaglia la tassazione dell'impresa multinazionale a quella delle altre imprese residenti operanti in ambito esclusivamente nazionale. Tale semplificazione tuttavia avrebbe ribaltato i costi di adeguamento su subsidiaries e amministrazioni fiscali che avrebbero dovuto apprendere le regole fiscali dello Stato di origine della capogruppo per determinare l'imponibile e controllarne la correttezza. Ciò peraltro

---

<sup>2051</sup> Bendotti F., La tassazione dei gruppi in ambito europeo: scenari e prospettive future, in FI, n.6/2004, p. 521, par.3.

<sup>2052</sup> Sui profili di criticità della proposta si rinvia alle conclusioni delle indagini della Commissione Europea, TAXUD C.1/DOC (04) 1410 e TAXUD E.1/DOC (05) 2301 citati nelle note recedenti.

<sup>2053</sup> Per una revisione critica degli effetti del regime HST, v. Dal Cin E., La tassazione dei gruppi europei l'home State taxation, utopia o realtà?, in IF, n.29/2006, p.4502 ss.; mentre per un esame comparato dei pro e contra del regime HST rispetto al consolidato mondiale italiano v. Stevanato D., La tassazione dei gruppi europei: l'Home State Taxation quale alternativa al consolidato "mondiale", in RT, n.4/2003, p.1248ss., in part. par.5. L'A in particolare evidenzia come l'HST sia un sistema più efficiente del regime di consolidato mondiale perché previene che le imprese estere siano tassate dallo Stato di residenza e rende possibile la compensazione delle perdite sia per linee verticali (e solo bottom-up) sia per linee orizzontali consentendo cioè la compensazione dei profitti di una subsidiary con le perdite realizzate da una diversa subsidiary.

<sup>2054</sup> Il principio della neutralità interna prevede che ai soggetti che producono reddito anche all'estero (o solo all'estero) deve essere accordato lo stesso trattamento tributario (né più favorevole, né più sfavorevole) che è accordato ai soggetti che producono reddito esclusivamente entro lo Stato di residenza. La dottrina finanziaria denomina tale forma di neutralità come neutralità di esportazione dei capitali (*capital export neutrality*). Essa si ottiene quando il prelievo fiscale sul reddito prodotto all'estero è pari al prelievo operato sul reddito esclusivamente prodotto entro il territorio dello Stato della residenza dell'investitore. Viceversa, il principio della *capital import neutrality* (neutralità esterna) prevede che ai soggetti che producono reddito anche all'estero (o solo all'estero) deve essere accordato lo stesso trattamento fiscale di quello accordato dallo Stato entro il quale tale reddito è prodotto ai soggetti che producono reddito esclusivamente entro quella giurisdizione.

avrebbe richiesto e dato impulso ad un'intensa attività di cooperazione fra gli Stati<sup>2055</sup>. A causa della divergenza delle regole di quantificazione dell'imponibile fra gli Stati membri l'HST avrebbe paradossalmente innescato meccanismi di discriminazione, dovuta al riconoscimento per esempio di perdite ad un'impresa in regime HST non riconoscibili ad un'impresa in regime ordinario. Ne sarebbe derivata una competizione fiscale fra Stati, attraverso l'Home State shopping dei gruppi mirato alla ricerca dello Stato con regole di maggior vantaggio fiscale quanto a criteri di calcolo dell'imponibile.

La compensazione transfrontaliera delle perdite nell'HST seguiva i limiti e le regole dell'Home country come se si trattasse di un consolidamento fiscale nazionale negli Stati ove tale istituto è previsto. Il preventivo consolidamento degli imponibili sulla capogruppo comportava certamente il vantaggio di superare tutte le delicate questioni connesse all'allocazione delle perdite del gruppo<sup>2056</sup> ma offriva un sistema di compensazione centralizzata degli imponibili del gruppo che non teneva conto dell'effettivo apporto reddituale di ciascuna impresa. Lo HST funzionava cioè come sistema di equalizzazione del gettito dei gruppi operanti nel mercato interno ove la riallocazione dei redditi fra le consociate poteva dar luogo a risultati imprevedibili.

La formula di riallocazione era basata sul valore aggiunto rettificato, parametro che aveva il vantaggio della semplicità in quanto già conosciuto per l'IVA ma poneva problemi di coerenza dei fattori da includere rispetto alla finalità riallocativa dei redditi d'impresa<sup>2057</sup>

Inoltre, i numerosi ostacoli derivanti dalla disciplina dei prezzi di trasferimento sembravano superati per effetto del consolidamento degli imponibili che rendeva irrilevanti gli eventuali spostamenti di base imponibile da un soggetto ad un altro, salva l'eventuale possibilità di incidere, in questo modo, sulla formula di ripartizione dell'imponibile globale. Per altro verso, le politiche di transfer pricing erano in grado di alterare il risultato della riallocazione a seconda dei fattori inclusi nella formula di apportionment.

Comportando il mutuo riconoscimento dei sistemi fiscali nazionali, il regime HST sarebbe inoltre stato lo schema più facilmente applicabile a livello europeo

---

<sup>2055</sup> Ciò peraltro, secondo lo schema originario, avrebbe comportato ulteriori benefici agli Stati, cfr. Lodin-Gammie, Home State Taxation, cit., p.29

<sup>2056</sup> Il dilemma sulla correttezza logico-sistematica di un eventuale *recapture* delle perdite delle controllate aveva costituito la ragione del principale impasse dell'Unione su questo tema. Fino ad allora la discussione teorica su quale Stato avrebbe dovuto sostenere il costo fiscale delle perdite girava intorno a due approcci: il deduction/reintegration approach che comportava il recapture delle perdite sulla controllata quando avesse realizzato un utile e l'alternativa approach che invece localizzava sulla capogruppo utili e perdite dell'interno gruppo. Cfr. Stevanato D., La tassazione dei gruppi europei: l'Home State Taxation, cit. par.5.

<sup>2057</sup> Ibidem.

semplicemente attraverso una Convenzione conclusa tra gli Stati membri approvata in base al principio della cooperazione rafforzata<sup>2058</sup> ed evitando così il problema dell'unanimità. Per altro verso l'adozione del regime in un numero limitato di Stati membri avrebbe potuto avviare una indesiderata competizione fra questi e gli Stati non aderenti.

La riluttanza degli Stati a partecipare alla sperimentazione può dunque trovare spiegazione prevalentemente negli esiti imprevedibili della riallocazione reddituale, dipendenti per lo più dalla impossibilità di individuare fattori e chiavi di allocazioni coerenti per la determinazione della formula e negli effetti competitivi dell'Home State shopping. Oltre a presentare numerose altre difficoltà applicative, il progetto suscitò anche diverse perplessità<sup>2059</sup> e, dopo la comunicazione della Commissione del 2005, l'Home State Taxation non registrò ulteriori sviluppi<sup>2060</sup>.

Con specifico riguardo alle partnership, le conclusioni delle consultazioni avviate dalla Commissione nel 2003 evidenziavano in particolare che l'inclusione delle

---

<sup>2058</sup> L'istituto delle cooperazioni rafforzate, espressione del fenomeno dell'integrazione differenziata, è stato introdotto con il Trattato di Amsterdam 1997 e confluisce oggi nell'art. 20 TUE e 326-334 TFUE che stabiliscono i limiti e i presupposti per l'avvio del relativo procedimento. Cfr. Cannone, A., *Le cooperazioni rafforzate*. Contributo allo studio dell'integrazione differenziata, Bari, 2005; Feraci, O., *L'attuazione della cooperazione rafforzata nell'Unione Europea: un primo bilancio critico*, in Riv. dir. int., 2013, 955 ss.

<sup>2059</sup> Fra le difficoltà applicative, la letteratura segnala gli obblighi dichiarativi nell'Host State, l'inclusione delle imposte locali sui redditi, l'impiego di eventuali formule di *apportionment* reddituale fra gli Stati coinvolti, la compatibilità con gli incentivi fiscali domestici. Per altro verso il progetto suscitava numerose perplessità in ordine all'eventuale incompatibilità con il principio europeo di non-discriminazione e con la normativa costituzionale di alcuni Stati Membri, alle forme di "concorrenza sleale" che avrebbe potuto alimentare e alla sua eventuale applicabilità all'IVA. Dal Cin E., *La tassazione dei gruppi europei l'home state taxation, utopia o realtà?*, In IF, n.29/2006, p.4502; Vignando P., *Home State Taxation*, in Il commercialista veneto, n. 161/2004, Inserto 2, consultabile presso <https://www.commercialistaveneto.org/it/wp-content/uploads/2011/05/ins161b.pdf>; Rolle G., Ruocco A., Valente P., *Il Coordinamento della Tassazione dei Redditi d'Impresa nell'Unione Europea*, CSC Working Paper n.40/2003, consultabile presso [https://static1.squarespace.com/static/55a50b8ee4b00f4e23b93618/t/574321f460b5e922a259e985/1464017402555/2003\\_2\\_0\\_6\\_CSC\\_Anna+Ruocco+Giovanni+Rolle\\_PV\\_II+Coordinamento+della+Tassazione+dei+Redditi+d%27Impresa+nell+%27Unione+Europea.pdf](https://static1.squarespace.com/static/55a50b8ee4b00f4e23b93618/t/574321f460b5e922a259e985/1464017402555/2003_2_0_6_CSC_Anna+Ruocco+Giovanni+Rolle_PV_II+Coordinamento+della+Tassazione+dei+Redditi+d%27Impresa+nell+%27Unione+Europea.pdf).

<sup>2060</sup> La dottrina segnala che il progetto non ricevette ulteriori impulsi. La Commissione europea riporta fra le notizie che un appunto sul progetto pilota e gli esiti delle relative consultazioni fu sottoposto ad una riunione informale Ecofin del 2004, durante la quale tuttavia non avvenne alcuna discussione sostanziale sul tema. Una sintesi delle attività svolte dall'Unione in materia è consultabile presso: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/company-tax/initiatives-small-business/home-state-taxation\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/initiatives-small-business/home-state-taxation_en).

Qualche anno più tardi, l'Italia adottò un regime lontanamente ispirato al HST: il regime fiscale di attrazione europea introdotto dall'art. 41 del DL n.78/2010, convertito in L. n.122/2010. L'attuazione del regime era demandata ad appositi provvedimenti amministrativi, ma la sua potenziale configurazione di aiuto di Stato in base alle regole europee ne segnò l'abrogazione priva di divenire efficace (Legge n. 147/ 2013, n. 147, Legge di stabilità 2014 art. 1 c.583 lett.a).

Le differenze fra i due approcci sono molteplici: per esempio il regime italiano includeva tutte le imprese europee e l'opzione per uno qualsiasi dei regimi domestici dell'UE, mentre quello europeo è rivolto alle sole piccole e medie imprese e l'opzione per il sistema dello Stato di residenza dell'impresa. Inoltre, il regime italiano riguarda la modalità di tassazione del reddito prodotto in Italia da imprese europee, mentre il regime europeo prevedeva la ripartizione fra gli Stati membri dell'imposta complessivamente prelevata in base al Home State taxation. Al contrario del regime italiano, quello europeo dunque necessitava di un accordo fra gli Stati membri. Cfr. Valz C., *La Pietra L.*, *Il regime fiscale di attrazione europea*, in FI, n. 6/2010, p.451; Rizzardi R., *Verso il reddito di impresa europeo*, in CT, n.5/2020, p.470.

partnership e degli enti ibridi nel regime HST avrebbe presentato un doppio ordine di profili fra loro incompatibili<sup>2061</sup>.

Da una parte l'inclusione delle partnership nell'ambito soggettivo di applicazione del regime avrebbe incrementato complessivamente la neutralità fiscale dei sistemi domestici eliminando la discriminazione fra forme giuridiche dell'impresa che in alcuni Stati (REGNO UNITO e Francia per esempio) presentava significative iniquità fiscali fra imprese societarie (company) e imprese non societarie (unincorporated business)<sup>2062</sup>. Ciò ha indubbiamente ispirato la maggior parte degli intervistati a propendere per l'inclusione delle partnership nel progetto pilota anche se restavano seri dubbi su quale fosse l'approccio più corretto per l'inclusione, quello connesso all'applicabilità dei Trattati contro le doppie imposizioni oppure il consolidamento fiscale.

Dall'altra, tale inclusione avrebbe comportato un elevato incremento di complessità dell'intero sistema: l'obbligo del host State di conformarsi alle regole classificatorie soggettive del home State avrebbe facilitato potenziali situazioni di

---

<sup>2061</sup> In particolare si segnala la consultazione pubblica avviata nel 2003, The experimental application of "Home State Taxation" to small and medium-sized enterprises in the EU e le relative conclusioni, Summary Report on the outcome of the TAXUD Consultation of interested parties on The experimental application of "Home State Taxation" to small and medium-sized enterprises in the EU [February - June 2003], consultabile presso: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/homestate\\_summary\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/homestate_summary_en.pdf).

Fu inoltre proposto un ulteriore questionario nel 2004, accompagnato dalle linee guida per la sperimentazione del progetto: cfr TAXUD C.1/DOC (04) 1409, *Questionnaire on corporate tax as barrier to eu expansion of small and medium-sized enterprises*; TAXUD C.1/DOC (04) 1410, *Outline of a possible experimental application of Home State Taxation to small and medium-sized enterprises*, consultabile presso: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/hst\\_paper\\_june\\_04\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/hst_paper_june_04_en.pdf). Le conclusioni confluirono nel document TAXUD E.1/DOC (05) 2301, *Summary report on the replies received in response to the questionnaire on corporate tax as barrier to EU expansion of small and medium – sized enterprises*, consultabile presso: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/hst\\_questionnaire\\_summ\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/hst_questionnaire_summ_en.pdf)).

<sup>2062</sup> «9) What are respondents' views on the potential infringement of the principle of neutrality in taxation (e.g. vis-à-vis the legal form of a business)? Many respondents (14) emphasise all legal forms should be included in the scope of the pilot scheme (individual enterprises, partnerships, agencies). Some (4) point out, however, that the principle of neutrality in taxation is already not always respected in Member States (e.g. UK, France) where there are considerable inequities in taxation between a company and an unincorporated business».

«18) Is it considered necessary and feasible to include partnerships in the scope of the pilot scheme? Some contributors (4) wish to exclude partnerships from the scope of the pilot scheme. It is argued that including unincorporated businesses in the scheme would be likely to cause unnecessary complexities, perhaps jeopardising the project. Most respondents however are in favour of including partnerships in the scope of the project (15). Some refer to the special problems relating to hybrid companies.

19) If partnerships would be included in the pilot scheme's scope, should this be done under a "tax treaty approach" or under a "consolidation approach"? Many respondents felt that they were not in a position to answer this question and pleaded in favour of a more in-depth analysis of the problems. Several contributions (7) nevertheless favour the consolidation approach while a few others (2) argue that there is a legal basis only for a tax treaty approach».

Cfr. Summary Report on the outcome of the TAXUD Consultation of interested parties on The experimental application of "Home State Taxation" to small and medium-sized enterprises in the EU [February - June 2003], in part. p. 1 e 5.

doppia imposizione e discriminazioni fra nazionali tutte le volte che fossero coinvolte *partnerships* e *hybrid entities*<sup>2063</sup>.

Il progetto pilota proposto dalla Commissione finì pertanto con l'escludere espressamente le *partnership* (o altre entità considerate trasparenti a fini fiscali) a causa dei possibili problemi legati alla doppia imposizione, anche se la loro possibile inclusione nello schema avrebbe potuto comunque essere valutata caso per caso<sup>2064</sup>.

Ancora una volta sono due gli elementi impeditivi dell'inclusione: la doppia imposizione e l'asimmetria classificatoria.

#### **4.5 IL CASE LAW C-298/05 COLUMBUS CONTAINER SERVICE: LA TASSAZIONE DELLE PARTNERSHIP INTERNAZIONALI ALLA PROVA DEL DIRITTO DI STABILIMENTO**

Il tema delle *partnership* entra nella giurisprudenza della corte UE sotto il profilo della disparità di trattamento fiscale verificatasi per effetto di un *Treaty override* operato dallo Stato tedesco rispetto alle disposizioni della Convenzione fiscale Belgio-Germania.

---

<sup>2063</sup> Si legge nelle linee guida per l'applicazione sperimentale dell'opzione HST che «Partnerships are not included in the scope of the scheme unless the tax administrations concerned agree on a specific individual request», mentre le ragioni dell'esclusione erano così argomentate: «Given the inherent technical difficulties to include partnerships and other transparent or hybrid entities in the scheme's scope it seems that only incorporated companies should a priori be given the opportunity to participate in the pilot scheme. Including internationally active partnerships in the scope of the scheme would potentially lead to very complex problems of double-taxation and the application of double-taxation treaties. Such a scheme would in all likelihood be effectively extended into personal income taxation. It is therefore suggested that partnerships can only be accepted for participation in the scheme in exceptional cases, which have to be analysed by the tax administrations of the Member States involved on a case by case basis. In any event only commercially active partnerships with business income could apply for participating in the scheme»; cfr. TAXUD C.1/DOC (04) 1410, in part. p.2 e 5.

<sup>2064</sup> A proposito delle imprese ammissibili al regime HST il COM(2003)726 afferma: «Gli Stati membri possono escludere dal regime pilota le società di persone, gli imprenditori in proprio e le aziende individuali che operano a livello internazionale o altre entità fiscalmente trasparenti o ibride, anche se rientrano in parte nella definizione di piccole e medie imprese. La loro inclusione complicherebbe notevolmente il regime pilota e non offrirebbe nessuna prospettiva di vantaggi economici significativi. A tal fine la valutazione, ad esempio, di un'entità come "ibrida" (ossia entità considerata fiscalmente trasparente da uno Stato e opaca da un altro) può ovviamente essere effettuata soltanto dagli Stati membri partecipanti al regime pilota e non da uno Stato membro nel quale non risieda nessuna delle entità del "gruppo dello Stato di residenza".»

«Diversamente che per le società registrate, l'inclusione nel regime di società di persone operanti a livello internazionale e di altre entità fiscalmente trasparenti o ibride potrebbe, ad esempio, dar luogo a divergenze di opinione circa la corretta applicazione delle convenzioni esistenti in materia di doppia imposizione, specialmente se i soci sono residenti in Stati membri diversi da quello in cui è ubicata la società. Un esempio di questo tipo di problema è costituito dalla situazione in cui l'interesse su un prestito concesso da un socio alla società di persone è considerato come normale interesse da uno Stato membro e come forma di distribuzione occulta di utili da un altro. Effettivamente per alcuni aspetti il regime si estenderebbe così all'imposizione sul reddito delle persone fisiche». Cfr. report p.117-18; cfr. Dal Cin E., La tassazione dei gruppi europei l'home state taxation, utopia o realtà?, In IF, n.29/2006, p.4502.

#### 4.5.1.1 I fatti all'origine del rinvio pregiudiziale

La Columbus è una s.a.s. di diritto belga che svolge principalmente l'attività di gestione di partecipazioni. Le sue quote sono detenute prevalentemente da persone fisiche residenti in Germania<sup>2065</sup>. Il diritto belga le riconosce una personalità giuridica autonoma rispetto ai suoi soci, ossia gli accomandanti e gli accomandatari. Dal punto di vista fiscale, essa è soggetta, in linea di principio, all'imposta sulle società<sup>2066</sup>, ma beneficiando dello speciale regime fiscale dei centri di coordinamento è tassata in Belgio per meno del 30% dell'utile effettivamente realizzato<sup>2067</sup>.

La legislazione fiscale tedesca invece classifica la Columbus come partnership estera e tassa i suoi redditi in base al regime tedesco di trasparenza delle società di persone. Secondo tale regime, la Columbus non è soggetta ad imposta in Germania ma è equiparata a una stabile organizzazione» straniera dei soci residenti in Germania. Gli utili della società di persone, tedesche o straniere, sono imputati in proporzione alla loro partecipazione direttamente ai loro soci, persone fisiche residenti in Germania, indipendentemente dal fatto che la società sia assoggettata all'estero all'imposte societarie<sup>2068</sup>.

In quel periodo il sistema fiscale tedesco prevedeva un regime cfc applicabile a tutte le controllate estere di imprese residenti che operassero in Paesi a bassa fiscalità, il regime tuttavia non si estendeva alle stabili organizzazioni estere delle proprie imprese residenti.

La convenzione fiscale belga-tedesca prevede all'art. 23 che i redditi provenienti dal Belgio di residenti tedeschi, inclusi gli utili da investimento di capitali in società in nome collettivo e in accomandita semplice con sede in Belgio, godono in Germania del tradizionale regime di esenzione con riserva di progressività<sup>2069</sup>. Per evitare l'elusione del regime cfc applicabile alle società di capitali operanti in Stati a bassa fiscalità, la legge tedesca prevede per i casi simili a questo una *switch over clause* che sostituisce il metodo del credito d'imposta a quello dell'esenzione. La regola si attiva al ricorrere di determinate circostanze, fra queste un'imposizione estera inferiore al 30% sugli utili prodotti<sup>2070</sup>.

---

<sup>2065</sup> Conclusioni dell'AG Mengozzi alla sentenza C-298/05 Columbus Container, punti 19-22.

<sup>2066</sup> Ibidem, punto 39.

<sup>2067</sup> Ibidem, punto 23.

<sup>2068</sup> Ibidem, punti 11 e 20

<sup>2069</sup> Ibidem, punti 12-13

<sup>2070</sup> Ibidem, punti 14-18

La Germania tassa pertanto il reddito in capo ai soci tedeschi concedendo come rimedio il credito d'imposta. La Columbus obietta che la sostituzione del metodo del credito con quello dell'esenzione abbia incrementato significativamente l'onere fiscale dei soci e ne contesta la compatibilità col diritto di stabilimento e con la libertà di circolazione dei capitali. In particolare, il rinvio ha ad oggetto la sostituzione unilaterale del metodo di eliminazione della doppia imposizione in violazione di una norma del Trattato fiscale Germania-Belgio.

#### **4.5.1.2 Il parere dell'AG Mengozzi**

l'AG ritiene di dover circoscrivere l'analisi del problema chiarendo preliminarmente le questioni che non sono specifico oggetto del rinvio pregiudiziale ma che comunque vi ruotano intorno come fatti circostanziali<sup>2071</sup>.

In primo luogo, alla Corte non sono state sollevate questioni inerenti la compatibilità del regime cfc tedesco con il diritto europeo<sup>2072</sup>.

Non è in questione tantomeno il problema della classificazione fiscale delle partnership e della trasparenza delle società di persone il quale in ambito internazionale presenta un livello di complessità straordinaria<sup>2073</sup>. Rispetto a tale problema l'AG evidenzia come gli Stati membri non siano tenuti al reciproco riconoscimento delle società estere poiché la Convenzione di Bruxelles 1968 approvata sulla base dell'abrogato art. 220 (poi 293 TCE) non è mai entrata in vigore per la mancata ratifica degli Stati. Nel ricordare tuttavia che in mancanza di reciproco riconoscimento delle società, gli Stati membri sono comunque tenuti a rispettare le libertà di circolazione sancite dal Trattato, evidenzia che l'origine dell'eventuale restrizione alle libertà di circolazione del Trattato non risiede nella qualificazione della Columbus come stabile organizzazione ai sensi del diritto tributario tedesco, dato che grazie a tale qualifica la Columbus ha potuto beneficiare, fino all'esercizio fiscale controverso, del metodo dell'esenzione previsto dalla convenzione con il Belgio<sup>2074</sup>.

Va esclusa infine la questione di compatibilità fra la norma tedesca sullo switch over e la Convenzione fiscale che sebbene faccia parte del contesto normativo della legislazione di uno Stato è fuori dalle competenze che il Trattato attribuisce alla Corte<sup>2075</sup>.

---

<sup>2071</sup> Ibidem, punti 30-31

<sup>2072</sup> Ibidem, punti 32-37

<sup>2073</sup> Ibidem, punti 38-43

<sup>2074</sup> Ibidem, punti 44-45

<sup>2075</sup> Ibidem, punti 46-47

Accertato che la questione rientra nell'ambito del diritto di stabilimento<sup>2076</sup>, l'AG evidenzia che la fattispecie si configura come un'ipotesi di *home State restriction*, nella quale lo Stato d'origine potrebbe ostacolare l'esercizio delle libertà dei suoi cittadini mediante misure fiscali dissuasive<sup>2077</sup>. l'AG procede ad impostare l'analisi di comparabilità fra il caso di specie, una ipotetica situazione interna che prevede soci tedeschi di una partnership tedesca e una ipotetica situazione esterna che prevede soci tedeschi di una partnership stabilita in uno Stato membro in cui il livello d'imposizione sia superiore a quello previsto dal regime fiscale tedesco in questione<sup>2078</sup>.

Il primo confronto conduce a non riscontrare disparità di trattamento fra il caso di specie e una situazione interna. La *switch over clause* peraltro e il conseguente Treaty override non sono in grado di modificare il risultato. La giurisprudenza in tema di disparità derivanti dalla frammentazione territoriale della base imponibile ne esce quindi confermata<sup>2079</sup>. Gli Stati conservano non solo la competenza esclusiva di stabilire i criteri di collegamento ai fini della ripartizione convenzionale dei diritti impositivi ma anche il metodo per eliminare la doppia imposizione<sup>2080</sup>. Analogo risultato si ottiene per l'imposizione sul patrimonio, con l'unica differenza che il Belgio non applica una tale imposta.

Considerato che la Germania nella gran parte dei Trattati fiscali con gli altri Stati aveva negoziato l'esenzione per le stabili organizzazioni operanti all'estero, i soci residenti in Germania di società trasparenti organizzate in Stati a bassa fiscalità erano favoriti sia rispetto ai soci delle società di persone domestiche (e anche alle stabili organizzazioni di imprese estere che operavano in Germania), sia rispetto ai soci di società tedesche che controllavano società residenti in Paesi a bassa fiscalità, giacché queste ultime erano attratte dalla disciplina cfc tedesca e ricondotte all'aliquota generale nazionale<sup>2081</sup>.

Mutuando l'approccio impiegato dalla Corte nel caso Cadbury Schweppes impiegato per valutare la compatibilità della cfc rule britannica, l'AG confronta poi il

---

<sup>2076</sup> Ibidem, punti 49-57

<sup>2077</sup> Ibidem, punti 58-64. A questo riguardo l'AG richiama espressamente i precedenti De Lasteyrie du Saillant, punto 44; Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, punto 40, Denkavit Internationaal e Denkavit France, punto 18; C-513/04, Kerckhaert e Morres, punto 15 e la giurisprudenza ivi citata.

<sup>2078</sup> Conclusioni dell'AG Mengozzi, punto 71.

<sup>2079</sup> V. paragrafo precedente.

<sup>2080</sup> Conclusioni dell'AG Mengozzi, punti 73-87.

<sup>2081</sup> Il sensibile vantaggio fiscale nella tassazione del reddito derivante dalla partecipazione in società trasparenti estere emergeva in modo ancora più marcato con riguardo alla tassazione del relativo patrimonio: il fatto che Belgio non applicasse nessuna imposta sul patrimonio si sommava all'esenzione convenzionale tedesca (c103-105). Stevanato D., Tassazione delle partnership e libertà di stabilimento (Nota a CGCE sez. I 6 dicembre 2007 (causa C-298/05), in CT, 2008, n. 4, p. 291 – 295.



caso di specie con un'ipotetica situazione esterna. A questo riguardo è sufficiente osservare che la Corte disattenderà tale approccio e che pertanto non è utile ulteriore commento<sup>2082</sup>.

#### 4.5.1.3 Decisione

In via preliminare la Corte conferma l'orientamento secondo cui in mancanza di armonizzazione comunitaria, gli Stati membri restano competenti nel definire i criteri di tassazione nell'ambito delle Convenzioni contro la doppia imposizione<sup>2083</sup> e che, nel fare ciò, gli Stati sono tenuti al rispetto del diritto comunitario. Trova parimenti conferma l'identificazione della fattispecie come *home State restriction*<sup>2084</sup> in ordine alla libertà di stabilimento<sup>2085</sup>. Richiamando il precedente Kerckhaert e Morres<sup>2086</sup> la Corte non rileva la disparità di trattamento fra il caso di specie e una ipotetica fattispecie interna, ove i soci tedeschi partecipano in una società tedesca<sup>2087</sup>. Secondo la Corte - e questo è il punto cruciale - le conseguenze svantaggiose del regime tedesco derivano dall'esercizio parallelo da parte di due Stati membri della loro competenza fiscale<sup>2088</sup>. Restano inoltre confermate le argomentazioni sostenute in altri precedenti: (i) l'utilità delle Convenzioni fiscali a contenere gli effetti negativi derivanti dalla coesistenza di più regimi fiscali nel mercato interno<sup>2089</sup>, (1) l'autonomia impositiva degli Stati non li obbliga a garantire la neutralità dei trasferimenti delle attività dei cittadini da uno Stato all'altro<sup>2090</sup>, (iii) la stessa autonomia li rende liberi di determinare presupposti e livello di imposizione delle diverse forme giuridiche d'impresa, nel rispetto del diritto comunitario<sup>2091</sup>.

#### 4.5.1.4 Valutazioni

Rispetto al tema delle partnership l'aspetto più rilevante di questo caso emerge in relazione alla *entity classification* praticata dai due Stati: la Germania classifica la

---

<sup>2082</sup> Ibidem, punti 110-155.

<sup>2083</sup> Sentenza C-298/05 Columbus Container, punto 27. A questo riguardo la Corte richiama espressamente i precedenti C-307/97, Saint-Gobain, punto 57; C-290/04, FKP Scorpio, punto 54; C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group, punto 52.

<sup>2084</sup> Ibidem, punti 33-34.

<sup>2085</sup> Ibidem, punti 29-32.

<sup>2086</sup> V. C-513/04, Kerckhaert e Morres, punto 17.

<sup>2087</sup> Sentenza C-298/05 Columbus Container, punti 39-42.

<sup>2088</sup> Ibidem, punto 43.

<sup>2089</sup> Ibidem, punto 44.

<sup>2090</sup> Ibidem, punto 51.

<sup>2091</sup> Ibidem, punto 53. Cfr. Stevanato D., Tassazione delle "partnership" e libertà di stabilimento (Nota a CGCE sez. I 6 dicembre 2007 (causa C-298/05), in CT, 2008, n.4 p.291 - 295

sas belga come una società fiscalmente trasparente ai fini dell'imposta tedesca, sebbene questa fosse fiscalmente opaca per la legge fiscale belga.

La situazione rientra nell'esempio n. 17 del PR99 ove l'OCSE individua un tipico conflitto di qualificazione e di imputazione reddituale generato a monte da un conflitto di classificazione soggettiva. A questo si aggiunge il *treaty override* praticato dalla Germania nei confronti del Belgio e consistente nella sostituzione unilaterale del rimedio convenzionale dell'esenzione sui redditi delle stabili organizzazioni con quello del credito.

Il Belgio, seguendo le indicazioni OCSE, ha tassato il reddito della società considerandola una fattispecie domestica e non applicando il principio guida n.5 (prevalenza dello Stato di residenza dei soci nei conflitti di classificazione delle società). La Germania, pur avendo negoziato l'esenzione, tassa nuovamente il reddito in capo ai soci con aliquota generale prevista per le persone fisiche e riconosce loro un credito d'imposta (introdotto per effetto della *switch over clause*) che di fatto neutralizza il vantaggio fiscale derivante dalla scelta del veicolo d'investimento.

A riguardo la Corte, suffragata dalle conclusioni dell'AG, afferma che in questo caso le conseguenze svantaggiose per i soci residenti in Germania derivano da una misura fiscale mirata a eguagliare la tassazione dei redditi da investimento in società estere a quella dei redditi da investimento in società domestiche e in definitiva sono la conseguenza dell'esercizio parallelo delle potestà tributaria di due Stati. Tale misura si qualifica come la determinazione di un criterio di tassazione che rientra nelle prerogative della sovranità fiscale degli SM<sup>2092</sup>. Rispetto a tali criteri, i Trattati eventualmente negoziati da ciascuno SM hanno la funzione di attenuare gli effetti negativi sul funzionamento del mercato interno provocati dalla coesistenza di più sistemi fiscali nazionali<sup>2093</sup>.

Nell'esame del caso, singolare appare la prospettiva della Corte rispetto alle posizioni OCSE espresse nel Partnership Report 1999. Il giudice condivide in toto il *foreign partnership approach* della Germania come Stato di residenza dei soci e lo adatta al suo metodo valutativo, disattendendo completamente le indicazioni del Partnership Report 1999.

È curioso notare che, nonostante il diritto comunitario impieghi il principio del mutuo riconoscimento in altri settori, la Corte in questo caso ne deve prescindere per

---

<sup>2092</sup> Sentenza, punto 43.

<sup>2093</sup> Sentenza, punto.44.

l'assenza di esplicite base giuridiche. Al contrario il Partnership Report 1999 nella soluzione di un caso simile sembra ispirarsi proprio a tale principio.

La sentenza conferma definitivamente che la classificazione fiscale degli enti in quanto funzionale alla fissazione dei criteri di collegamento per la tassazione impiegati da uno Stato e alla ripartizione del potere impositivo resta una prerogativa esclusiva degli Stati. L'esito dell'applicazione dei criteri di classificazione degli enti e la soluzione pragmatica dei vari conflitti rientra nel sindacato della Corte UE solo se e quando si presta ad essere potenzialmente discriminatorio e lesivo delle libertà stabilite dal trattato UE. In caso contrario è da ascrivere alla categoria delle quasi-restrizioni e si sottrae al sindacato della Corte.

## **4.6 CONCLUSIONI**

### **4.6.1 Esiti dell'analisi**

- 1) L'attività delle partnership internazionali sembra naturalmente gravitare all'interno di un contesto affollato di asimmetrie fiscali derivanti dalla sua simultanea attrazione a diversi sistemi impositivi statali<sup>2094</sup>. Tali asimmetrie finiscono in molti casi per generare doppia imposizione non risolvibile con le Convenzioni o doppia non imposizione, talora addirittura agevolata dalle Convenzioni stesse.
- 2) Proiettare tale realtà nella prospettiva europea solleva il problema se la doppia imposizione o la doppia non imposizione generata da tali asimmetrie sia compatibile con le libertà fondamentali sancite dai Trattati. In caso affermativo occorre quindi verificare quali sono i profili di incompatibilità. In caso negativo invece occorre verificare quale sia il paradigma che conduce "lo stato attuale di sviluppo del diritto europeo a disinteressarsi della doppia imposizione o doppia non imposizione internazionale sui redditi cross-border delle partnership.
- 3) L'analisi condotta nel primo paragrafo rileva che l'imposizione diretta non rappresenta una competenza espressa dell'Unione restando un ambito riservato ai singoli Stati membri. L'interesse dell'Unione rispetto all'imposizione diretta è mosso dall'esigenza funzionalizzata di evitare che l'esercizio della potestà impositiva degli Stati costituisca ostacolo al funzionamento del mercato interno o

---

<sup>2094</sup> Si è visto infatti come le asimmetrie impositive nascano da approcci divergenti alla classificazione degli enti e alla qualificazione di oggetti e presupposti colpiti dalla tassazione. Spesso tali asimmetrie si presentano isolatamente ma talora possono presentarsi anche congiuntamente generando seri problemi interpretativi.

una distorsione dei suoi equilibri competitivi in nome di un principio che aspira alla tendenziale neutralità del fattore fiscale rispetto al comportamento degli operatori economici che operano all'interno del mercato stesso.

- 4) La strumentalità dell'imposizione diretta rispetto alle esigenze del mercato interno rappresenta un elemento che investe "a valanga" tutto ciò che riguarda tale materia: dal concetto di tributo, passando per la fisionomia degli istituti propri della fiscalità diretta degli Stati (esemplare il caso della thin cap o dalle cfc rules), fino ai principi tradizionalmente riservati alla sovranità fiscale statale, come ad esempio la concreta declinazione del principio di capacità contributiva.
- 5) In questa prospettiva, dalla competenza sussidiaria dell'Unione sul mercato interno «deriva» una analoga competenza sulla fiscalità diretta degli Stati: in altre parole, il mercato interno rappresenta l'anello di trasmissione attraverso cui l'Unione e i principi sanciti dai Trattati – prevalentemente attraverso l'opera della CGUE – finiscono con l'interferire sistematicamente, e talora anche marcatamente, sull'assetto e la conformazione dei sistemi fiscali degli Stati membri, ambito dal quale, almeno in linea teorica, la competenza dell'Unione dovrebbe essere esclusa.
- 6) La doppia imposizione e la doppia non imposizione reddituale non sono obiettivi dichiarati nei Trattati ma lo divengono, seppur in tempi e modalità diverse, implicitamente ed indirettamente, in quanto provocano effetti distorsivi sul comportamento economico degli operatori di mercato, ne alterano le scelte ottimali di investimento ed allocazione geografica delle risorse e in definitiva vanno in conflitto con la neutralità fiscale richiesta da un mercato interno.
- 7) Il concetto di neutralità fiscale (§ 4.1.2) alla base del mercato interno sembra assumere una configurazione bidimensionale "a direzioni inverse". La legislazione europea insegue infatti un modello di neutralità fiscale che guarda al risultato economico delle operazioni infragrupo di imprese dell'Unione soggette ad imposta societaria nei singoli Stati. Essa esclude però tutte le altre imprese. La giurisprudenza insegue l'eguaglianza di trattamento fiscale in base alla nazionalità garantendo la tutela di diritti e non la neutralità dei risultati. In altre parole, la neutralità fiscale è garantita solo per talune fattispecie e a certe condizioni per le imprese soggette ad imposta sulle società. La protezione del Trattato invece garantisce il pari trattamento in base alla nazionalità e l'esercizio delle libertà a tutte le imprese ma non garantisce necessariamente la neutralità fiscale richiesta dal mercato interno.
- 8) L'analisi del ruolo della Corte (§ 4.1.4) ha mostrato inoltre che non tutte le doppie imposizioni sono un ostacolo rimovibile in via giurisprudenziale: la categoria delle quasi- restrizioni misura la gittata utile delle libertà fondamentali sulla fiscalità degli

Stati oltre la quale prevale l'affermazione del principio della territorialità fiscale di ciascuno di questi. In tale area le libertà del Trattato non sono in grado di proteggere cittadini e imprese dalle distorsioni al mercato interno provocate dalla coesistenza e dall'interazione di più ordinamenti fiscali autonomi.

- 9) L'esame dei concetti giuridici di armonizzazione e ravvicinamento consente di ritenere ammissibile un ipotetico ventottesimo regime per una "partnership europea". Si tratterebbe di un modello comune, alternativa ma non obbligatoria, che offrirebbe soluzione a taluni dei problemi dati dalla coesistenza di diversi sistemi di classificazione fiscale delle partnership internazionali che operano nel mercato interno.
- 10) L'analisi condotta nel paragrafo 4.3 esamina le cause legittimanti del potere normativo dell'Unione finora esercitato nell'imposizione diretta concludendo che queste potrebbero astrattamente motivare l'esercizio di un analogo potere anche per la fiscalità delle partnership.
- 11) Il paragrafo 4.4 mira a dare una collocazione logica alla fiscalità diretta delle partnership rispetto alla strategia adottata dall'Unione in tema di fiscalità d'impresa mediante un'analisi a due dimensioni: la prima include una ricostruzione del dato storico la seconda un esame del dato positivo.
- 12) Gli elementi emersi nella ricostruzione storica (§ 4.4.1), mostrano l'ingeneroso destino vissuto dalla figura delle partnership nell'ambito delle strategie di politica fiscale dell'Unione.
  - a. Prima degli anni 2000, la fiscalità delle partnership entra nel dibattito generale sull'armonizzazione dei sistemi di tassazione degli utili d'impresa ma viene esclusa dalle strategie del *piecemeal approach* della Commissione. Le conclusioni del rapporto Neumark, prima, e del rapporto Ruding, dopo, confermano che il problema della doppia imposizione e anche quello della doppia non imposizione involontaria connessa alla tassazione delle partnership internazionali rappresenta un ostacolo concreto al funzionamento del mercato. Dalle azioni concrete intraprese dall'Unione si deve concludere tuttavia che in quella specifica fase del processo di integrazione europea la priorità di armonizzare regole di tassazione societaria per arginare gli effetti della concorrenza fiscale fra Stati non abbia consentito di impiegare energie per altro. I problemi connessi alla fiscalità delle partnership restano, insieme a quelli connessi alla fiscalità delle "altre imprese", confinati a margine dei progressi dell'armonizzazione della fiscalità diretta, continuando a rappresentare un serio e grave ostacolo al funzionamento del mercato interno.

- b. Nell'ambito del global approach che ha caratterizzato gli sviluppi successivi agli anni 2000, la Commissione chiarisce invece l'esigenza di una strategia combinata ma unica rispetto alla fiscalità dei redditi d'impresa, attenta sia alla fiscalità dei redditi societari che alla fiscalità dei redditi delle "altre imprese". Questo approccio globale si riflette anche nella discussione "globale" delle misure pensate e proposte per i due diversi settori che prende forma nelle comunicazioni della Commissione. In questa fase, i problemi legati alla tassazione delle partnership internazionali che operano nel mercato interno - insieme a quelli derivanti dal diverso carico fiscale sopportato dalle imprese in ragione della loro diversa forma giuridica - non emergono chiaramente nei report della Commissione ma ricevono un'attenzione particolare nello studio tecnico condotto dai suoi servizi sulla "*Tassazione delle imprese nel mercato interno*", SEC(2001)1681. La risposta della Commissione ancorché globale è pertanto differenziata e separa nettamente le misure sulla fiscalità diretta societaria da quelle sulla fiscalità delle PMI.
- c. Negli sviluppi immediatamente successivi diviene definitiva la tendenza a compartimentalizzare le misure sulla fiscalità d'impresa in misure destinate alle società ben distinte da quelle destinate a tutte le altre imprese. Ciò si riflette anche nell'approccio della Commissione che sgancia le proposte di armonizzazione della fiscalità delle piccole e medie imprese da quelle sulla fiscalità societaria. Mentre per la fiscalità societaria le misure di breve termine richiedono un più stretto coordinamento fra Stati e si accompagnano alla soluzione più efficace e duratura della CCCTB - applicabile solo alle società residenti e quindi non alle partnership - alla fiscalità delle altre imprese è dedicata l'applicazione sperimentale del regime dello Stato di origine (HST) il quale esclude di principio le partnership e sarà comunque destinato a fallire.
- d. La fiscalità delle partnership resta quindi esclusa sia dalle proposte di armonizzazione della fiscalità societaria sia da quelle di armonizzazione della fiscalità delle altre imprese. Ciò in ultima analisi condanna la fiscalità delle partnership a restare esclusa da ogni politica fiscale europea di ravvicinamento dei sistemi impositivi.
- e. La ricostruzione sembra confermare che le ragioni che, nelle varie fasi di realizzazione dell'impianto comunitario, hanno contribuito a formare la *ratio excludendi* delle partnership risiede nella loro naturale afferenza all'area dell'imposizione personale.

- 13) Il ricorso al dato positivo mira a verificare l'inclusione delle partnership nell'ambito di applicazione della direttiva madre-figlia, del progetto CCCTB e del progetto home State taxation.
- a. La direttiva madre-figlia nella sua attuale configurazione ammette al regime comune le entità figlie classificate come partnership nello Stato della società madre e tassate con imposta sulle società nello Stato della società figlia. Ciò significa che la direttiva, contemplando l'ipotesi di una *reverse hybrid entity*, obbliga lo Stato della società madre ad accordare il regime fiscale comune agli utili distribuiti dalla società figlia.
  - b. L'analisi del personal scope della direttiva tuttavia conserva l'impianto originario caratterizzato da approccio misto, in base al quale taluni Stati limitano l'ammissibilità al regime comune solo a talune società elencate (*list-based approach*), mentre altri aggiuntivamente hanno optato per una *residual entities clause*. Questo comporta che le partnership restano definitivamente escluse - sia come entità soggettiva che come fattispecie contrattuale - dal regime armonizzato dei dividendi. La giurisprudenza sull'applicazione della direttiva tuttavia assicura che, fermo restando l'autonomia di ciascuno Stato nel classificare fiscalmente le entità di un altro Stato, alle entità estere frutto di tale classificazione deve essere garantito il trattamento fiscale nazionale riservato alle omologhe entità domestiche.
  - c. L'analisi dei lavori preparatori e del progetto CCCTB ha mostrato che la proposta di direttiva non si sottrae al problema dei conflitti di classificazione delle entità trasparenti a livello internazionale. L'approccio impiegato dalla CCCTB non è dissimile da quello impiegato da un singolo Stato che si trova ad operare su base bilaterale con altri Stati: nella misura in cui esistono delle asimmetrie classificatorie esiste sempre un certo grado di probabilità che si verifichi doppia imposizione o doppia non imposizione e da qui un meccanismo di pianificazione in grado di sfruttarla.
  - d. La nozione comune di "entità fiscalmente trasparente" definita nella proposta di direttiva non è generale ma strumentale all'applicazione del regime di determinazione della base imponibile comune. Essa è sufficientemente dilatata da includere potenzialmente le partnership ma non si spinge a definire il regime di trasparenza, che resta appannaggio dei singoli Stati.
  - e. La proposta interviene nella qualificazione delle operazioni fra partnership e soci esteri introducendo un approccio misto – *entity/flow-through approach* – la cui combinazione dipende dalla quota di partecipazione del socio estero nella partnership. Tale approccio però lascia inalterato il diverso regime nazionale

applicabile dallo Stato membro alle operazioni fra partnership nazionale e socio nazionale fuori dal regime comune. Il che significa una distorsione. Se nell'ambito della CCTB questa distorsione è motivata dal regime di consolidamento – che notoriamente tende a ritenere irrilevanti le operazioni fra unit di un medesimo gruppo – la scelta di un tale approccio è meno motivata nell'ambito della base imponibile unica. Tale qualificazione si sovrappone a quella prevista dai sistemi di trasparenza fiscale degli Stati che molto spesso non distinguono fra soci persone fisiche e soci società. In questo modo la regola CCTB potrebbe obbligare gli Stati a modificare il proprio regime di trasparenza per evitare le predette asimmetrie e distorsioni, con potenziali interferenze anche sulla fiscalità delle persone fisiche: un effetto dichiaratamente indesiderato nei propositi della CCTB.

- f. L'impiego di metodi classificatori diversificati per partnership localizzate in Stati membri e partnership localizzate in Stati terzi suggerisce l'intenzione dell'Unione di mantenere il controllo sulle regole di classificazione degli enti interni al gruppo. Tale scelta ha diversi pregi ma solleva un problema complesso: il ricorso ai Trattati bilaterali degli Stati membri con i singoli Stati terzi di localizzazione della partnership lascia ampio spazio alla pianificazione fiscale introducendo distorsioni nella scelta della forma giuridica e nella localizzazione degli investimenti. Questo naturalmente riapre il tema della competizione fiscale fra Stati.
  - g. Il tentativo di introdurre il regime *home State taxation* per le PMI può dirsi fallito e con esso il tentativo di introdurre un regime specifico che consentisse di rimuovere le cause di conflitti di classificazione fra gli Stati sulle partnership mediante il ricorso a principio del mutuo riconoscimento. I promessi pregi del regime HST non si sono mostrati in grado di controbilanciare i rischi impliciti derivanti dall'applicazione del mutuo riconoscimento, vale a dire la rinuncia ad una quota di sovranità fiscale non valutabile a priori. L'analisi del personal scope del progetto inoltre conferma l'esclusione specifica delle partnership per ragioni che sono ascrivibili ai potenziali rischi di doppia imposizione e asimmetria classificatoria.
- 14) La composizione dei risultati della ricostruzione storica e normativa consente pertanto di confermare che allo stato attuale del diritto dell'Unione, la fiscalità delle partnership resta un settore escluso dal processo di armonizzazione e sul quale per volontà degli Stati non si è mai aperta una discussione orientata in tal senso.
- 15) L'analisi del case law Columbus mostra infine che le asimmetrie classificatorie non discriminatorie e non restrittive pur essendo causa di doppia imposizione o di



trattamenti fiscali non neutrali appartengono all'area delle quasi-restrizioni. Esse sono quindi l'effetto della sovrapposizione di due diversi ordinamenti fiscali che operano in piena autonomia senza per questo adottare misure restrittive o discriminatorie. La definizione dei criteri di classificazione fiscale appartiene logicamente alla scelta dei criteri di collegamento per la tassazione che a sua volta è affermazione del principio di territorialità fiscale di uno Stato. Collocandosi pertanto al di fuori del raggio di azione utile delle libertà fondamentali e della protezione del Trattato, essi si sottraggono al sindacato della Corte e al più possono essere oggetto di un accordo fra Stati.

- 16) Il portato di questo ragionamento offre talune riflessioni sul contrasto alla doppia (non) imposizione inteso come obiettivo dell'Unione e sul rapporto fra diritto dell'Unione e diritto convenzionale.
- 17) La doppia imposizione e la doppia non imposizione, seppur non espressamente dichiarate come obiettivi dei Trattati, costituiscono un chiaro interesse politico dell'Unione nella misura in cui rappresentano una distorsione del mercato, minano l'equilibrio finanziario degli Stati membri innescando una insalubre concorrenza fiscale che finisce per alterare gli equilibri competitivi del mercato interno. Nel lungo processo che ha caratterizzato le diverse "stagioni" dell'armonizzazione europea della fiscalità diretta, l'esigenza di perseguire l'ideale obiettivo della neutralità fiscale negli scambi interni al mercato europeo ha condotto l'Unione in più occasioni a occuparsi della doppia imposizione dei redditi derivanti da operazioni internazionali fra Stati membri.
- 18) L'Unione sembra attribuire il compito di rimuovere la doppia imposizione alle Convenzioni, ma gli Stati non hanno né un obbligo di negoziarle, né è detto che queste risolvano. Per definire il personal scope delle direttive, la legislazione dell'Unione frequentemente poggia sulle categorie convenzionali. I Trattati invece sono tendenzialmente indifferenti alle dinamiche che si consumano sul piano convenzionale. La giurisprudenza infatti ha chiarito che le norme convenzionali integrano il contesto normativo di uno Stato e rientrano fra le misure censurabili solo se configurano ipotesi restrittive o discriminatorie. Diversamente da queste ipotesi l'applicazione delle norme convenzionali – o la loro violazione (Treaty override) – può generare effetti diversi - talvolta vantaggiosi per il contribuente, talvolta svantaggiosi – e pur tuttavia irrilevanti per il diritto dell'Unione. È il caso della doppia imposizione dei redditi delle partnership: una distorsione in grado di compromettere il funzionamento del mercato interno ma fuori dalla protezione del Trattato.

- 19) Anche la doppia non imposizione può essere un fattore di squilibrio nella localizzazione degli investimenti causato dalla razionale tendenza di imprese e cittadini a minimizzare (quando non abbattere completamente) il proprio carico fiscale globale. Mentre però gli effetti doppia imposizione sono lasciati alla soluzione degli Stati, al più provocando squilibri e distorsioni nel mercato interno, con l'ATAD e il pacchetto di contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva la doppia non imposizione è stata oggetto di un recente intervento di ravvicinamento delle legislazioni. La doppia non imposizione derivante dalle asimmetrie impositive fra Stati nella tassazione degli utili delle partnership rientra infatti nell'applicazione delle disposizioni ATAD. Tali interventi offrono uno standard minimo di protezione contro l'erosione della base imponibile degli Stati come se la base imponibile da difendere fosse quella del mercato interno di singolo Stato. Le maggiori critiche alle quali tali interventi non sembrano in grado di sottrarsi derivano proprio da tale aspetto: l'esigenza di difendere una base imponibile nazionale ma di interesse europeo mediante l'attribuzione (o la negazione) di diritti impositivi originariamente non previsti e non disciplinati dagli ordinamenti domestici.
- 20) L'Unione offre quindi alle imprese un mercato interno articolato in più giurisdizioni fiscali ma dotato un doppio livello di protezione contro la doppia imposizione. Il primo livello di protezione è applicabile a tutte le imprese che operano negli Stati membri ed include e la tutela offerta dalla giurisdizione della Corte di Giustizia sulle libertà fondamentali, con effetto disapplicativo sulle misure nazionali incompatibili. Il secondo livello di protezione è applicabile a talune operazioni delle imprese societarie di gruppo residenti negli Stati membri ed include oltre la protezione primaria, anche una protezione secondaria data da direttive mirate ad eliminare la doppia imposizione, assistite (anche queste) dalla medesima giurisdizione della Corte. Rispetto a tale doppia possibilità, le partnership, in quanto imprese, godono solo dei diritti di libertà concessi dal Trattato continuando a subire il vulnus derivante delle asimmetrie classificatorie e qualificatorie degli Stati: un fenomeno che deriva dall'applicazione delle regole di territorialità fiscale di ciascuno Stato.

#### **4.6.2 Valutazioni: La tassazione dei redditi delle partnership per l'Unione è un'area troppo distante dalla *corporation tax* e troppo vicino alla *income tax***

Ritengo vi sia anzitutto l'esigenza di chiarire che questa analisi esordisce con l'obiettivo dichiarato di esaminare la tassazione diretta delle partnership nella

prospettiva europea ma, nella speranza che tale analisi abbia avuto successo, finisce con l'approdare a ben altro obiettivo: comprendere cioè se l'Unione debba, possa ed intenda occuparsi dell'armonizzazione della fiscalità diretta delle partnership.

Nei tre verbi ("possa, debba o intenda") è l'essenza di tale conclusione.

Il punto di partenza è segnato dallo stato attuale del diritto europeo, rispetto al quale l'imposizione diretta delle partnership non è un settore armonizzato. La Corte di Giustizia inoltre in più occasioni ha escluso che gli ostacoli al mercato interno derivanti dai criteri di collegamento per la tassazione in tema di compatibilità della tassazione domestica con le libertà.

Potrebbe al più riconoscersi che taluni profili dell'imposizione diretta delle partnership siano inclusi nella recente iniziativa ATAP dell'Unione mirata a contrastare l'elusione fiscale internazionale e l'*aggressive tax planning*; tale osservazione tuttavia si accompagna alle dovute riserve in ordine alle specifiche finalità di tale inclusione, le quali non valgono a poter definire la tassazione dei redditi delle partnership come settore armonizzato, nemmeno parzialmente.

- a) L'analisi svolta ha inizialmente chiarito che l'Unione ha ben presente ormai da tempo quali siano i problemi fiscali delle società personali e fra questi, in particolare, i problemi innescati dalle divergenze degli Stati membri nella classificazione fiscale delle partnership.

In numerose comunicazioni della Commissione europea, studi di esperti da questa commissionati e raccomandazioni del Consiglio emerge chiaramente l'attenzione dell'Unione rispetto ai temi propri della fiscalità delle partnership. Tale attenzione si è più spesso focalizzata sul livello della pressione fiscale derivante dalle aliquote progressive personali ma nell'ottica di un mercato equo e neutrale ha espressamente preso in considerazione il tema della doppia imposizione da asimmetrie classificatorie. Tale consapevolezza è definitivamente testimoniata dalle disposizioni introdotte con l'ATAD, mirate a contrastare i salti d'imposta dovuti ai *hybrid mismatches* di tipo soggettivo, alcune delle quali riguardano specificamente le partnership ed altre figure analoghe. Oltre tale slancio tuttavia, non è riscontrabile nel processo di integrazione positiva alcuna iniziativa normativa centrata sulle distorsioni derivanti dai conflitti di classificazione fiscali delle partnership fra gli Stati membri.

Tale consapevolezza è passata con esiti analoghi anche attraverso le maglie della Corte di Giustizia e della sua ormai ampia giurisprudenza sul tema della

doppia imposizione sui redditi derivante dalle asimmetrie dei sistemi fiscali domestici. L'epilogo della sentenza Columbus centrata sulla compatibilità treaty override con le libertà del Trattato, richiama un orientamento già espresso nella causa Kerckhaert e Morres, concludendo che *«il diritto comunitario, al suo stato attuale ed in una situazione come quella di cui alla causa principale, non stabilisce criteri generali per la ripartizione delle competenze tra Stati membri con riferimento all'eliminazione della doppia imposizione all'interno della Comunità europea. Così, fatta eccezione per la direttiva (madre figlia, risparmio, interessi-royalties e la convenzione arbitrale - ndr.) non è stata finora adottata, nell'ambito del diritto comunitario, alcuna misura di unificazione o di armonizzazione intesa ad eliminare le situazioni di doppia imposizione»*. La Corte pertanto riconduce espressamente la doppia imposizione da divergente classificazione di partnership internazionali ad un "mero" esercizio parallelo di potestà impositive fra Stati e in ultima analisi ad un conflitto fra diverse declinazioni domestiche del principio di territorialità: una fattispecie dunque di quasi-restrizione ammessa dal diritto europeo e compatibile le libertà proprie del mercato interno.

Si può dunque concludere che, almeno teoricamente, l'Unione dovrebbe occuparsi delle disparità derivanti dai conflitti di classificazione fiscale delle partnership internazionali: tale indicazione poggia sui numerosi solleciti della Commissione a considerare il tema come uno fra i molti potenzialmente pericolosi per il mercato interno, sotto il duplice profilo della distorsione del mercato e della concorrenza fiscale fra Stati. L'epilogo delle sentenze citate sembra suggerire un analogo, sebbene implicito, suggerimento della Corte di Giustizia. A tali indicazioni tuttavia non corrisponde alcuna iniziativa legislativa europea. Tale tratto è sufficiente, a mio avviso, a qualificare come incomprensibile l'approccio dell'Unione rispetto al problema se questa "debba" o meno occuparsi delle distorsioni da classificazione fiscale delle partnership internazionali, giacché l'Unione riconosce la necessità ma non prende iniziative a riguardo.

- b) L'analisi svolta, oltre aver chiarito che l'Unione avrebbe i poteri e le competenze per l'armonizzazione del settore, ha anche evidenziato che ricorrono i presupposti giuridici per l'attivazione di tali poteri: la doppia imposizione derivante da disparità di trattamento fiscale è un sicuro fattore di non-neutralità che alimenta evidenti distorsioni nel funzionamento del mercato interno, dirottando il comportamento economico degli operatori sia nella scelta della forma giuridica degli investimenti che nella loro localizzazione, valendo ciò sia

sul piano del diritto di stabilimento che su quello di libertà di circolazione dei capitali. Come argomento *a contrario* può inoltre essere impiegato quello della doppia non imposizione generata dalle partnership: l'Unione infatti è recentemente intervenuta mediante l'ATAP al fine di dotare il sistema europeo di una protezione contro l'erosione della base imponibile degli Stati con il duplice obiettivo di tutelare il corretto funzionamento del mercato interno e di contenere la concorrenza fiscale fra Stati membri all'interno di limiti compatibili con questo. Ciò fa concludere che tanto la doppia non imposizione, sulla quale l'UE è intervenuta (indirettamente e con finalità anti-erosive), tanto la doppia imposizione sulla quale invece l'UE non è intervenuta, entrambe generate dalle partnership internazionali, presentano tutti gli elementi oggettivi per essere armonizzati.

Anzi, si potrebbe sostenere che, al contrario di quanto avviene nella tassazione societaria, le asimmetrie impositive che originano dalle partnership internazionali e che provocano disparità di trattamento, distorsione nell'allocazione delle risorse e dunque malfunzionamento del mercato interno sono la regola e non l'eccezione, dato che i Trattati fiscali internazionali solo sporadicamente offrono soluzioni efficaci.

Si può dunque concludere che, almeno teoricamente, ricorrono tutti i requisiti di sostanza e di forma normativamente previsti dai Trattati perché l'Unione sia in grado di, cioè "possa", intraprendere un'iniziativa di armonizzazione nell'area della fiscalità diretta delle partnership.

- c) All'ultima domanda, se cioè l'Unione "intenda" e abbia un interesse attuale e concreto ad occuparsi dell'armonizzazione di questo settore dell'imposizione diretta, deve darsi invece risposta complementariamente negativa. E tale conclusione vale sia sul piano dell'agenda giuridica quanto su quello dell'agenda politica.
- Nei sistemi fiscali statali - e, per derivazione, anche nella lettura che l'Unione fa di tali sistemi - la tassazione delle partnership rappresenta una sezione ideale dell'imposizione diretta dei redditi delle persone che, a differenza dell'imposizione sulle società, entrata gradualmente nell'agenda politica dell'Unione, è un'area per definizione esclusa non solo dall'armonizzazione ma anche dal coordinamento delle politiche fiscali. Tale esclusione, come si è visto, rappresenta una chiara e netta scelta economica, che poggia sull'approccio teorico sottostante all'idea di un mercato interno come correntemente inteso dall'Unione (§ 4.1.2). Questa scelta politica è interpretata coerentemente e uniformemente sia dalla legislazione, che si astiene da qualunque intervento mirato sulla materia, sia dai giudici che, seppur

rilevando degli evidenti ostacoli al mercato interno, collocano il problema al di fuori dalla competenza attuale dell'Unione e, in quanto estrinsecazione del principio di territorialità, nella esclusiva riserva di sovranità fiscale degli Stati.

Alla luce dell'analisi svolta e delle argomentazioni appena esposte ritengo pertanto corretto riformulare l'obiettivo iniziale di questa sezione (esaminare la tassazione delle partnership alla luce del diritto europeo) nel più coerente obiettivo di comprendere la ragione per la quale la tassazione delle partnership non è contemplata fra le aree di interesse per l'armonizzazione europea pur avendone tutti i requisiti. Si tratta cioè di passare da una ricerca di cause e vicende giuridiche dell'argomento all'interno di un ordinamento del tutto particolare come quello europeo ad una ricerca di cause politiche supportate dall'adozione di schemi di teoria economica che prescindono dallo scopo di questo lavoro.

Da un punto di vista giuridico dovremo limitarci a concludere che sia la Commissione nella sua funzione di guardiana dei Trattati, sia la Corte di giustizia nella sua funzione di garante delle libertà dei Trattati hanno riconosciuto nella doppia imposizione derivante dai conflitti classificatori un ostacolo e una distorsione al funzionamento del mercato interno. L'assenza di un livello minimo di armonizzazione della materia riconduce attualmente la divergenza fra metodi di classificazione fiscale delle partnership ad un disallineamento fra criteri impositivi fra Stati, un tema del tutto estraneo alle competenze europee e ricadente in toto nella competenza degli Stati.

Ciò equivale a dire che, esso provoca ostacoli e distorsioni che sarebbero di principio incompatibili col mercato interno e che teoricamente andrebbero rimossi o in via normativa o in via giurisdizionale; tali ostacoli tuttavia permangono e non vengono rimossi perché attualmente l'interesse degli Stati a mantenere il controllo completo della fiscalità diretta personale come leva di politica economica prevale rispetto all'interesse dell'Unione al progresso del processo di integrazione e rispetto ai benefici che ne conseguirebbero indirettamente per tutti gli Stati membri.

Si può dunque concludere che la sopravvivenza di tali ostacoli e distorsioni all'interno dell'Unione testimonia l'ennesimo conflitto fra interessi opposti di Stati e Unione. Un conflitto dovuto in grossa parte ad un antico dilemma che si consuma all'interno delle scelte fondamentali dell'Unione e che ha al centro il tema della sovranità: a quanta sovranità gli Stati intendono rinunciare a favore di un'Unione che persegue interessi e obiettivi propri e solo indirettamente gli obiettivi dei singoli Stati membri?

L'esito dell'analisi appare chiaro: la doppia imposizione derivante dai conflitti di classificazione fiscale delle partnership fra Stati membri resta un ostacolo al funzionamento del mercato interno a causa della sua logica inclusione nell'area dell'imposizione diretta delle persone fisiche la quale, allo stato dello sviluppo attuale del diritto europeo, rappresenta un vero e proprio tabù per l'Unione.

Con sufficiente grado di approssimazione non è difficile immaginare che la sopravvivenza di questo ostacolo identifichi solo uno dei molti stadi di sviluppo del processo di integrazione e che a lungo andare il suo superamento sia solo una questione di tempo: come sta progressivamente avvenendo per la tassazione societaria, l'inarrestabile processo di integrazione europea porterà in modo naturale ed inevitabile all'esigenza di armonizzare anche tale settore.

## 5 CONCLUSIONI GENERALI DELLO STUDIO

### 5.1 LE PARTNERSHIP NELLA PRASSI OCSE: INDAGINE SULL'ORIGINE DEL PROBLEMA CONVENZIONALE

L'esame della prassi OCSE ha consentito di individuare la causa dei maggiori problemi applicativi dei Trattati fiscali alle partnership internazionali nelle divergenze delle legislazioni civili e fiscali domestiche.

Nel contesto OCSE, l'impiego delle espressioni *partnership* e *non-corporate entities* manifesta l'esigenza di individuare una categoria omogenea di soggetti con caratteri comuni ed uniformi ai quali estendere i benefici convenzionali in carenza dei requisiti ordinariamente previsti dai Trattati fiscali, cioè personalità e residenza. Tale esigenza muove da un assunto dimostrabile, ma di segno completamente inverso: non esiste una nozione giuridica di partnership in tutti gli ordinamenti e, anche volendo trovare un significato omologo nell'idioma di ciascuno Stato, non è sempre vero che tale significato assuma eguale valore giuridico all'interno del relativo ordinamento domestico.

Da qui la necessità di verificare la natura giuridica di queste figure in tutti gli Stati in cui esse presentano collegamenti.

a) L'indagine ha preso le mosse dalla nozione di *non-corporate entity* che la prassi OCSE individua come genus della species partnership. L'esegesi dell'espressione ne ha ricondotto il significato giuridico all'accezione propria che esso assume rispetto alla teoria generale dell'agenzia che informa il sistema anglosassone. In tale contesto, il termine *corporate* identifica il sostrato giuridico di tutte le "entità personificate per legge", quelle entità cioè cui l'ordinamento interno attribuisce espressamente piena personalità giuridica. Così, l'espressione mutuata dall'OCSE importa all'interno dell'ordinamento fiscale internazionale un principio proprio degli Stati di common law: quello in base al quale se l'ente è persona giuridica in base alla legge civile/commerciale è una corporate entity. Come tale essa è generalmente tassata in modo autonomo in base alla *separate entity theory*. Nel contempo la nozione *corporate* esclude tutte le entità che, pur dotate di un certo grado di soggettività funzionale all'imputazione di taluni effetti giuridici, non sono definite dalla legge persone giuridiche. Tutte queste, per differenza, sono incluse nella nozione OCSE di *non-corporate entity* la quale può essere più efficacemente tradotta nell'espressione "entità-non-personificate" nell'accezione anglosassone



più tradizionale. Tale nozione include tutti gli enti ai quali la legge dello Stato di organizzazione non attribuisce espressamente piena personalità giuridica.

- b) L'esame delle più comuni figure in cui attualmente prende forma l'attività economica internazionale ha condotto ad includere nel novero delle *non-corporate entity* le partnership non personificate, le fondazioni ibride (con esclusione di quelle classiche) e i trust se privi di personalità giuridica. Le nozioni di joint venture e di CIV's invece non individuano forme giuridiche di organizzazione di un'attività: piuttosto esse indicano il contesto di collaborazione strategica che circonda un'intesa fra operatori all'interno di un mercato (joint venture) e la funzione economica di un qualunque veicolo giuridico rispetto ad un'attività di investimento. Il fatto che una joint venture possa concretizzarsi in un contratto societario o che un CIV possa coincidere con una partnership non cambia la natura funzionale di tali concetti. Di conseguenza non sono incluse nella nozione di *non-corporate entity*.
- c) L'esito conclusivo di tale indagine ha consentito di definire in modo più netto il contorno della nozione giuridica di *non-corporate entity* impiegata in ambito OCSE ma soprattutto il profilo giuridico funzionale degli enti e delle figure che rientrano in tale categoria.

## **5.2 LA FIGURA GIURIDICA DELLA PARTNERSHIP E LE SUE CORRISPONDENTI DECLINAZIONI TIPOLOGICHE NEL DIRITTO DEGLI STATI. ASSENZA DI UN MODELLO GIURIDICO UNIFORME.**

Posta la frequente relazione esistente fra trattamento civilistico e trattamento fiscale di molti istituti, si è resa necessaria prima di tutto un'indagine sulla nozione giuridica di partnership e sulle corrispondenti forme organizzative che questa figura assume nel diritto degli Stati.

- a) La ricognizione effettuata nella legislazione civilistica e commerciale degli Stati considerati ha fatto emergere un quadro di difficile composizione intorno ad un modello unitario.
- b) In linea generale, la figura della partnership è presente in tutti gli ordinamenti esaminati. In una prospettiva strutturale, essa consiste in una relazione giuridica su base contrattuale fra persone che agiscono congiuntamente nello svolgimento di determinate attività con la finalità di dividerne i benefici. In una prospettiva funzionale, l'*affectio societatis*, l'*intuitu personae* e la comunione di scopo sono i tratti validi a caratterizzarne la proiezione giuridica verso lo svolgimento di una attività di natura economica anche se non sempre commerciale.

- c) Nonostante il tentativo di individuare, attraverso un'analisi puntuale a vari livelli, una comune matrice strutturale e funzionale, la nozione di partnership non si configura come modello giuridico omogeneo nei vari ordinamenti. Il diverso rilievo riconosciuto dagli Stati alla piena personalità giuridica o alla soggettività di queste figure, in ragione dell'imputazione di fattispecie giuridiche di diversa natura, conduce piuttosto ad individuare nella partnership un modello di business omogeneo a forma giuridica differenziata.
- d) L'esame comparato fa tuttavia emergere delle convergenze fra singole tipologie di partnership, come la *limited partnership*. Sullo sfondo di tali convergenze permangono tuttavia le profonde differenze strutturali fra i sistemi di civil law e common law, insieme alle loro rispettive eccezioni.
- e) L'indagine sulla natura giuridica delle partnership nei diversi ordinamenti di diritto civile ha consentito di chiarire quali figure all'interno degli Stati selezionati sono suscettibili di rientrare nella nozione OCSE di partnership. Tale passaggio è fondamentale per poter aggregare il ragionamento successivo intorno alla figura della partnership che, a seguito di tale analisi, possiede ora dei corrispondenti tipologici negli ordinamenti considerati.

### 5.3 REGIMI FISCALI DOMESTICI DELLE PARTNERSHIP INTERNAZIONALI

Chiarita la corrispondenza fra la nozione OCSE di partnership e le figure che nei singoli Stati possono segnatamente ritenersi incluse al suo interno, la ricerca passa ad esaminare il regime fiscale domestico che ciascuno Stato prevede per la tassazione delle partnership internazionali.

- a) Tale regime è definito sinteticamente come *partnership approach* ma l'asimmetria che può caratterizzare l'approccio degli Stati alla fiscalità di partnership nazionali e non nazionali ne ha suggerito la distinzione fra *domestic* e *foreign partnership approach*.
- b) L'indagine sui regimi fiscali domestici ha consentito di ricostruire il partnership approach adottato da ciascuno Stato considerato<sup>2095</sup>.
- c) L'esigenza di sviluppare un metodo di analisi della fiscalità diretta delle partnership nei vari Stati ha condotto questa ricerca alla costruzione di un modello<sup>2096</sup> che - a partire da un insieme di categorie logiche, metodi, principi e opzioni tecnico-

---

<sup>2095</sup> Per gli elementi caratterizzanti di ciascun partnership approach si rinvia alle valutazioni svolte nelle rispettive sezioni di analisi (da § 2.1 a § 2.6).

<sup>2096</sup> V. supra, § 2.7.

giuridiche - imposta la configurazione del partnership approach di uno Stato, delle sue diverse componenti e le loro reciproche relazioni, come la soluzione ad un problema ingegneria fiscale.

- d) A partire dalla *summa divisio* fra *corporate* e *transparent approach*, la ricerca identifica le componenti generali di quest'ultimo nell'influenza della *separate* o *fractional entity theory*, nelle *entity recognition rules* e nei criteri di collegamento all'imposizione impiegati da uno Stato in caso di redditi internazionali.
- e) L'esito della ricerca di eventuali nessi fra il *partnership approach* di uno Stato e il trattamento accordato dal diritto civile domestico ha condotto ad una serie di conclusioni. L'esame della legislazione fiscale domestica esclude un collegamento fra status civile e status fiscale di una partnership solo nel caso in cui lo Stato riconosce l'opacità fiscale di tutte le figure societarie (*corporate approach*). In questo caso la tassazione dei redditi è articolata in due livelli similmente a quanto avviene per le società incorporate (reddito dell'attività d'impresa tassato a livello della società e dividendo tassato a livello del socio, se e quando il dividendo è formalmente distribuito). In tutti gli altri casi, il *transparent approach* presenta sempre un nesso fra status civile e status fiscale di una partnership (per esempio, trasparenza accordata ad un *numerus clausus* di figure indipendentemente dall'attività svolta oppure a tutte le figure contrattuali che realizzano determinati effetti di imputazione reddituale). Ciascuno Stato infatti segue implicitamente o esplicitamente una delle due teorie generali che informano l'ordinamento civilistico: la *separate entity theory* o la *fractional (o aggregate) entity theory*. La prima riconosce la partnership come ente separato dai soci, la seconda la riconosce come un mero contratto che aggrega l'azione congiunta dei soci verso un fine comune senza conferire alcuna personalità o soggettività all'ente. Mentre la prima conduce a riconoscere nella limitata soggettività delle partnership una funzione fiscale, variabile da Stato a Stato, la seconda giunge a disconoscere fiscalmente l'esistenza della società e a tassare unicamente il socio per i redditi veicolati attraverso di essa.
- f) La scelta fra uno dei due approcci o l'individuazione della combinazione fra i due, che trova concreta applicazione nel diritto civile domestico, è un passaggio determinante per comprendere le importanti divergenze fra i partnership approach degli Stati. Queste, infatti condizionano significativamente la struttura e la configurazione specifica del partnership approach di uno Stato il quale risulta composto da: un regime di trasparenza fiscale applicabile a talune specifiche entità, il metodo di individuazione degli enti che vi rientrano, le regole di imputazione dei redditi ai soci e alla società, la qualificazione dei redditi della partnership

internazionale e i connessi obblighi fiscali, la qualificazione dei redditi del socio residente ed estero e i connessi obblighi fiscali.

- g) La potenziale asimmetria nelle regole di tassazione applicabili a partnership nazionali ed estere ha suggerito di identificare le componenti caratterizzanti del *domestic partnership approach* e del *foreign partnership approach*, esaminandone il funzionamento e i risultati fiscali.
- h) L'analisi del *domestic partnership approach* ha condotto ad individuare:
- i diversi regimi domestici di tassazione delle partnership (trasparenza fiscale totale, intermedia, limitata al solo pagamento dell'imposta),
  - i criteri di individuazione degli enti ammessi al regime di trasparenza (metodo civilistico, assoluto, opzionale),
  - le modalità di imputazione ai soci dei redditi della partnership (imputazione diretta, aggregata, separata e selettiva),
  - le modalità di qualificazione dei redditi imputabili alla partnership domestica (ciascuno corrispondente ad una specifica modalità di imputazione reddituale),
  - i criteri qualificatori per i redditi da capital gain e per i redditi di fonte estera realizzati dalla partnership,
  - i criteri qualificatori per la cessione di quote dalla partnership, conferimenti ulteriori, subentri, liquidazione della partnership e assegnazione dei beni ai soci,
  - i criteri di qualificazione dei redditi imputabili ai soci residenti e non residenti della partnership domestica e delle transazioni fra società e soci,
  - i criteri di quantificazione dei redditi imputati a partnership e soci,
  - i criteri di imputazione degli obblighi fiscali alla partnership e ai suoi soci (residenti ed esteri).
- i) L'analisi del *foreign partnership approach* ha condotto ad individuare:
- le regole di classificazione fiscale delle partnership estere (*all corporate approach, personal entity approach, optional approach, analogy approach*) con particolare attenzione al partnership test,
  - i metodi di imputazione dei redditi prodotti nello Stato fonte dalla partnership estera (*corporate method, PE method o single source method*),
  - i criteri di qualificazione dei redditi prodotti dalla partnership o dal socio (a seconda del metodo di imputazione applicabile).
- j) La ricognizione sui sistemi impositivi domestici ci ha quindi condotto a configurare il *partnership approach* - inteso come quel set di regole che ciascuna legislazione fiscale impiega per classificare le partnership internazionali, qualificarne e quantificarne i redditi ai fini della tassazione – come un sotto-sistema

dell'ordinamento fiscale di uno Stato. Un ordinamento domestico infatti prevede sempre un *partnership approach*, più o meno complesso, con evidenti tratti di specialità rispetto al regime fiscale ordinario applicato ad altri soggetti (persone e società) e tale specialità è valida soprattutto a caratterizzarne la fisionomia rispetto agli approcci impiegati da altri Stati.

#### 5.4 TASSAZIONE DELLE PARTNERSHIP NEI TRATTATI FISCALI

L'interazione fra i *partnership approaches* degli Stati può originare numerosi conflitti impositivi e asimmetrie di diverse tipo. In generale l'assenza di un Trattato fiscale fra due Paesi lascia agli Stati la soluzione unilaterale della doppia imposizione internazionale derivante dalla differente caratterizzazione degli enti domestici ed esteri operata dai due diversi ordinamenti fiscali.

- a) La presenza di un Trattato fiscale fra i due Stati tuttavia non offre sempre una soluzione certa a tali problemi per diversi ordini di ragioni. I Trattati ripartiscono il potere impositivo fra Stati ma non contengono regole di imputazione reddituali. Le divergenze classificatorie quindi potrebbero comportare una asimmetrica applicazione del Trattato a partnership che operano in due Stati poiché ciascuno Stato applica le norme convenzionali all'entità o ai soci dell'entità in funzione delle sue regole classificatorie. La bilateralità dei Trattati non contribuisce a risolvere le frequenti ipotesi in cui le operazioni delle partnership coinvolgono tre Stati. Ove il Trattato infine non preveda clausole apposite per le partnership, il risultato fiscale è rimesso alla *tax Treaty practice* degli Stati, definita da prassi amministrative domestiche e da orientamenti delle Corti nell'applicare le disposizioni convenzionali alle partnership le quali ugualmente possono produrre risultati asimmetrici.
- b) I conflitti di classificazione fiscale soggettiva delle partnership (*fiscally transparent/opaque entity*) devono essere inquadrati fra i problemi di *tax treaty entitlement*. Essi sono pertanto estranei ai conflitti di qualificazione che hanno invece natura interpretativa. Tale distinzione è funzionale distinguere le due questioni rispetto alle soluzioni offerte dal Partnership Report e dal Commentario OCSE ma non rende immuni i conflitti di classificazione soggettiva dai problemi interpretativi tipici dei conflitti di qualificazione. Il nesso che lega regole di classificazione fiscale degli enti e le regole di imputazione e qualificazione reddituale all'interno del partnership approach di uno Stato comporta inevitabilmente che i conflitti di classificazione soggettiva possano provocare “a cascata” anche conflitti di qualificazione nell'applicazione dei Trattati.

- c) Il problema dell'applicabilità dei Trattati alle partnership è individuabile nel fenomeno di dissociazione dei requisiti di legittimazione ai benefici del Trattato fra soci e società: la personalità resta in capo all'entità la quale configura tecnicamente una persona in base alle definizioni del Trattato, ma è priva del requisito di residenza. Ciò solleva il problema di verificare se, in ipotesi di trasparenza, sia possibile estendere l'applicazione del Trattato ai soci e a quali condizioni. L'analisi del Partnership Report 1999 ha consentito di focalizzare dieci principi guida nell'applicazione dei Trattati alle partnership anche se le numerose incongruenze nei criteri di volta in volta applicati ne hanno consentito un'accettazione e un'implementazione non uniforme da parte degli Stati. Secondo le conclusioni generali del Report i conflitti di classificazione vanno risolti applicando le *entity classification rules* dello Stato di residenza dei soci, mentre i conflitti di qualificazione vanno risolti adottando le regole qualificatorie dello Stato della fonte.
- d) La *partnership clause* contenuta nel modello OCSE 2017 può dirsi allineata all'analoga clausola del Mod. USA.
- e) L'analisi dei Trattati italiani con i Paesi scelti nella comparazione, confermando le analisi del capitolo 2, consente di concludere che il partnership approach si configura come un sottosistema dell'ordinamento tributario di uno Stato la cui specialità ha impatto anche a livello convenzionale. Alla possibilità di costruire un modello di analisi del *partnership approach* degli Stati corrisponde tuttavia l'impossibilità di prevedere regole convenzionali in grado di dare *certezza, simmetria e prevedibilità* alla tassazione delle partnership. Tali risultati sono approssimativamente realizzabili mediante l'inserimento di apposite *partnership clauses* nei Trattati la cui validità bilaterale tuttavia non garantisce soluzioni soddisfacenti nel caso di operazioni che coinvolgano più di due Stati. In tale ultima circostanza l'esito della tassazione è rimesso esclusivamente alla *tax treaty practice* degli Stati.

## 5.5 LA FISCALITÀ DELLE PARTNERSHIP NEL DIRITTO DELL'UNIONE

L'affollato contesto di asimmetrie fiscali che circonda l'attività delle partnership internazionali, causato dalla loro simultanea attrazione a diversi sistemi impositivi statali, conduce a chiedersi se la doppia non imposizione generata da tali asimmetrie sia compatibile con le libertà fondamentali sancite dai Trattati.

- 1) L'analisi svolta sul processo di armonizzazione della fiscalità diretta ha mostrato che questa non rappresenta una competenza espressa dell'Unione restando un ambito riservato ai singoli Stati membri. L'interesse dell'Unione rispetto

all'imposizione diretta è mosso dall'esigenza funzionalizzata a evitare che l'esercizio della potestà impositiva degli Stati ostacoli il funzionamento del mercato interno distorcendone gli equilibri competitivi. Il mercato interno rappresenta l'anello di trasmissione attraverso cui l'Unione e i principi sanciti dai Trattati – prevalentemente attraverso l'opera della CGUE – finiscono con l'interferire sistematicamente, e talora anche marcatamente, sull'assetto e la conformazione dei sistemi fiscali degli Stati membri.

- 2) La doppia imposizione e la doppia non imposizione reddituale non sono obiettivi dichiarati nei Trattati ma lo divengono, seppur in tempi e modalità diverse, implicitamente ed indirettamente, in quanto provocano effetti distorsivi sul comportamento economico degli operatori di mercato, ne alterano le scelte ottimali di investimento ed allocazione geografica delle risorse e in definitiva vanno in conflitto con la neutralità fiscale richiesta da un mercato interno.
- 3) L'esame del concetto di neutralità fiscale alla base del mercato interno ha mostrato come questo giochi un ruolo controverso assumendo una configurazione bidimensionale “a direzioni inverse”. La legislazione europea insegue infatti un modello di neutralità fiscale che guarda al risultato economico delle operazioni infragrupo di imprese dell'Unione soggette ad imposta societaria nei singoli Stati. Da tale modello però la legislazione esclude tutte le altre imprese. La giurisprudenza insegue l'eguaglianza di trattamento fiscale in base alla nazionalità garantendo la tutela di diritti e non la neutralità dei risultati. In altre parole, la neutralità fiscale è garantita solo per talune fattispecie e, a certe condizioni, per le imprese soggette ad imposta sulle società. La protezione del Trattato invece garantisce il pari trattamento in base alla nazionalità e l'esercizio delle libertà a tutte le imprese, ma non garantisce necessariamente la neutralità fiscale richiesta dal mercato interno.
- 4) L'analisi degli orientamenti della Corte ha mostrato inoltre che non tutte le doppie imposizioni sono un ostacolo rimovibile in via giurisprudenziale: la categoria delle quasi- restrizioni misura la gittata utile delle libertà fondamentali sulla fiscalità degli Stati oltre la quale prevale l'affermazione del principio della territorialità fiscale di ciascuno di questi. In tale area, le libertà del Trattato non sono in grado di proteggere cittadini e imprese dalle distorsioni del mercato interno provocate dalla coesistenza e dall'interazione di più ordinamenti fiscali autonomi.
- 5) L'esame dei concetti giuridici di armonizzazione e ravvicinamento consente di ritenere ammissibile un ipotetico ventottesimo regime per una “partnership europea”. Si tratterebbe di un modello comune, alternativo ma non obbligatorio, che offrirebbe soluzione a taluni dei problemi dati dalla coesistenza di diversi sistemi di classificazione fiscale delle partnership internazionali che operano nel mercato

interno. L'analisi di tale ipotesi, da intendersi come modello di impresa fiscalmente trasparente differente dal GEIE, non è stata ulteriormente approfondita in quanto al di fuori delle intenzioni originali di questo lavoro.

- 6) L'analisi sulle cause legittimanti del potere normativo dell'Unione finora esercitato nell'imposizione diretta conclude che queste potrebbero astrattamente motivare l'esercizio di un analogo potere anche per la fiscalità delle partnership.
- 7) La ricerca si è poi focalizzata sulla considerazione attribuita ai problemi delle partnership nella strategia dell'Unione in tema di fiscalità d'impresa mediante una ricostruzione storica e normativa.
- 8) La ricostruzione del dato storico ha restituito l'impressione complessiva di un ingeneroso destino vissuto dalla figura delle partnership nell'ambito delle strategie di politica fiscale dell'Unione. La fiscalità delle partnership resta infatti esclusa sia dalle proposte di armonizzazione della fiscalità societaria sia da quelle di armonizzazione della fiscalità delle altre imprese. Ciò sembra condannare la fiscalità delle partnership a restare esclusa da ogni politica fiscale europea di ravvicinamento dei sistemi impositivi. Gli elementi emersi nella ricostruzione sembrano confermare che le ragioni alla base della *ratio excludendi* delle partnership dalle varie fasi di armonizzazione della fiscalità comunitaria siano da ricercarsi nella loro naturale afferenza all'area dell'imposizione personale.
- 9) L'esame del dato positivo ha mirato a verificare l'inclusione delle partnership nell'ambito di applicazione della direttiva madre-figlia, del progetto CCCTB e del progetto *home State taxation*.
  - a. La direttiva madre-figlia nella sua attuale configurazione ammette al regime comune le entità figlie, classificate come partnership nello Stato della società madre e tassate con imposta sulle società nello Stato della società figlia. Ciò significa che la direttiva, contemplando l'ipotesi di una *reverse hybrid entity*, obbliga lo Stato della società madre ad accordare il regime fiscale comune agli utili distribuiti dalla società figlia. L'analisi del *personal scope* della direttiva e della modalità in cui è formulato l'allegato con l'indicazione delle entità ammesse al regime fiscale comune ha mostrato che le partnership restano definitivamente escluse - sia come entità soggettiva che come fattispecie contrattuale - dal regime armonizzato dei dividendi. La giurisprudenza sull'applicazione della direttiva tuttavia assicura che, fermo restando l'autonomia di ciascuno Stato nel classificare fiscalmente le entità di un altro Stato, alle entità estere frutto di tale classificazione deve essere garantito il trattamento fiscale nazionale riservato alle omologhe entità domestiche.



- b. L'analisi del progetto CCCTB ha mostrato che la proposta di direttiva non si sottrae al problema dei conflitti di classificazione delle entità trasparenti a livello internazionale. Nella misura in cui esistono delle asimmetrie classificatorie esiste sempre un certo grado di probabilità che si verifichi sia doppia imposizione che doppia non imposizione con relativi meccanismi di pianificazione in grado di sfruttarla. La nozione comune di "entità fiscalmente trasparente" definita nella proposta di direttiva non è generale ma strumentale all'applicazione del regime di determinazione della base imponibile comune. Essa è sufficientemente dilatata da includere potenzialmente le partnership, ma non si spinge a definire il regime di trasparenza che resta appannaggio dei singoli Stati. La proposta di direttiva interviene nella qualificazione delle operazioni fra partnership e soci esteri introducendo un approccio misto – *entity/flow-through approach* – la cui combinazione dipende dalla quota di partecipazione del socio estero nella partnership. Tale approccio però lascia inalterato il diverso regime nazionale applicabile dallo Stato membro alle operazioni fra partnership nazionale e socio nazionale fuori dal regime comune comportando quindi una potenziale distorsione. Tale qualificazione si sovrappone a quella prevista dai sistemi di trasparenza fiscale degli Stati che molto spesso non distinguono fra soci persone fisiche e soci società. L'impiego di metodi classificatori diversificati, per partnership localizzate in Stati membri e partnership localizzate in Stati terzi, suggerisce l'intenzione dell'Unione di mantenere il controllo sulle regole di classificazione degli enti interni al gruppo, ma solleva un problema complesso consistente nel ruolo svolto dai Trattati bilaterali degli Stati membri con i singoli Stati terzi di localizzazione della partnership: l'esistenza di tali Trattati ripropone il problema della pianificazione fiscale, delle distorsioni nella scelta della forma giuridica e nella localizzazione degli investimenti e, di conseguenza, quello della competizione fiscale fra Stati.
- c. L'introduzione del regime *home State taxation* (HST) per le PMI può dirsi fallito e con esso il tentativo di rimuovere le divergenze fra Stati sulla classificazione delle partnership mediante il ricorso al principio del mutuo riconoscimento. I promessi pregi del regime HST non si sono mostrati in grado di controbilanciare i rischi impliciti derivanti dall'applicazione del mutuo riconoscimento nel settore fiscale, vale a dire la rinuncia ad una quota di sovranità fiscale e di corrispondenti entrate tributarie non valutabile a priori. L'analisi del *personal scope* del progetto, inoltre, conferma l'esclusione specifica delle partnership per ragioni che sono ascrivibili ai potenziali rischi di doppia imposizione e asimmetria classificatoria.

- 10) La composizione dei risultati della ricostruzione storica e normativa consente pertanto di affermare che allo stato attuale del diritto dell'Unione, la fiscalità delle partnership resta un settore intenzionalmente escluso dal processo di ravvicinamento della legislazione degli Stati.
- 11) L'analisi della causa Columbus mostra infine che le asimmetrie classificatorie – derivano dalla sovrapposizione di due diversi ordinamenti fiscali che operano in piena autonomia - pur provocando doppia imposizione e trattamenti fiscali non neutrali, se non consistono in misure restrittive o discriminatorie, appartengono all'area delle quasi-restrizioni. La definizione dei criteri di classificazione fiscale è parte logica dei criteri di collegamento per la tassazione scelti liberamente da uno Stato in affermazione del principio di territorialità fiscale. Collocandosi pertanto al di fuori del raggio di azione utile delle libertà fondamentali e della protezione dei Trattati europei, tali criteri sfuggono al sindacato della Corte di Giustizia e al più possono essere oggetto di un accordo fra Stati.
- 12) Le motivazioni espresse dal giudice europeo nella causa Columbus si collocano nel tracciato di un'ormai consolidata giurisprudenza in tema di quasi-restrizioni, tuttavia i ragionamenti impiegati offrono l'occasione per alcune riflessioni sul contrasto alla doppia (non) imposizione inteso come obiettivo dell'Unione e sul rapporto fra diritto dell'Unione e diritto convenzionale. Il contrasto a tali fenomeni, infatti, costituisce un chiaro interesse politico dell'Unione nella misura in cui rappresentano una distorsione del mercato e minano l'equilibrio finanziario degli Stati membri innescando una insalubre concorrenza fiscale che finisce per alterare gli equilibri competitivi del mercato interno. L'esigenza di perseguire l'ideale obiettivo della neutralità fiscale negli scambi interni al mercato europeo ha condotto l'Unione in più occasioni a occuparsi della doppia imposizione dei redditi derivanti da operazioni internazionali fra Stati membri. L'Unione sembra attribuire il compito di rimuovere la doppia imposizione alle Convenzioni, ma gli Stati non hanno né un obbligo di negoziarle, né è detto che queste conducano a risultati soddisfacenti. Per definire il *personal scope* delle direttive, la legislazione dell'Unione frequentemente poggia sulle categorie convenzionali. I Trattati invece sono tendenzialmente indifferenti alle dinamiche che si consumano sul piano convenzionale. Secondo costante giurisprudenza infatti, le norme convenzionali integrano il contesto normativo di uno Stato e rientrano fra le misure censurabili solo se configurano ipotesi restrittive o discriminatorie. In caso contrario, gli effetti vantaggiosi e svantaggiosi delle norme convenzionali sono irrilevanti per il diritto dell'Unione. È il caso della doppia imposizione dei redditi delle partnership: una distorsione chiaramente idonea a compromettere il funzionamento del mercato

interno, ma che è fuori dalla protezione del Trattato. Anche la doppia non imposizione può essere un fattore di squilibrio nella localizzazione degli investimenti causato dalla razionale tendenza di imprese e cittadini a minimizzare (quando non abbattere completamente) il proprio carico fiscale globale. Mentre però gli effetti della doppia imposizione sono lasciati alla soluzione degli Stati, al più provocando squilibri e distorsioni nel mercato interno, con l'ATAD e il pacchetto di contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva la doppia non imposizione è stata oggetto di un recente intervento normativo europeo. Le maggiori critiche alle quali tali interventi non sembrano in grado di sottrarsi derivano dal fatto di combinare l'esigenza di difendere una base imponibile nazionale di interesse europeo mediante l'attribuzione (o la negazione) di diritti impositivi originariamente non previsti e non disciplinati dagli ordinamenti domestici.

- 13) L'Unione offre quindi alle imprese un mercato interno articolato in più giurisdizioni fiscali ma dotato un doppio livello di protezione contro la doppia imposizione. Il primo livello di protezione è applicabile a tutte le imprese che operano negli Stati membri ed include la tutela offerta dalla giurisdizione della Corte di Giustizia sulle libertà fondamentali, con effetto disapplicativo sulle misure nazionali incompatibili. Il secondo livello di protezione è applicabile a talune operazioni delle imprese societarie di gruppo residenti negli Stati membri ed include oltre la protezione primaria, anche una protezione secondaria data da direttive mirate ad eliminare la doppia imposizione, assistite (anche queste) dalla medesima giurisdizione della Corte. Rispetto a tale doppia possibilità, le partnership, in quanto imprese, godono solo dei diritti di libertà concessi dal Trattato continuando a subire il vulnus derivante delle asimmetrie classificatorie e qualificatorie degli Stati: un fenomeno che deriva dall'applicazione delle regole di territorialità fiscale di ciascuno Stato.

## 6 BIBLIOGRAFIA

## 6 BIBLIOGRAFIA

- Accordino P., Le dibattute dinamiche sostanziali, procedurali e processuali in tema di imposizione in capo ai soci delle società di persone, in DPT, n. 5/2017, p. 1966 ss.
- Adam R., Tizzano A., Manuale di diritto dell'Unione Europea, Torino, 2017.
- AdamczykL., Majdańska A., The Sources of EU Law Relevant for Direct Taxation, in Lang M., Pistone P., Schuch J., Staringer C., Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, Linde, 2018
- Adelchi Rossi A., Perin L., Convenzione Italia – Usa e tassazione in assenza di stabile organizzazione, in IF, n.48/ 2006, p.7361 ss.
- Adelchi Rossi A., Perin L., La procedura amichevole e l'arbitrato nella Convenzione tra Italia e Stati Uniti contro le doppie imposizioni, in IF, n. 48/2002, p. 1-7645 ss.
- Adelchi Rossi A., The Saving Clause of Pending US - Italy Tax Treaty, in TNI, n. 13/2003, p. 1351 ss.
- Adonnino P., Armonizzazione fiscale nell'Unione Europea, in Enc. Dir., agg. III, 1999.
- Adonnino P., Non Discrimination Rules in International Taxation, in Cahiers de droit fiscal international, IFA, vol. 78b, 1993, p. 23 ss.
- Aiello M., Cagnasso O., Cottino G., Le nuove società di persone, 2014, Zanichelli.
- Ajani G., Acquis comunitario, Dig. disc. priv., agg., 2009.
- Altenburger P. R. e Della Giovanna C., Note sulle legislazioni americana ed italiana in materia di controlled foreign companies dalla prospettiva dell'ordinamento tributario svizzero, in DPTI, n.3/2001, p. 883 ss.
- Amatucci A., Società e comunione, Napoli, 1971.
- Amatucci F., Il principio di non discriminazione fiscale, Padova, 2003.
- Amatucci, Teoria dell'oggetto e del soggetto nel diritto tributario, in DPT, n.1/1983, p. 1897 ss.
- Andenas M., Fairgrieve D., Courts and comparative law, Oxford University press, 2015.
- Andenas M., Wooldridge F., European comparative company law, Cambridge University Press, 2009.
- Andrieu J.N., Le Gall J.P., France branch report, in IFA – 42th Congress of the International Fiscal Association (Amsterdam 1988), Recognition of foreign enterprises as taxable entities, in Cahiers de droit fiscal international Vol. 73a, p.411 ss.
- Anello P., Aliquota IRES "proporzionale" per imprese individuali e società di persone, in CT, n.9/2008 p. 671 ss.
- Antonacchio F., L'impatto della disciplina di contrasto ai disallineamenti da ibridi nei rapporti con le partnership estere, in IF, n.37/2019, p. 3551 ss.
- Antonacchio F., La confederazione elvetica ad un bivio tra "black list" e "white list", in FI, 2 / 2009, p. 130 ss.
- Antonini E., La soggettività tributaria, Napoli, 1965.
- Arginelli P., Cuzzolaro G., Sull'applicabilità delle Convenzioni contro le doppie imposizioni in assenza di un'effettiva duplicazione d'imposta, in RDT, suppl. online 6 dic 2018.
- Armanno, Maria. La società a responsabilità limitata tra società di capitali e società di persone: l'esperienza delle «close corporations» negli Stati Uniti d'America e delle «sociétés unipersonnelles» in Francia, Padova, 1990.
- Arnold B.J., McIntyre M.J., International Tax Primer, Kluwer Law International, 2002.
- Arquilla N., Gli investimenti in svizzera dei soggetti residenti in Italia in CT, n.46/2005, p. 3617 ss.
- Asquasciati M., Le società di persone, in Pepe G.S. (a cura di), Trattato teorico pratico delle società, Milano, 1995.
- Attardi C., Prevalenza del regime convenzionale di esclusione per i dividendi distribuiti dalla controllata tedesca – commento, in IF, 47-48/2019, p. 4580 ss.

- Attardi C., Risoluzione n. 64/E del 25 febbraio 2008: deducibilità dal reddito d'impresa della "differenza da recesso", in IF, n. 10/2008, p.1866 ss.
- Ault H., The Role of the OECD Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties, Intertax, 1994, p. 146 ss.
- Ault H.J., Arnold B.J., Comparative Income Taxation: A Structural Analysis, Kluwer, 2010.
- Avella F., Il beneficiario effettivo nelle convenzioni contro le doppie imposizioni: prime pronunce nella giurisprudenza di merito e nuovi spunti di discussione, in RDT n.4/2011, p. 14 ss.
- Avella F., Il regime tributario dei dividendi distribuiti a società residenti nel territorio della confederazione svizzera (Commento a ris. Agenzia entrate 10 maggio 2007, n. 93/E) in RDT, n.12/2007, p. 198 ss.
- Avery Jones J. F., Article 3(2) of the OECD Model Convention and the Commentary to It: Treaty Interpretation, in ET, 1993, p. 255 ss.
- Avery Jones J. F., The Effect of Changes in the OECD Commentaries after a Treaty is Concluded, in BIT 2002, p. 102 ss
- Avery Jones J.F. et al., Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax, in BIT, 2002, p.288 ss.
- Avery Jones J.F., The Effect of Changes in the OECD Commentaries after a Treaty is Concluded, in BIT, 2002, p. 102 ss.
- Avery Jones J.F., Ward A., Agents as permanent establishments under the OECD model tax convention, in DPT., n.1/1993, p.1420 ss.; in BTR, 1993, p.341 ss.; in ET, n.5/1993, p. 154 ss.
- Avery Jones JF, 'Defining and Taxing Companies 1799 to 1965, in Tiley J. (ed), Studies in the History of Tax Law, Studies in the History of Tax Law - Volume 5, Hart Publishing 2012, p.1 ss.
- Avery Jones JF, Body of persons, in BTR, 1991, p. 453 ss.
- Avi-Yonah R.S., International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime, Cambridge Univ. Press, 2007.
- Avorio D., Condizioni per l'applicazione del regime convenzionale delle «partnerships, in CT, n.18 / 2009, p. 1453 ss.
- Badriotti A., Armonizzazione dell'imposta sulle società nell'Unione Europea, CSF papers, novembre 2007.
- Bafile C., Alcune osservazioni sulla pluralità soggettività e sulla società di persone, in RDT, n.5/1993, p. 340 ss.
- Baggio R., Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria, Milano, 2009.
- Baker P., Double Taxation Agreements and International Tax Law, London, 1991.
- Baker P., Double taxation conventions: a manual on the OECD model tax convention on income and on capital, 2001, Sweet & Maxwell.
- Baker P., The application of the Convention to partnerships, trusts and other, non-corporate entities, in GITCR, n.1/2002, p.4 ss.
- Baldwin M., Kiranoglu T., Uk branch report, in IFA – 68th Congress of the International Fiscal Association (Mumbai 2014), Qualification of taxable entities and treaty protection, in Cahiers de droit fiscal international Vol. 99 b), The Hague: Sdu Uitgevers, 2014, p. 812ss.
- Ballancin A., Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate, Padova, 2016.
- Baralis G., L'eretica società semplice di mero godimento immobiliare, in Studi del Cons. naz. del Notariato n. 73/2016.
- Baralis G., Una "nuova" società semplice: la società immobiliare di mero godimento e la società semplice di mero godimento in genere, in Studio n. 4256, Consiglio Nazionale del Notariato;
- Barassi M., Diritto finanziario comparato - Modifiche alle regole fiscali per le imprese in Germania, in DPTI, n.3/2009, p. 1506 ss.
- Barbagelata G., Jaeggi P. A., Alcune riflessioni sull'applicabilità della normativa sulle controlled foreign companies alle società holding svizzere, in IF n.21/2003, p.3237 ss.
- Barbagelata G., Jaeggi P.A., Alcune riflessioni sull'applicabilità della normativa sulle controlled foreign companies alle società holding svizzere, in IF n.21/2003, p.3237 ss.

- Barbiero G., Il GEIE: un nuovo strumento di cooperazione transnazionale, in *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, a cura di V. Uckmar-C. Garbarino, Milano, 1995, p. 383
- Barenfeld J., *Taxation of Cross-border Partnerships: Double Tax Relief in Hybrid and Reverse Hybrid Situations*, IBFD, 2005.
- Bartoli P., Rideterminazione del reddito nel regime di trasparenza, in *CT*, 2004 n. 48, pp. 3770 - 3774
- Batistoni Ferrara, Presunzione di distribuzione ai soci del maggior reddito certato nei confronti di una società familiare a ristretta base azionaria: una pronuncia non convincente, in *RDT*, n.2/2005, p. 720;
- Battaglia F., Il principio di leale cooperazione nel Trattato di Lisbona. Una riflessione sulle vicende legate al recesso del Regno Unito dall'Unione europea, in *Federalismi.it*, n.19/2020, p. 23 ss.
- Bazzano E., *Le società di persone*. A cura di Giorgio Schiano di Pepe. 2. ed. Trattato teorico pratico delle società. Milano: IPSOA, 1999.
- Beghin M., L'occulta distribuzione dei dividendi nell'ambito delle società di capitali "a ristretta base" tra automatismi argomentativi e prova per presunzioni, in *Riv. giur. trib.*, 2004, 433 ss.;
- Bellettini S., Italian branch report, in *IFA – 49th Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995)*, *International income tax problems of partnerships*, in *Cahiers de droit fiscal international vol. 80a*), The Hague: Kluwer Law International, 1995, p.293ss.
- Belli Contarini, Modificazione della compagine societaria nelle società di persone a seguito di scioglimento parziale del rapporto sociale: aspetti fiscali, in *RDT*, n.1/1995, p. 839;
- Benazzi A., Il principio di trasparenza si estende alle società di capitali, in *CT*, n.2/2003, p.111-115;
- Bendotti F., La tassazione dei gruppi in ambito europeo: scenari e prospettive future, in *FI*, n.6/2004, p. 521 ss.
- Benedettelli M.V., Sul trasferimento della sede sociale all'estero, in *RS*, n.6/2010, p. 1251 e ss.
- Benedettelli, La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato, in *RS*, 1997, 64
- Benedettelli, Mercato comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, in *RS*, n.4/2003, p. 724ss.
- Berman D., *Covering the World: The Expanding U.S. Tax Treaty Network*, in *Taxes*, 1996, n. 74, p. 1069 ss.
- Berman G.A., *Proportionality and Subsidiarity*, in Barnard, C e Scott, J. (a cura di), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Oxford-Portland, Oregon, 2002, p.75 ss.
- Bianchi S., Cenni di diritto tributario svizzero, in *BTI*, n.9/1987, p. 724 ss.
- Bianchi S., La convenzione tra Svizzera e Italia intesa ad evitare la doppia imposizione ed a regolare alcune altre questioni d' imposte sul reddito e sul patrimonio, in *BTI*, n. 20/1976, p. 1475 ss.
- Bianchi S., La convenzione tra Svizzera e Italia intesa ad evitare la doppia imposizione ed a regolare alcune altre questioni di imposte sui reddito e il patrimonio, in *Riv. Dir. Trib. Ticin.*, 1976 p. 102 ss.
- Biondi F., Quale dialogo tra le Corti?, in *Federalismi.it*, n. 18/2019.
- Birk D., *Diritto tributario tedesco*, Milano, 2006.
- Bizioli G., *Balancing the Fundamental Freedoms and Tax Sovereignty: Some Thoughts on Recent ECJ Case Law on Direct Taxation*, in *ET*, 2008, p. 133 ss.
- Bizioli G., *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2008.
- Bizioli G., Reimer E., *Equality, ability to pay and neutrality*, in Panayi C. HJI , Haslehner W. , Traversa E., (a cura di), *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Edward El-gar Publishing, 2020, p.51 ss.

- Bizioli G., Scalia R., Le società di persone nell'ordinamento tributario, n Preite F., Busi C.A., Trattato sulle società di persone, Torino, 2014, p. 3025 ss.
- Bizioli G., Scalia R., Nozioni generali sulle società di persone nel diritto tributario, in Preite F., Busi C.A. (a cura di), Trattato sulle società di persone, Torino, 2014, p. 3025 ss.
- Bocchini E., Diritto commerciale nella società dell'informazione, Padova, 2011.
- Boidi M., Lenti C., La tassazione dei redditi delle S.c.i. francesi e monegasche oggetto di 'scudo fiscale', in IF, n. 22/2010, pagg. 1-3465 ss.
- Boletto, Due diverse ipotesi di responsabilità patrimoniale dei soci di società di persone per debiti d'imposta, in RDT, n.2/2003, p.936 ss.
- Bonafè A., La nuova convenzione Italia-Germania contro le doppie imposizioni, in LS, n.1/1991, p.16 ss.
- Bonocore V., istituzioni di diritto commerciale, Torino, 2004.
- Borden D.B.T., Taxation and Business Planning for Partnerships and LLCs, Kluwer 2017.
- Borden, B. T., Favelukes S., Molz T.E., A History and Analysis of the Co-Ownership- Partnership Question, in TAX NOTES, n.106/2005, p.1175 ss.
- Borden, B. T., The Federal Definition of Tax Partnership, in Houston Law Review, n.4/2006, p.925 ss.
- Borgioli A., Partecipazioni di società di capitali in società di persone, in RDC, n.1/1989, p.301 ss.
- Boria P., Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi, in RDT, 1995, p. 635 ss.
- Boria P., Diritto tributario europeo, Milano, 2017.
- Boria P., Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone, Milano, 1996.
- BORIA P., L'antisovrano: potere tributario e sovranità nell'ordinamento comunitario, Torino, 2004.
- Boria P., Sistema tributario, in Dig. Disc. Priv., Sez. Comm., 1997.
- Borio G.F., La tassazione dei non residenti: principi generali, normativa italiana, rapporti infracomunitari, normativa internazionale, formalità e rimborsi, rappresentazione fiscale, Milano, 2001.
- Boulogne G.F., Geursen W.W., Gaz de France: Dividends to Companies Not Listed in the Parent-Subsidiary Directive Are Not Exempt, in ET, n.4/2010, p.129 ss
- BOYER M., HILDERBRANDT M.W., Switzerland branch report, in IFA – 61th Congress of the International Fiscal Association (Kyoto, 2007), Conflicts on the attribution of income to a person, in Cahiers de droit fiscal international vol. 92 b), Rotterdam: International fiscal association, 2007, p. 639 ss.
- Bracco P., Dubbi ermeneutici sui profili transnazionali del regime della trasparenza fiscale delle società di capitali, in DPTI, n.1/2006, p.163 ss.
- Bramwell R.; Lindsay J., James A.; Hickey J., Collins M., Taxation of Companies and Company Reconstructions, Sweet & Maxwell's, 2009.
- Brauner Y., CCCTB and Fiscally Transparent Entities – A third Countries' Perspective, in LANG M. (a cura di), Corporate income taxation in Europe: the common consolidated corporate tax base (CCCTB) and third countries, Edward Elgar, 2013, p. 200 ss
- Bressan E., Stevanato D., Dividendi di società di capitali trasparenti: spetta l'esenzione oltre i limiti di reddito precedentemente imputato?, in DDT, n.3/2004, p. 432 ss.
- Brokelind C., The proposed amendements to the Parent-Subsidiary Directive: some progress?, in ET, 2003, p. 451 ss.
- Brokelind C., Towards a Homogeneous EC Direct Tax Law: An Assessment of the Member States' Responses to the ECJ's Case Law, IBFD, 2007
- Bromberg A.R., Ribstein L.E., Bromberg and Ribstein on partnership, Kluwer 2012.
- Brunelli F., Partnership and hybrid entities under the treaty, Atti del convegno IFA Joint italian British branches meeting, 4-5 maggio Firenze, 2001.



- Brunelli F., Partnerships under the OECD MC and the UK/Italy Treaty», in *Tax systems of UK and Italy: a comparative analysis* (a cura di A. Lupo), Milano, 2002, p. 59 ss.
- Bulgarelli F., Neutralità impositiva degli utili infragruppo, in A. Di Pietro (a cura di), *Lo stato della fiscalità nell'Unione europea*, Roma, 2003, p.564 ss.
- Buonocore V., *Istituzioni di diritto commerciale*, Torino, 2009.
- Burke C.K., *Federal Income Taxation of Partners and Partnerships in a Nutshell*, Thomson/West, 2005.
- Burmester K., Rosenbloom H.D., The New U.S.-Italy treaty: A U.S. Perspective, in *DPTI*, n.2/2009, p. 449 ss.
- Busato E., *Il diritto delle società commerciali nei paesi europei: aspetti civilistici e fiscali con statuti tipo e convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni*, Padova, 1998.
- Buscema A., Lupi R., Nuova trasparenza e vecchie tendenze giurisprudenziali sull'imputazione ai soci dei redditi accertati da società a ristretta base proprietaria, in *DDT*, n.9/2004, p.1117 ss.
- Buscema A., Lupi R., Società "trasparenti" e distribuzione delle riserve, in *DDT*, n.11/2004, p. 1477 ss.
- Caciolli T., La società semplice, tra mero godimento e attività economica non commerciale - Il commento, in *LS*, n.7/2017, p. 856 ss.
- Cahn A., *Comparative company law: text and cases on the laws governing corporations in Germany, the UK and the USA*, 2018, Cambridge University.
- Camisasca G.M., Con la nuova convenzione italia-usa regolata anche l'irap, in *Amministrazione e Finanza*, n.19/1999, p. 5 ss.
- Camisasca G.M., Con la nuova convenzione Italia-Usa regolata anche l'IRAP, in *Amministrazione e Finanza*, n.19/1999, p. 5
- Campobasso G. F., *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2002.
- Campobasso G.F., *Diritto commerciale*, Milano, 2015.
- Campolo G., Murphy R., Le partnerships a partecipazione mista e le convenzioni contro le doppie imposizioni sul reddito, in *DPTI*, n.3/2003, p.797 ss.
- Carinci A., L'accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci, in *RT*, n.1/2006, p.171 ss.
- Carlo C., Regimi di esenzione sui dividendi e sulle plusvalenze, credito d'imposta per le imposte assolate all'estero e partnerships non residenti: attuale regime e proposta di modifica, in *DPTI*, n.2/2005, p.445 ss.
- Carlo C., Spina F.M., le partnership joint ventures e le convenzioni contro le doppie imposizioni secondo l'OCSE, in *DPTI*, n.1/2001, p. 87 ss.
- Carotti F., Bucci M., Il regime di trasparenza fiscale per le società di capitali, in Cintolesi E. (a cura di), *La tassazione delle società nella riforma fiscale*, Milano, 2004, p. 57 ss.
- Caruso B., Gruppo Europeo di interesse economico, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, 2001.
- Caruso F., Armonizzazione dei diritti e delle legislazioni nella comunità europea, in *Enc. giur.*, II, 1988, aggiornamento 1993.
- Casado Ollero G., L'ordinamento comunitario e l'ordinamento tributario interno, in Amatucci F. (a cura di), *Trattato di diritto tributario. Annuario*, Padova, 2001, p.505 ss.
- Casalini M., Distribuzione di dividendi a società svizzera da società italiana partecipata tramite intestazione fiduciaria, in *Trusts e attività fiduciarie*, n.3/2010, p. 322 ss.
- Cavazzuti F., Di Pietro A., Fisco e sistemi fiscali, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1994.
- Celli R. Ferrazzi M., Italia e Usa rinnovano i «patti» fiscali, in *CI*, n.21/1999, p.877 ss.
- Ceriana E., La presunzione di distribuzione degli utili in presenza di società a ristretta base azionaria, in *DPT*, n.2/2004, p. 1451 ss.
- Cerioni L., Corporate tax harmonisation – Stage II: Coordination to fight tax avoidance and harmful tax competition, in Panayi C. H.J.I., Haslehner W., Traversa E., (a cura di), *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Edward El-gar Publishing, 2020, p.294 ss.

- Cervoni G., La convention fiscale entre l'Italie et la France, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, EGEA, p.203 ss.
- Cetra A., Diritto delle società, Torino, 2017.
- Christians A., A Global Perspective on Citizenship-Based Taxation, in Mich. J. of Int'l Law, n.38/2017, p. 193 ss.
- Cicognani, Società di fatto. II) Diritto tributario in Enc. giur. Treccani, XXIX, Roma, 1993
- Circolo A., Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria, in DPCE online, 2019/1
- Claes M., The primacy of EU law in European and national law, in Arnulf A., Chalmers D., The Oxford Handbook of European Union Law, Oxford University Press, 2015.
- Clayson M. , OECD Partnerships Report: Reshaping Treaty Interpretation?, in BTR, 2000, p. 71 ss.
- Clayson M., United Kingdom branch report, in IFA – 49th Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995), International income tax problems of partnerships, in Cahiers de droitfiscal international vol. 80a), The Hague: Kluwer Law International, 1995.
- Cnossen C., Monti's ECOFIN Discussion Paper, in Intertax, 1996, p. 228 ss.
- Cnossen S., Company Taxes in the European Union: Criteria and Options for Reform.” In Fiscal Studies, n.4/1996, p.67 ss.
- Coaccioli A., Manuale di diritto internazionale privato e processuale, Vol.1, Milano, 2011.
- Colombo G. E., La partecipazione di società di capitali ad una società di persone, in RS, 1998, p.1513 ss.
- Comuzzi P., Le società svizzere: chiarimenti ministeriali sulle CFC, in IF, n.13/02, p.1982 ss.
- Contaldi G., Il diritto di stabilimento in Tizzano, Trattati dell'Unione Europea, Milano, 2014, p.718 ss.
- Contrino A., Ancora sulla presunzione di distribuzione di utili occulti nelle società di capitali “a ristretta base proprietaria”, in RT, 2013, p.113 ss.
- Contrino A., Contributo allo studio del credito per imposte estere, Torino, 2012
- Contrino A., Credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero, Dig. Disc. Priv., Sez. Comm., Aggiornamento 2007.
- Contrino A., Dell'Era P., Commentario sistematico alla Convenzione italo-svizzera contro le doppie imposizioni su reddito e patrimonio, Lugano, 2007.
- Contrino A., Detrazione di tributi esteri, irrilevanza dello Stato della fonte e ruolo dei Trattati fiscali, in CT, n. 31/2007, p. 2716 ss.
- Contrino A., Il credito per le imposte assolute all'estero, in Tesauro F. (opera diretta da), Imposta sul reddito delle società (IRES), Bologna - Roma, 2007, p. 1073 ss.
- Contrino A., Il riporto delle eccedenze d'imposta estera; foreign tax credit; credito d'imposta; deducibilità fiscale delle imposte estere, in DPT, n.2/2007, p.271 ss.
- Contrino A., Italian tax treaties and domestic law: some remarks about the relationship between provisions on foreign tax credit, in Intertax vol.35, n.11/2007 p.647 ss.
- Contrino A., Italian tax treaties and domestic law: some remarks about the relationship between provisions on foreign tax credit, in INTERTAX, n.11/2007, p.647-652
- Contrino A., La Convenzione Italia-Svizzera contro le doppie imposizioni, in Garbarino C. (a cura di), Le Convenzioni internazionali in materia di imposte su reddito e patrimonio, Milano, 2002, p. 855 ss.
- Contrino A., La recente riforma del credito per le imposte estere: prime considerazioni sistematiche, in RT, n.2/2017, p.323 ss.
- Contrino A., Note in tema di dividendi “intraeuropei” e “beneficiario effettivo”, tra commistioni improprie della prassi interna e nuovi approdi della giurisprudenza europea, in Rivista Telematica di Diritto Tributario, n.1/2020, p.112 ss.
- Contrino A., Recenti indirizzi interpretativi sul regime fiscale di trust trasparenti, interposti e transnazionali: osservazioni critiche, in RDT, n.2/2011, p. 319ss.

- Contrino A., Redditi transnazionali e detrazione in Italia dei tributi assolti all'estero: il ruolo della stabile organizzazione, in RTDT, 2014, p.53 ss.
- Contrino A., Sui rapporti fra le discipline interna e convenzionale del credito per le imposte estere, in RDT, n.11/2007 p. 1007 ss.
- Cooper G., Gordon R.K., Taxation of Enterprises and Their Owners, in Thuronyi V., Tax Law Design and Drafting, IMF, 1998.
- Coppa D., Accertamento dei redditi prodotti in forma associata e litisconsorzio necessario in RT, n.4/2008, p.978 ss.
- Coppa D., L'accertamento dei redditi prodotti in forma associata tra principio di trasparenza e garanzia del diritto di difesa, in RT, 2008, p.413 ss.
- Coppa, Accertamento dei redditi in forma associata e litisconsorzio necessario, in RT, 2008, p. 978 ss.
- Coppola P., Il regime tributario delle poste di patrimonio netto tra norme civilistiche e fiscali, in RT, n.1/2007, p.78 ss.
- Coppola P., Lo scioglimento del vincolo sociale limitatamente ad un socio. Profili fiscali, Padova, 1996.
- Corapi D., De Donno Sforza B., Società (diritto comparato e straniero), in Enc. Giur. Treccani, XXIX, Roma, 1990.
- Corasaniti G., Diritto tributario delle attività finanziarie. Prima edizione. Milano: EGEEA, 2012.
- Corasaniti G., I profili internazionali e comparati dell'imposta regionale sulle attività produttive, in DPT, 1999, p.427 ss.
- Corasaniti G., Il regime tributario dei proventi derivanti dalla partecipazione agli organismi di investimento collettivo del risparmio, in DPT, n.1/1999, p.751 ss.
- Corasaniti G., L'Amministrazione finanziaria italiana riconosce l'applicabilità delle Convenzioni contro le doppie imposizioni anche ai fondi pensione, in DPT int., n. 2/2008, p. 936 ss.
- Corasaniti G., L'eliminazione della doppia imposizione nell'ordinamento italiano e nell'ordinamento federale tedesco, in DPT n.5/1997, p.433 ss.
- Corasaniti G., L'autonomia impositiva nell'ordinamento tributario tedesco, in DPT, n.2/2009, p.303 ss.
- Corasaniti G., La Convenzione fra l'Italia e la Germania contro le doppie imposizioni, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, EGEEA, p.219 ss.
- Corasaniti G., La disciplina dell'elusione internazionale nell'ordinamento federale tedesco, in Studi in Onore di Victor Uckmar, Padova, 1997, p. 268 ss.
- Corasaniti G., The new Italy-Germany tax treaty, in Tax Planning International Law Review, 1993, 2
- Cordeiro Guerra R., La potestà impositiva ultraterritoriale, in Cordeiro Guerra R., Diritto tributario internazionale. Istituzioni, Padova, 2016.
- Cordeiro Guerra R., Le fattispecie con elementi di estraneità, in Cordeiro Guerra R., Diritto tributario internazionale. Istituzioni, Padova, 2016.
- Corsini L., La società semplice e la gestione di patrimoni di famiglia, in il Fisco, n.27/2007, p. 3957 ss.
- Costa G. Ancora sul regime fiscale dei dividendi "in uscita" in contesto comunitario, in RDT, n.7-8/2010, p. 117.
- Costa G., Brevi note sugli aspetti internazionali e comunitari della trasparenza fiscale delle società di capitali, in (a cura di) Marino G., Temi attuali di diritto tributario, Milano, 2005, p.134 ss.
- Costa G., Profili internazional-tributari e di compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'istituti della trasparenza fiscale delle società di capitali, in DPTI, n.1/2005, p. 294 ss.
- Costi R., Società in generale, società di persone, associazione in partecipazione, Torino, 1991.
- Cottino G., Le società di persone, Bologna, 2019.

- Coustel A.S., France national report, in IFA – 68th Congress of the International Fiscal Association (Mumbai 2014), Qualification of taxable entities and treaty protection, in Cahiers de droit fiscal international Vol. 99 b), The Hague: Sdu Uitgevers, 2014., p. 335 ss.
- Cozian M., Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés, Petites affiches, 24 janvier 1996 no 11, p. 5.
- Cozian, Maurice, Les grands principes de la fiscalite des entreprises (4th ed. 1999).
- Crazzolaro A., Italian branch report, in IFA – 68th Congress of the International Fiscal Association (Mumbai 2014), Qualification of taxable entities and treaty protection, in Cahiers de droit fiscal international Vol. 99 b), The Hague: Sdu Uitgevers, 2014, p.435 ss.
- Cremona M., The Union as a global actor: roles, models and identity, in CMLR, n.41/2004, p. 553 ss.
- Crosti A., Cessioni di partecipazioni e di immobili localizzati in Francia”, in FCI, n. 5/2012, p. 19 ss.
- Crosti A., Société civile immobilière di diritto francese: trattamento fiscale in Italia, in FCI, n.11/2014, p. 5 ss.
- Croxatto G.C., Diritto internazionale tributario, in Dig. disc. priv., Sez. comm., IV, Torino, 1989.
- Czerwenka B., The Proposal for a Reform of German Maritime Law, in Basedow J., Magnus U., Wolfrum R. (eds.), The Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2009 & 2010, p. 57.
- D'Angelo G., La territorialità del tributo nell'era di internet, in Ianus, n. 11 / 2014, p. 27 ss.
- D'Alfonso G., L'IRAP nelle attività con l'estero, in IF, n.13/1999, p.4493 ss.
- D'Amico P., Common law, Torino, 2005.
- D'Angelo G., Integrazione europea e interpretazione nel diritto tributario, Padova, 2013
- Dal Cin E., La tassazione dei gruppi europei l'home State taxation, utopia o realtà?, in IF, n.29/2006, p.4502 ss.
- Damascelli D., I conflitti di legge in materia di società, Bari, 2004.
- Daniele L., Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza, libertà di circolazione, aiuti di Stato, Milano, 2012.
- Daniels T.H.M., International partnership : comparative law remarks on the taxation of income and the classification of foreign entities, in Intertax, n.8-9/1991, p. 354 ss.
- Daniels T.H.M., Issues in international partnership taxation: with special reference to the United States, Germany and The Netherlands, Kluwer, 1991
- Danon R., Switzerland's direct and international taxation of private express trusts: With particular references to US; Canadian and New Zealand trust taxation, Schulthess 2004.
- Danon R.J., Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection, in BIT, n.4-5/2014, p. 192 ss.
- Davies P.L., Gower and Davies' principles of modern company law, 2008, Thomson Sweet & Maxwell.
- Davies, P.M.A., Morse G., Palmer's limited liability partnership law, 2002, Sweet & Maxwell.
- De Ciccio A.M., Diritto tributario dell'Unione europea, in Dig. disc. priv., Sez. comm., 2015.
- De Donno Sforza B., Società (diritto comparato e straniero – postilla di aggiornamento), in Enc. Giur. Treccani, XXIX, Roma, 2001.
- De Hosson F.C., The Parent-Subsidiary Directive, in Intertax n. 10/1990, p. 428 ss.
- De Hosson F.C., On the controversial role of the European Court in corporate tax cases, in Intertax, n.6-7/2006, p. 294 ss.
- De Marco S., Considerazioni teorico-ricostruttive sul regime di tassazione per trasparenza nelle società a ristretta base sociale, in RTDT, n.8/2013, p.819 ss.
- De Marco S., Il principio di trasparenza per le società di capitali: dubbi su soggettività giuridica e responsabilità, in DPT, n.6/2008, p. 1129;
- De Marco S., Nuove applicazioni del regime di trasparenza fiscale, in BTI, n.9/2013, p.647 ss.
- De Marco, Il regime della tassazione per trasparenza delle società di capitali, Milano, 2014.

- Debatin H.. Analysis of the German tax system: general principles, taxation of income and capital, unilateral measures for the avoidance of double taxation, Amsterdam, IBFD, 1981.
- Del Federico Luca, Aspetti fiscali della limited liability partnership, in FI n.6/2007, p.500 ss.
- Del Federico Luca, Costituzione di una società nel Delaware, FI n. 6/2006, p.506 ss.
- Del Sole A. L'armonizzazione dell'imposizione societaria nell'Unione europea in FI, 2 / 2004, p. 135 ss.
- Dell'Anese L., L'evoluzione della disciplina antiabuso nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni sottoscritte dagli Stati Uniti, in DPT, n./1998, p. 697 ss.
- Dell'orso P., L'applicazione dell'art. 12 della convenzione Italia – Usa contro le doppie imposizioni con riguardo alle royalties maturate dai produttori fonografici, in Nota a Cass., sez. trib., 29 settembre 2006, n. 21220, Soc. Sony Music Entertainment c. Min. economica e fin.
- Della Rovere A., Pecorari F., Verso una base imponibile comune consolidata per le imprese UE, in IF, n.18/2018, p.1754 ss.
- Della Valle E., “Conduit companies” e beneficiario effettivo dei dividendi in uscita, in Riv. giur. trib., n. 1/2013, p.51 ss.
- Della Valle E., La nuova fiscalità cross-border per le imprese e gli investitori, in IF, n. 20/2015, p. 1907 ss.
- Della Valle E., La soggettività delle partnerships nel modello OCSE di convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni sul reddito: la prospettiva italiana, in DPTI, n. 3/2003, p. 753 ss.
- Deodato C., Gli incerti ed elastici confini delle attribuzioni dell'Unione Europea: la debole applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, in federalismi.it, n. 24/2018.
- Derouin P., Franch branch report, in Haase F (ed.), Taxation of International Partnerships: 15 Years OECD Partnership Report: Past, Present and Future, IBFD, 2014, p. 217 ss.
- Desax M., Switzerland branch report, in IFA – Congress of the International Fiscal Association (Rio de Janeiro, 1989), The disregard of a legal entity for tax purposes, in Cahiers de droit fiscal international Vol. 74a, p. 501 ss.
- Dezzani F., Dezzani L., Recesso del socio nelle società di persone: scritture contabili, in il fisco, 20/2008, p.3613 ss.
- Di Cesare F., La tassazione degli utili di partecipazione in società di persone estere: criticità e soluzioni applicative alla luce degli attuali criteri per l'individuazione dei regimi fiscali privilegiati, in BTI, 2018 n. 14, pp. 1062 ss.
- Di Dio A., Fresca M., Trust istituito in Italia e partnership estere, in IF, n.20/2016, p.1955 ss.
- Di Pietro A. (a cura di), Lo stato della fiscalità nell'Unione europea, Roma, 2003.
- Di Pietro A., L'integrazione fiscale europea e la sua interpretazione, in Bernardi A. (A CURA DI), L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea profili e limiti di un vincolo problematico, Napoli, 2015, p. 369 ss.
- Di Stefano A., Porcarelli A., Falduto G., Di Giandomenico F., La limitation on benefits clause nella convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e USA, in FCI, n.6/2019, p. 19 ss.
- Digregorio Natoli S., Recesso di socio da società personali: effetti civili e fiscali, in il fisco, n.45 / 2013, p.6973 ss.
- Diop N. B., Salvador M.-L., La transparence des personnes morales en droit fiscal, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, p. 265 ss.
- Direction Générale Des Finances Publiques (Public Finances Directorate General) Tax Policy Directorate – Bureau A, Overview of the French Tax System, Legislation in force as at 31 December 2016
- Direction Générale Des Finances Publiques, BOI-RFPI-CHAMP-30-20-20131007, del 7 ottobre 2013
- Doderò A., La tassazione per trasparenza delle società di capitali, in CT, n. 48/2004, p. 3822 ss.
- Doderò A., Modifiche al regime della trasparenza, in CT, 2006, p.2579 ss.
- Doderò A., Nuovi chiarimenti sulla trasparenza fiscale, in CT, 2005, p. 829 ss.

- Doernberg R., Van Raad K., The Forthcoming U.S. Model Income Tax Treaty and the Saving Clause, in *TNI*, n.5/1992, p. 780 ss.
- Doernberg R.L., Overriding tax treaties: the u.s. perspective, in *Emory International Law Review*, n. 9/1995, p. 110 ss.
- Doernberg- Van Raad, "Hybrid Entities and the U.S. Model Income Tax Treaty", in *Tax Notes Internat.*, 1999, p. 745 ss.
- Dominici R., La ratifica della convenzione Italia-Usa contro le doppie imposizioni: un decennio di innovazioni, in *FI*, n.3/2010, p. 209 ss.
- Dooley B., *International Taxation in America*, AuthorHouse, 2011.
- Dorfmueller P., Germany branch report, in IFA – 68th Congress of the International Fiscal Association (Mumbai 2014), Qualification of taxable entities and treaty protection, in *Cahiers de droit fiscal international Vol. 99 b*), The Hague: Sdu Uitgevers, 2014, p.358 ss
- Dorigo S., Doppia imposizione internazionale e diritto dell'Unione europea, in *RTDT*, n.1/2013, p.23 ss.
- Draetta U., La normativa italiana di applicazione del G.E.I.E., in *Riv. dir. comm. int.*, 1991, p.487 ss.;
- Durr S., Switzerland brach report, in in Haase F (ed.), *Taxation of International Partnerships: 15 Years OECD Partner-ship Report: Past, Present and Future*, IBFD, 2014, par. 15.2 ss.
- Dus S., Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni, in *IF*, n.31/2004, p.4835
- Eason A., Entity Entitlement to Treaty Benefits: A Conceptual Approach to some Practical Problems, in Arnold B.J., Sasseville J. (eds.), *Special Seminar on Canadian Tax Treaties: Policy and Practice*, Canadian Tax Foundation, 2000, p. 12:11 ss.
- Easson E.A., Thuronyi V., Fiscal Transparency, in Thuronyi V., *Tax Law Design and Drafting*, IMF, 1998
- Ebling K., Germany branch report, in IFA – 42th Congress of the International Fiscal Association (Amsterdam 1988), Recognition of foreign enterprises as taxable entities, in *Cahiers de droit fiscal international Vol. 73a*, p. 227-245
- Elgar encyclopedia of comparative law, Edward Elgar, 2012.
- Ellis M., The Influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation – Response to Prof Dr Klaus Vogel, in *BIT*, 2000, p. 618 ss.
- Emiliou N., *The Principle of Proportionality in European Law - A Comparative Study*, London, 1996.
- Engelen F. A., *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD, 2004
- Engelen F., Pötgens F.P.G., Report on "the application of the OECD Model tax convention to partnerships" and the interpretation of tax treaties, in *ET*, n.7/2000, p. 267 ss.
- Engelen F., Some Observations on the Legal Status of the Commentaries on the OECD Model, *BIT* 2006, p. 105 ss.
- Engelen F., Some Observations on the Legal Status of the Commentaries on the OECD Model, in *BIT*, 2006, p. 105 ss.
- Englmaier V.E., The relevance of founfamental freedoms for direct taxation, in Lang M., Pistone P., Schuch J., Staringer C., *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, Linde, 2018.
- Enriques L., Gelter M., How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law, *Tulane Law Rev.*, n..3/2007, p. 577 ss.
- Escalar G., Il nuovo regime di tassazione degli utili da partecipazione e dei proventi equiparati nel Decreto legislativo di 'riforma dell'imposizione sul reddito delle società, in *RT*, n.6/2003; Leo M., *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 2010, p.727; Corasaniti G., *Diritto tributario delle attività finanziarie*, Milano 2012, p.128
- Falsitta G., *Diritto tributario, Parte speciale: Il sistema delle imposte in Italia*, Padova, 2016.
- Falsitta G., *Diritto tributario: parte speciale: fiscalità nazionale e internazionale*, Milano, 2009.

- Falsitta G., Presupposto unitario plurisoggettivo, giusto riparto e litisconsorzio necessario nella solidarietà passiva tributaria, in RDT, 2007, P. 167 ss.;
- Falsitta, G., Problemi, vicende e prospettive della tassazione del reddito di impresa nell'ordinamento italiano, in AA.VV., La struttura dell'impresa e l'imposizione fiscale, Atti del convegno di San Remo 21-2 marzo 1980, Padova, 1981;
- Fanci P. e Moro Visconti G., Join ventures e riforma del sistema fiscale, in IF n. 16/2004, p. 1-2369 SS.
- Fanelli R., IRAP: I chiarimenti dal ministero, in Pratica Contabile, n.7/1998, p.297 ss.
- Fanelli, Quando gli utili extrabilancio sono tassabili in capo ai soci, in CT, 2000, p. 2129 SS.
- Fantozzi A., I rapporti di gruppo, in RDT, n.4/ 2004.
- Fantozzi A., Il diritto tributario, Torino, 2003.
- Fantozzi A., Il rapporto tra norme convenzionali e norme interne: il problema del c.d. treaty override nella prospettiva attuale, in (a cura di) Albertini F.- Ragucci G., Costituzione, Legge, Tributi, Scritti in onore di Gianfranco Gaffuri, Milano, 2018.
- Fantozzi A., Il regime della trasparenza per le società di capitali, in F. Paparella (a cura di), La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete, Milano, 2006, p. 17 ss.
- Fantozzi A., Spoto A., Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali, in RDT, n. 1/2003, p. 685 ss.
- Fantozzi A., Vogel K., Doppia imposizione internazionale, n Dig. disc. priv., Sez. comm., V, Torino, 1989.
- Fantozzi, A., Paparella, F., Lezioni di diritto tributario dell'impresa, Padova, 2014.
- Farmer P., The Court's case law on taxation: a castle built on shifting sands?, in ECTR, n.2/2003, p.75 ss.
- Fedele A., Appunti dalle lezioni di diritto tributario, Parte I, Torino, 2003.
- Fedele A., Diritto tributario (Principi), in Enc. dir., Annali, II, 2.
- Fedele A., Imposte reali ed imposte personali nel sistema tributario italiano, in Riv. dir. fin., 2002, p. 456 ss.
- Fedele A., La nuova disciplina Ires: i rapporti fra soci e società, RDT, n.1/2004, p. 485 ss.
- Fedele A., Osservazioni in tema di regolarizzazione delle società di fatto, in RT, n. 1, 1985, p.91 ss.
- Fedele A., Profilo fiscale delle società di persone, in RN, 1988, p. 549 ss. e in AA.VV., Commentario al Testo Unico delle imposte sui redditi ed altri scritti, Roma – Milano, 1990 p. 21 ss.
- Fedele A., Società in nome collettivo e in accomandita semplice: forme, esibizioni documentali e loro integrazione, in RN, n.1/1990, p. 1329.
- Ferranti G., Aliquota IRES "proporzionale" per imprese individuali e società di persone - La Postilla, in CT, 2008 n. 9, pp. 676 ss.
- Ferranti G., Cause di esclusione dall'opzione per trasparenza, in CT, 2005, p.7 ss.
- Ferranti G., È tassabile la differenza fra redditi imputati per trasparenza e utili distribuiti? In CT, n.46/2003, p.3783 ss.
- Ferranti G., Gli utili distribuiti da società nel regime della trasparenza, in CT, n.6/2005, p. 434 ss.
- Ferranti G., Le società commerciali tra professionisti dichiarano reddito d'impresa, in IF, n.26/2018, p. 2521 ss.
- Ferranti G., Utilizzabili solo dai soci le ritenute delle società di capitali trasparenti, in CT, n.40/2011, p.3263 ss.
- Ferri G., Manuale di diritto commerciale, Torino, 1996, p.264.
- Ferri M., Torise G., L'istituzione dell'IRAP nel panorama internazionale, in IF n. 18/1998, p.5787 ss.
- Ferroni B., Brexit: ancora un rebus per le imprese, IF, n.26/2019, p. 2555 ss.

- Fett E., *Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situations*, IBFD, 2014.
- Fibbe G.K., *EC Law Aspects of Hybrid Entities*, IBFD, 2009.
- Ficari V., Art. 115 (Opzione per la trasparenza fiscale) – Art. 116 (Opzione per la trasparenza fiscale delle società a ristretta base proprietaria), in Tinelli (a cura di ), *Commentario al Testo Unico delle Imposte sui redditi*, Padova, 2009.
- Ficari V., *L'evoluzione delle vicende processuali dei rapporti tra soci e società trasparenti*, in RT, n.4/2007 n. 4, p. 1132 ss.
- Ficari V., *L'imposizione "per trasparenza" delle "piccole" società di capitali*, in ANTI-Associazione Nazionale Tributaristi Italiani (a cura di),
- *L'IRES due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte – libro bianco*, Milano, 2005."
- Ficari V., *Presunzione di assegnazione di utili extrabilancio ai soci e imputazione di costi fittizi*, in CT, 2008, p. 1054 ss.
- Ficari V., *Profili applicativi e questioni sistematiche dell'imposizione "per trasparenza" delle società di capitali*, in RT, n. 1/2005, p. 38 ss.
- Fichera F., *Federalismo fiscale e Unione europea*, in RT, n. 6/2010, pp. 1538 ss.
- Fichera F., *Fisco ed Unione europea: L'Acquis Communautaire*, in RDFSf, n.3/2003, pp. 427 ss.
- Fichera F., *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario*, in RDFSC, n.1/1998, p. 84ss.
- Fichera F., *L'armonizzazione delle accise*, in RDFSC, n. 2/1997, p. 216 ss.
- Filippi F., *Redditi prodotti in forma associata*, in Enc. giur. Treccani, XXVI, Roma, 1991.
- Flessati B., *L'accertamento unitario dei redditi prodotti dalla società di persone e dal socio*, in BTI, n.1/2003 n. 1, pp. 63 ss.
- Flora P., *Messi M., Tax Treatment of Dividends Distributed to Non-Resident Tax-Transparent Entities*, in *Derivatives & Financial Instruments*, maggio/giugno 2007, p. 77 ss.
- Fois P., *Rapporti tra diritto interno e diritto comunitario*, in Enc. Giur. Treccani, 1992.
- Fort G., *Dividendi di fonte italiana distribuiti a soci non residenti* in CT, n.15/2000, p. 1078 ss.
- Fort G., *La nuova convenzione Italia-Stati Uniti: le principali novità*, in CT, n.47/1999, p. 3529 ss.
- Fortunato N., *Le modifiche della compagine sociale nelle società tassate per trasparenza: spunti per una interpretazione sistematica*, in RT, n. 6/2005, p. 1868 ss.
- Fortunato S., *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, in Giur. comm., n.1/2003, p.736 ss.
- Fouquet O., *Sociétés étrangères transparentes et droit fiscal français*, in *Revue administrative* n.315/1999, p. 264 ss.
- Fox T., *Italy Germany tax Treaty: the German perspective*, in Garbarino C., *Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario*, Milano, 2002, p.269 ss.
- Frada de Sousa A., *Company's Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio*, Jean Monnet Working Paper 07/09.
- *France Business Law Handbook Volume 1 Strategic Information and Basic Laws*, IBP Inc., 2013.
- Frasoni G., *I criteri e principi direttivi della legge delega relativi ai soggetti passivi delle nuove imposte sui redditi (con particolare riferimento agli enti non commerciali)*, in RT, 2002, p. 2019 ss.
- Frasoni G., *La tassazione separata dei redditi delle imprese individuali e delle società di persone*, in RT, n.2/2008, pp. 326 ss.
- Frasoni G., *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004.
- Frasoni G., *Osservazioni in tema di responsabilità e rivalsa nella disciplina del consolidato nazionale*, in RDT, n.4/ 2004, p.516.
- Freedman J. & Crawford C., *Small Business Taxation*, Oxford University Centre for Business Taxation, Working Papers 2008.



- Freitas de Moraes e Castro L., Hybrid entities and instruments: are they adequately covered in the oecd model convention?, in DPTI, n.3/2009, p. 1445 ss.
- Fusaro A., Perpetuities, voce in Dig. disc. priv. sez. comm., XIV, Torino, 1995.
- Gabelli M., Associazione professionale non residente: redditi prodotti in Italia, in FI, 2007, p. 309 ss.
- Gabrielli R., Di Cesare F., Credito d'imposta per i redditi esteri: il riporto delle eccedenze di imposta secondo l'agenzia delle entrate, in IF n. 17/2015, p.1655
- Gaffuri A.M., La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero. Principi generali, Milano, 2008.
- Gaffuri G., I redditi prodotti in forma associata, in, Uckmar V. e Marongiu G. (coordinato da), Il reddito di impresa nel nuovo Testo Unico, Padova, 1988, p. 194 ss.
- Galetta D.U., Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo di rispetto del principio di proporzionalità, in Rivista It. di Dir. Pubbl. Com., 1997, p. 89 ss.
- Galgano F., Diritto del commercio internazionale, Padova, 2011.
- Galgano F., Diritto e prassi del commercio internazionale, Padova, 2010.
- Galgano F., Le società in genere, Le società di persone, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Messineo F. continuato da Schlesinger P., Milano, 2007, p. 74 ss.
- Gallea M., I nuovi obblighi dichiarativi nel quadro RW per i soci italiani di una S.C.I. francese, in IF, n.33/2010, p. 1-5295 ss.
- Galli C., Italy-France Tax Treaty, in ET, n. 2/1999, p. 49 ss.
- Gallisay S.G., Le "Limited Liability Companies" nella pratica societaria e fiscale internazionale, in DPT, n.2, 1999, p.85 ss.
- Gallisay S.G., Le "Limited Liability Companies": un nuovo strumento per le joint ventures tra Italia e USA, in LS, n. 4/1998, p.392 ss.
- Gallo F., Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale, in RT, n. 3/2000, p725 ss.
- Gambaro A., Monateri P.G., Sacco R., Comparazione giuridica, Dig. disc. priv. sez. comm., III, Torino, 1988.
- Gambaro A., Trust, in Dig. disc. priv. sez. comm., XIX, Torino, 1999,.
- Gangemi B., Credito d'imposta e redditi esteri, in BT, 1990, p. 66 ss.
- Gaoua N. Perdelwitz, A. Green Paper on Convergence in the Field of Corporate Taxation, in ET, n. 8/2012, p. 428 ss.
- Garbarino C. (a cura di), Aspetti internazionali della riforma fiscale. Milano, 2004.
- Garbarino C. (a cura di), Convenzione Italia - USA contro le doppie imposizioni. Commentario, Milano, 2001.
- Garbarino C., La tassazione del reddito transnazionale, Padova, 1990.
- Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, Milano, 2002.
- Garbarino C., Manuale di tassazione internazionale, Milano, 2008.
- Garbarino C., Principio di non discriminazione (diritto tributario comunitario), in Dig. disc. priv. sez. comm., 2008.
- Garbarino C., Redditi prodotti all'estero, in Dig. disc. priv. sez. comm., 1996.
- Garbarino C., Tassazione dei soggetti non residenti sui redditi prodotti in Italia, in Dig. disc. priv. sez. comm., 2012.
- Garbarino C., Tassazione dei soggetti residenti sui redditi prodotti all'estero, in Dig. disc. priv. sez. comm., , 2012.
- Garbarino C., Trasparenza fiscale, voce in in Dig. disc. priv. sez. comm., 2008.
- Garcea, Le perdite imputate per trasparenza sono ancora illimitatamente riportabili per i soci imprenditori? in DDT, 2007, p. 1033 ss.
- García Prats F.A., La jurisprudencia del TJCE y el artículo 33 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (De la asunción del principio de capacidad económica como principio

del ordenamiento comunitario), in *Revista Española de Derecho Financiero*, n.117/2003, p. 75 ss.

- Garesio G., Marulli M., *La società in generale, le società di persone, le società tra professionisti*. Torino, 2014.
- Garufi S., Garbarino C., *Contrastare le pratiche fiscali dannose in modo più effettivo: considerare la trasparenza e la sostanza*, in *FI*, n.7/2015, p. 10 ss.
- Gavelli G., Valcarengi G., *Deducibile la differenza da recesso dalle società di persone*, in *CT*, n. 44 / 2011, p.3726 ss.
- Gavioli F., *Quote societarie, la valutazione delle quote nelle società personali in ipotesi di recesso ed esclusione*, in *PFP*, n.47-48 / 2015, p. 34 ss.
- Gazzo M., *La tassazione per trasparenza: analisi di talune complessità operative*, in *FI*, n.5/2004, p. 399 ss.
- Gazzo M., *Trattamento degli utili distribuiti da società di persone italiane a soci non residenti*, in *FI*, n.1/2004, p. 49 ss.
- Genghini L., Simonetti P., *Le società di persone*, Padova, 2012.
- Genghini R., *Spunti per uno studio comparato della partecipazione di società di capitali a società di persone: la «GmbH & Co. KG»*, in *RDC*, n.1/1989, p. 409 ss.
- Gerner-Beuerle C., Schilling M., *Comparative company law*, Oxford University press, 2019.
- Ghidini M., *Società personali*, 1972, CEDAM
- Ghidini M., *L'associazione in partecipazione*, Milano, 1959,
- Ghionni P., *Società di mero godimento tra teoria generale e nuovo diritto societario*”, in *RS*, 2008, p. 1315 ss.
- Giacometti P., Setti della Volta C., *Dalla Cassazione una decisione di “sistema” su assoggettamento ad imposta e benefici convenzionali - il commento*, in *CT*, n.11/2019, p. 954 ss.,
- Giaconia M, Pregaglia A., *Proposta di direttiva CCCTB: prime reazioni di fonte italiana con le audizioni al Senato*, in *FICI*, n.9/2011, p. 5 ss.
- Giaconia M., Ricciardi M., *Le categorie di azioni con particolari diritti e gli strumenti partecipativi esteri*, in *CT*, n. 1/2004.
- Gialdino C.C., *Riflessioni sul carattere costituzionale dei Trattati istitutivi delle Comunità e dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, n.16/2018.
- Giardina, *La capacità giuridica tributaria degli enti collettivi non personificati*, in *RDFSFS*, n.1/1962, p. 269 ss.
- Giorgi S., *La Convenzione fra l'Italia e il Regno Unito contro le doppie imposizioni*, in Garbarino C., *Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario*, Milano, 2002, p.433 ss.
- Giovannini, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996.
- Glauser P.M. *Switzerland branch report*, in Gutmann D., *Corporate Income Tax Subjects: EATLP Annual Congress Lisbon 2013 (Vol. 12)*, IBFD, 2016, p. 487 ss.
- Glauser P.M., *Transparence fiscale: vers un nouveau mode d'allocation internationale du profit dans les groupes de sociétés*, in *Revue fiscale* 2006, vol. 7, p. 488 ss.
- Glover D.S.I., Wasserman C.M., *Partnerships, Joint Ventures & Strategic Alliances*, Law Journal Press, 2003.
- Gooijer D. J., *Tax Treaty Residence of Entities*, Kluwer, 2019.
- Gordon J.N., Ringe W.G., *The Oxford handbook of Corporate Law and Governance*, Oxford University Press, 2018.
- Gouthière B., *Les impôts dans les affaires internationales*, 10th édition, 2015, Levallois.
- Graetz M. J., *Foundations of international income taxation*, Foundation Press : Thomson, 2003.
- Graetz M. J., *The David R. Tillinghast Lecture: Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies*, in *TLR*, n.54/2001, p.261 ss.

- Graetz M. J., Warren A.C., *Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe*, Yale Law Journal, n.6/2006, p. 1186 ss.
- Grandinetti M., Alberto F., *Il principio cd di tassazione per trasparenza nelle imposte sui redditi*, in Preite F., Busi C.A., *Trattato sulle società di persone*, Torino, 2014, p. 3059 ss.
- Granelli, *Sull'imputazione dei redditi prodotti in forma associata a seguito di modificazioni del rapporto sociale intervenute in corso d'esercizio*, in BT, 1978, pag. 1552
- Gratani A., *La Cassazione individua i presupposti per tassare i dividendi erogati in Italia ad una società americana*, in Riv. Giur. Trib., n. 7/2000.
- Graziadei M., *Comparative law as the study of transplants and receptions*, in Reimann M., Zimmermann R. (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, 2006, p. 441 ss.
- Graziadei M., *Trusts nel diritto anglo-americano*, in n Dig. disc. priv. sez. comm., XVI, Torino, 1999, p. 256 ss.
- Graziano F., *L'imposizione dei redditi delle società di persone*, in CT, n.25/2001 p. 1869 ss.
- Greco E.F., *Treatment of Limited Liabilities Companies Under the United States - Italy Treaty*, in BIT, n. 8/1999, p. 371, ss.
- Greco L., *Dividendi da controllate tedesche e brasiliane: detassazione integrale?*, in FCI, n. 4/2011, p.9 ss.
- Greif, Fischer, *Germany branch report*, in IFA – 49th Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995), *International income tax problems of partnerships*, in Cahiers de droitfiscal international vol. 80a), The Hague: Kluwer Law International, 1995, p. 258 ss.
- Grilli S., *Applicazione delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni ai dividendi incassati da una partnership e ruolo del commentario Ocse nell'ambito degli strumenti interpretativi delle convenzioni alla luce di una recente sentenza di cassazione*, in DPTI, n. 2/2008, p.983 ss.
- Grilli S., *Brevi note in tema di applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni alle società di capitali trasparenti ai fini ires*, (Commento a ris. Agenzia entrate 19 dicembre 2005, n. 171/E), in RDT, n.9/2006, p.134 ss.
- Grilli S., *Tax treaty entitlement of investment funds*, in DPT int., 2004, p. 863 ss.
- Grosclaude J., Marchessou Ph. , *Diritto tributario francese. Le imposte - Le procedure* [traduzione a cura di E. De Mita], Milano, 2006.
- Guenther, D.A. 1990, *The effect of income taxes on the form of business entity*, University of Washington.
- Guignard D, Viguierj., *La transparence des personnes morales en droit administratif*, Presses de l'Université Toulouse.
- Gusmeroli M., *Applicabilità della Convenzione con lo Stato dei soci di un fondo trasparente*, in CT, n. 12/2009, p. 965 ss.
- Gusmeroli M., *Participants in Foreign Transparent Entity Denied Treaty Benefits (the Good, the Bad and the Ugly)*, in ET, n.12/2006, p. 588 ss.
- Gusmeroli M., *The Supreme Court Decision in the Government Pension Investment Fund Case: A Tale of Transparency and Beneficial Ownership (in Plato's Cave)*, in BIT, n.4/2010.
- Gusmeroli M., *Trasparenza e beneficiario effettivo nella caverna di platone - riflessioni sul caso government pension investment fund (Cassazione n. 4600 del 26 febbraio 2009)*, in BTI, n.6/2010, p. 413 ss.
- Gutmann D., *Corporate income tax subjects : 2013 EATLP Congress Lisbon, 30 May-1 June 2013, 2015, IBFD*
- Haase F., Steierberg D., *Germany branch report*, in Haase F (ed.), *Taxation of International Partnerships: 15 Years OECD Partnership Report: Past, Present and Future*, IBFD, 2014, par. 9.2.
- Haase F., Steierberg D., *Tax law in Germany*, Verlag C. H. Beck, München, 2012.
- HARRIS C. M., *The European Community's Parent-Subsidiary Directive*, in Florida Journal of International Law, n. 9/1994, p.111 ss.

- Harris P., *Corporate Tax Law: Structure, Policy and Practice*, Cambridge University Press, 2013, par.
- Haslehner W., Pantazatou K., Kofler G., Rust A., *A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive*, Edward Elgar Publishing, 2020.
- Helminen M., *EU Tax Law: Direct Taxation*, IBFD, 2011.
- Hepker M.Z., *A modern approach to tax law*, Heinemann; 2nd edition, 1975.
- Hinnekens L., The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to Member State direct taxation, in *ECTR*, n.3/2002, p. 112 ss.
- Hinnekens L., The Uneasy Case and Fate of Article 293 Second Indent EC, in *Intertax*, n. 11/2009, p.605 ss.
- Holmes K., *International Tax Policy and Double Tax Treaties*, IBFD, 2014.
- Hopt K.J., Hippel T.V., *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, Cambridge, 2010
- Hughes D., Recent changes to the UK tax credit regime, the abolition of ACT, and certain related matters, in *BIFD*, n. 1/1998, p. 19 ss.
- Iannaccone G., Perin L., *Stati Uniti d’America: diritto e fiscalità d’impresa*, Ipsoa, 2019.
- IFA – Congress of the International Fiscal Association (Rio de Janeiro, 1989), The disregard of a legal entity for tax purposes, in *Cahiers de droit fiscal international Vol. 74a*
- IFA – 42th Congress of the International Fiscal Association (Amsterdam 1988), Recognition of foreign enterprises as taxable entities, in *Cahiers de droit fiscal international Vol. 73a*
- IFA – 47th Congress of the International Fiscal Association (Florence, 1993), Interpretation of double taxation conventions, in *Cahiers de droit fiscal international vol. 78a*), Deventer: Kluwer law and taxation, 1993.
- IFA – 49th Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995), International income tax problems of partnerships, in *Cahiers de droit fiscal international vol. 80a*), The Hague: Kluwer Law International, 1995.
- IFA – 58th Congress of the International Fiscal Association (Vienna, 2004) Double non-taxation, in *Cahiers de droit fiscal international vol. 89a*), Rotterdam: International fiscal association, 2004.
- IFA – 59th Congress of the International Fiscal Association e (Buenos Aires, 2005), Source and residence : new configuration of their principles, in *Cahiers de droit fiscal international vol. 90a*), Rotterdam: International fiscal association, 2005.
- IFA – 61th Congress of the International Fiscal Association (Kyoto, 2007), Conflicts on the attribution of income to a person, in *Cahiers de droit fiscal international vol. 92 b*), Rotterdam: International fiscal association, 2007.
- IFA – 68th Congress of the International Fiscal Association (Mumbai 2014), Qualification of taxable entities and treaty protection, in *Cahiers de droit fiscal international Vol. 99 b*), The Hague: Sdu Uitgevers, 2014.
- IFA – Congress of the International Fiscal Association (Lausanne, 1973), Partnerships and joint enterprises in international tax law, in *Cahiers de droit fiscal international Vol. 58 b*), Amsterdam, Elvè, 1973.
- IFA, International tax problems of charities and other private institutions with similar tax treatment : proceedings of a seminar held in London in 1985 during the 39. Congress of the International Fiscal Association, 1986, Kluwer
- Infanti A.C., Moens B., United States branch report, in IFA – 68th Congress of the International Fiscal Association (Mumbai 2014), Qualification of taxable entities and treaty protection, in *Cahiers de droit fiscal international Vol. 99 b*), The Hague: Sdu Uitgevers, 2014, p.859 ss.
- Infanti C.A., United States, in Maisto G, *Tax Treaties and Domestic Law*, IBFD, 2006, p. 355 ss.
- Ingrosso M., *Il credito d’imposta*, Milano, 1984.
- Isenbaert M., *EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation*, IBFD, 2010

- Itzcovich G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2016.
- IZZI A., Sulla procedura per l'applicazione delle riduzioni d'imposta previste dalla convenzione italo-svizzera contro le doppie imposizioni (Nota a circ. min. finanze 4 febbraio 1980 n. 2), in RT, n. 4-5 /1980, p. 266 ss.
- Izzo B., Costo fiscale della partecipazione nel regime di trasparenza, CT, 2005, p. 918 ss.
- Izzo B., Miele L., La rideterminazione del reddito della società partecipata nel regime di trasparenza, in CT, n.23/2004, p.1783 ss.
- Jain K., The OECD Model (2017) and Hybrid Entities: Some Opaque Issues and Their Transparent Solutions, in BIT n.3/2019, p. 137 SS.
- Jalbert, T.J., *Pass-through taxation and the value of the firm*, Texas Tech University, 1997.
- Jansen J.J.M., Jansen S., *Fiscal Sovereignty of the Member States in an Internal Market: Past and Future*, Kluwer Law International B.V., 2011.
- Kaeser C., Commentary, in LANG M. (a cura di), *Corporate income taxation in Europe: the common consolidated corporate tax base (CCCTB) and third countries*, Edward Elgar, 2013, p. 220 ss.
- Kapteyn P.J.G., VerLoren van Themaat P., *Introduction to the Law of the European Communities*, London-The Hague-Boston, Kluwer Law International, 1998.
- Kemmeren E.C.C.M., After repeal of Art. 293 EC Treaty under the Lisbon Treaty: The EU objective of eliminating double taxation can be applied more widely, in ECTR, n.4/2008 p.156 ss.
- Kemmeren E.C.C.M., The CJEU and the internal market taxation, in Haslehner W., Kofler G., Rust A., *EU Tax Law and Policy in the 21st Century: Traditional and Innovative Trial Practice in a Changing World*, Kluwer Law International, 2016, p. 3 ss.
- Kim Y.R.C., Engineering Pass-Throughs in International Tax: The Case of Private Equity Funds, in San Diego L. Rev., n.3/2019, p.707 ss.
- Kinzl U.P., Germany branch report, in IFA – 61th Congress of the International Fiscal Association (Kyoto, 2007), Conflicts on the attribution of income to a person, in Cahiers de droit fiscal international vol. 92 b), Rotterdam: International fiscal association, 2007, p. 267ss.
- KIRSCH M., Taxing Citizens in a Global Economy, in NYU Law Rev., n.82/2007, p. 443 ss.
- Kofler G., Eu power to tax: competences in the area of direct taxation, in HJI Panayi C., Haslehner W., Traversa E., *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 11 ss.
- KOFLER G., Some Reflections on the 'Saving Clause', in Intertax, 2016, n. 8/9, p. 576 ss.
- Kofler G.W., The relationship between the fundamental freedoms and directives in the area of direct taxation, in DPTI, n.2/2009, p .471 ss.
- Kollmann J., Roncarati A., Staringer C., Treaty Entitlement for Fiscally Transparent Entities: Article 1(2) of the OECD Model Convention, in Lang M., Pistone P., Rust A., Schuch J., Staringer C. (eds), *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). The Proposal to Revise the OECD Model Convention*, Linde, 2016, p. 2 ss.
- Kouraleva-cazals P., France brach report, in Gutmann D., *Corporate income tax subjects : 2013 EATLP Congress Lisbon, 30 May-1 June 2013, 2015*, IBFD, pp. 75-83 & pp. 255-276.
- Krahmal A., International hybrid instruments: Jurisdiction dependent characterization, in Houst. Bus. Tax Law J., n. 5/2005, p. 98 ss.
- KUILE. B. H. ter, Taxation, Discrimination and the Internal Market, in ET, n.32/1992.
- Kuiper W. G., *Forme giuridiche di svolgimento dell'attività economica a livello internazionale e relative implicazioni fiscali*, in (a cura di) Dragonetti A., Piacentini V., Sfondrini A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2014, p. 27 ss.
- Kurstermann F., Un contratto tipico: il Gruppo europeo d'interesse economico, in Società, 1986, p.846 ss.
- *La struttura dell'impresa e l'imposizione fiscale. Atti del Convegno di S. Remo (dal 21 al 23 marzo 1980)* Padova, 1981.

- Laing S., Partnership Taxation 2015/16, Bloomsbury Professional, 2015.
- Lang J., I presupposti costituzionali dell'armonizzazione del diritto tributario in Europa, in Amatucci F. (a cura di), Trattato di diritto tributario. Annuario, Padova, 2001, p. 443 ss.
- Lang M. and Brugger F., The Role of the OECD Commentary in Tax Treaty Interpretation, in Australian Tax Forum, n.23/2008, p. 95 ss.
- Lang M., Later Commentaries of the OECD... Not to Affect the Interpretation of Previously Concluded Tax Treaties, in Intertax, n.1/1997;
- Lang M., Limitation of the Temporal Effects of Judgments of the ECJ, in Intertax, n.4/2007, pp. 230 ss.
- Lang M., Source versus residence: problems arising from the allocation of taxing rights in tax treaty law and possible alternatives. Kluwer Law International, 2008
- Lang M., Staringer C., Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection, in IFA – 68th Congress of the International Fiscal Association (Mumbai 2014), Qualification of taxable entities and treaty protection, in Cahiers de droit fiscal international Vol. 99 b), The Hague: Sdu Uitgevers, 2014, p. 17ss.
- Lang M., Tax Treaty Policy, Andersson K., Eberhartinger E., Oxelheim L. (eds), National Tax Policy in Europe, Heidelberg, 2007, p. 191 ss.
- Lang M., Taxation of income in the hands of different taxpayers from the viewpoint of tax treaty law, in BIFD, 2000, p. 596 ss.;
- Lang M., The application of the OECD model tax convention to partnerships: a critical analysis of the report prepared by the OECD Committee on fiscal affairs, Linde: The Hague, Kluwer law international, 2000.
- Lanteri N., La convenzione fra l'Italia e la Francia contro le doppie imposizioni, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, Milano, p.175 ss.
- Laroma Jezzi P., Brevi note in tema di trasparenza fiscale e capacità contributiva, in RDT, n.11/2006, p.901 ss.
- Laroma Jezzi P., Integrazione negativa e fiscalità diretta. L'impatto delle libertà fondamentali sui sistemi tributari dell'Unione Europea, Pisa, 2012
- Laroma Jezzi P., Recesso nelle società di persone: rilevanza fiscale delle somme liquidate ex art. 2289 c.c., in RDT, n.2/2001, p. 307 ss.
- Laroma Jezzi P., Territorialità e diritto UE: le "istruzioni per l'uso" delle libertà fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in RDT, 2013, p. 239 ss.
- Laroma Jezzi P., The rationales of tax entities - la ragion d'essere degli organismi fiscali, in Riv. di diritto societario, n. 2/2009, p. 352ss.
- Lavagna, Teoria dei soggetti e diritto tributario, in RDFSFS, n.1/1961p. 3 ss.
- Le Gall J.P, General Report, in IFA – 49th Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995), International income tax problems of partnerships, in Cahiers de droitfiscal international vol. 80a), The Hague: Kluwer Law International, 1995, p. 657 ss.
- Legge generale tributaria della Repubblica federale tedesca (Abgabenordnung). Traduzione italiana a cura di V.E. Falsitta, Milano, 2011.
- Lehner M., A significant omission in the Constitution of Europe?, in BTR, n. 4/2005, p. 337 ss.
- Lehner M., EC Law and the Competence to Abolish Double Taxation, in Gassner W., Lang M. and Lechner E. (eds), Tax Treaties and EC Law, Kluwer 1996, pp. 1 ss.
- Lener R., Comparazione giuridica e circolazione dei “modelli” nel diritto commerciale (a proposito delle “Lezioni di diritto privato comparato” di G.B. Portale), in Riv. di Dir. Soc., n.3/2007, p.159 ss.
- Leo M., Monacchi F., Schiavo M., Le imposte sui redditi, Milano, 1999.
- Liburdi D., Accertamento e sanzioni nella tassazione per trasparenza, in CT, 2005, p. 513 ss.
- Liburdi D., Le peculiarità della tassazione per trasparenza nel nuovo Testo Unico, in CT, n.31/2003, p.2529 ss.

- Liburdi D., Requisiti soggettivi e percentuali di partecipazione per l'accesso alla trasparenza, CT, 2005, p.91 ss.;
- Lignereux B., RAPPORT PARTICULIER N. 4: Le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés, Auditeur au Conseil d'Etat, Juin 2016.
- Locatelli G., La presunzione di distribuzione ai soci degli utili extracontabili delle società di capitali a ristretta base partecipativa, in CT, 2018, 2914 ss.
- Locher P., Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Steuer, Band I, Therwil/Basel.
- Locker P., Kommentar zum DBG - Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Band 2, Therwil/ Basel 2004, art. 49.
- LOCKER P., Kommentar zum DBG - Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Band 2, Therwil/ Basel 2004.
- Lodin S. O., Gammie M., Home State Taxation, IBFD Publications, Amsterdam, 2001.
- Lodin S. O., Gammie M., The taxation of the European Company, in ET, 1999, p. 286 ss.
- Lombardo M., Tassazione per trasparenza e socio non residente, in FI, 2006, p. 112 ss.
- Lopes Pegna O., Criteri di collegamento, in Baratta R. (a cura di), Diritto internazionale privato, Milano, 2010.
- Lovecchio L., Il criterio di trasparenza nella delega fiscale, in BT, n.19/2002, p.1369 ss.
- Lovecchio L., Il decreto ministeriale sulla trasparenza fiscale nelle società di capitali, in BT, n.10/2004, p.725 ss.
- Lovisolo A., Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione, in DPT, n.1/1983, p.1136 ss.
- Lovisolo A., La stabile organizzazione, in "Corso di diritto tributario internazionale", coordinato da V. Uckmar, Padova, 2002, p. 311 ss.
- Lubrano G., Tenore M., Spunti di riflessione sulle sentenze della Corte di Giustizia nelle c.d. cause danesi alla luce della giurisprudenza italiana, in Rivista Telematica di Diritto Tributario, n.1/2020, p.112 ss.;
- Lüdicke J., "Tax Arbitrage" with Hybrid Entities: Challenges and Responses, in BIT, n.6-7/2014, p. 309 ss.
- Ludovici P., Conidi L., La qualificazione dei dividendi di società emittenti estere e il credito d'imposta per i tributi assolti all'estero, in (a cura di) Maisto G., La tassazione dei dividendi intersocietari, Milano, 2011.
- Ludovici P., Recenti orientamenti di prassi amministrativa in merito all'applicazione dell'IRAP nei rapporti internazionali, in RDT, 1999, p. 41 ss.
- Lunelli R., Recesso da società di persone. Una disciplina fiscale ancora alla ricerche di conferme, in IF n. 33/2005.
- Lupetti M.C., Se siano ammissibili società semplici di «mero godimento», in Società (Le), n. 8/2009, p. 1026 ss.
- Lupi R., Rettifiche del reddito di società di persone e unitarietà del giudizio, in DT, 2008, p. 36 ss.
- Lupi R., Territorialità del tributo, in Enc. giur., XXXI, Roma, 1994.
- Lupi R., La trasmissione ai soci delle agevolazioni fruite da società trasparenti: una distinzione difficile da gestire in via interpretativa, in Lupi R., Stevanato D., La tassazione delle società nella riforma fiscale, Linee strutturali e riflessi applicativi, Il Sole 24 Ore, 2004, p. 227 ss.
- Lupoi, Trusts, voce in Enc. giur., XXV, Roma, p.472 ss.
- Luzzatto R., Azzolini C., Società (nazionalità e legge regolatrice), in Dig. disc. priv. sez. comm., XIV, Torino, 1997.
- MacKenzie K. - Kingdon G., Shadow ACT - Draft Regulations, in ET, n. 9/1998, p. 294 ss.
- Magenta M., Rolle G., Doppie imposizioni. La nuova Convenzione Italia - USA. Analisi delle principali disposizioni riguardanti i flussi transnazionali di reddito, in IF, n.42/1999, p.18 ss.

- Magenta M., Valente P., La Convenzione fra l'Italia e gli Stati Uniti contro le doppie imposizioni, in Garbarino C. (a cura di), *Le Convenzioni internazionali in materia di imposte su reddito e patrimonio*, Milano, 2002, p.805 ss.
- Magenta M., Valente P., La nuova Convenzione Italia-USA contro le doppie imposizioni, in *IF*, n.12/ 1999, p. 3936 ss.
- Magri G., IL riconoscimento delle società straniere dal codice del commercio del 1882, al codice civile del 1942, in (a cura di) Preite F., Busi C.A., *Trattato società di persone*, Tomo II Torino 2015, p. 2870 ss.
- Magri G., La Convenzione di Bruxelles sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche nella Cee del 1968, in (a cura di) Preite F., Busi C.A., *Trattato società di persone*, Tomo II Torino 2015, p.2889 ss.
- Maisto G., Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra «società madri» e «società figlie», Milano, 1996.
- Maisto G., Shaping Eu Company Tax Policy: Amending the Tax Directives, in *ET*, n. 8/2002, p. 287 ss.
- Maisto G., *Tax Treaties and Domestic Law*, IBFD, 2006.
- Maisto G., Temi attuali sull'interpretazione della direttiva madre-figlia, in Maisto G. (a cura di), *La tassazione dei dividendi intersocietari. Temi attuali di diritto tributario italiano, dell'Unione Europea e delle convenzioni internazio-nali*, 2011, Milano, p. 555 ss.
- Maisto G., The 2003 amendments to the EC Parent-Subsidiary Directive: what's next?, in *ECTR*, n.13/2004, p. 164 ss.
- Maisto G., The Observations on the OECD Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties, in *BIT* 2005, p. 14 ss.
- Maisto G., Brevi riflessioni sulla evoluzione del concetto di “genuine link” ai fini della territorialità dell'imposizione tributaria tra diritto internazionale generale e diritto dell'Unione Europea, in *RDT*, n.10/2103, p. 889 ss.
- Malherbe P., *Elements of international income taxation*, Bruylant, 2015.
- Malherbe J., Richelle P.I., Traversa, E., The impact of the rulings of the European Court of Justice in the area of direct taxation, 2010 update 2011 (No. IP/A/ECON/ST/2010-18//PE 457.367). Policy Department Economic and Scientific Policies. European Parliament.
- Manganelli A., Territorialità dell'imposta, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, XV, Torino, 1998.
- Manzitti A., Il foreign tax credit, in *Operazioni internazionali e fiscalità*, Milano, 1987, p.21 ss.
- Marasà G., *Le società. Società in generale*, 2. ed., Milano, 2000.
- Marchgraber C., *Double (Non-)Taxation and EU Law*, Kluwer Law International B.V., 2016.
- Marchisio S., La convenzione italo-svizzera sulle doppie imposizioni, in *RDI*, n.4/1981.
- Marelli E., Il regime di trasparenza, in Tesauro, F., a cura di, *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, Bologna, 2007.
- Marinello A., *Redditi di capitale e redditi diversi di natura finanziaria*, Torino, 2018.
- Marini G., La riforma del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero, in Esposito R. e F. Paparella (a cura di), *La nuova imposta sul reddito delle società. Atti del Convegno*, Napoli, 2006.
- Maronese A., l'inserimento delle società di persone tra i soggetti cui è applicabile la convenzione, in (a cura di C. Garbarino) *Convenzione Italia-USA contro le doppie imposizioni*, Milano, 2001, pag. 64 ss.
- Martínez Laguna F.D., Abuse and Aggressive Tax Planning: Between OECD and EU Initiatives – The Dividing Line between Intended and Unintended Double Non- Taxation, in *WTJ*, May/2017, p.189 ss.
- Martini R., Corporate Tax Subjects: National Report Germany, in in Gutmann D., *Corporate Income Tax Subjects: EATLP Annual Congress Lisbon 2013 (Vol. 12)*, IBFD, 2016, p.279 ss.
- Marzorati G., L'attività produttiva svolta all'estero ai fini Irap, in *CT*, n. 48/1999, p.3582 ss.
- Masi P., *Il Gruppo Europeo di Interesse economico*, Torino, 1994.



- Mastellone P., Il trattamento impositivo dei "residenti non domiciliati" nel Regno Unito e la sua legittimità nel panorama internazionale, in DPTI, 2009, n. 3, parte I, p. 1369
- Mastroberti A., Tassazione domestica per i redditi imputati al socio cipriota, in PFP, n.5/2006, p.28 ss.
- Mattei U., Circolazione dei modelli giuridici, Enc. Dir., [Annali I, 2007].
- Mattei U., Il modello di common law, Torino, 2018.
- Mayr S., La riforma Visco e soggetti non residenti: la dual income tax, in CT, n.41/1998, p.3028 ss.
- Mayr S., «Riforma Visco» e soggetti non residenti: IRAP e redditi di capitale e diversi, in CT n.45/1998, p.3332 ss.
- Mayr S., Brevi note sulla tassazione in Italia degli utili di partecipazione in società di persone estere, in BT, n. 20/2012, p. 1433 ss.
- Mayr S., Convenzione Italia-Regno Unito: credito d'imposta a senso unico, in CT n. 10/2000, p. 706
- Mayr S., Convenzione Italia-Regno Unito: credito d'imposta a senso unico, in CT, n.10/2000, p. 706 ss.
- Mayr S., Il nuovo regime di tassazione delle società di capitali e dei soci in Germania, in Bit, n.14/2002, p. 1450 ss.
- Mayr S., Il nuovo regime fiscale dei dividendi tra l'Italia e la svizzera, in BTI, n.12/2005, p. 927 ss.
- Mayr S., Implicazioni internazionali dell'istituzione dell'IRAP, in CT n. 5/1997, p.341 ss.
- Mayr S., IRAP per i non residenti: considerazioni contro corrente, in CT, n. 1/1998, p.1 ss.
- Mayr S., La convenzione italo-svizzera, in BTI, n.22/1976, p. 1646 ss.
- Mayr S., La disciplina del credito per i redditi esteri, in BTI n. 10/2005, p. 741 ss.
- Mayr S., La nuova Convenzione Italia-Germania contro le doppie imposizioni, in CT, n.2/1993, p.79 ss.
- Mayr S., La nuova Convenzione Italia-USA contro le doppie imposizioni sul reddito, in BTI, n.11/2009 p.851 e n. 7/2010.
- Mayr S., La nuova Convenzione Italia/Francia per evitare le doppie imposizioni sul reddito, in BTI, n. 6-7-8/1993.
- Mayr S., La riforma fiscale in Germania per le imprese, in BTI, n.18/2007, p.1429 ss.
- Mayr S., Partecipazioni in società di persone estere: il credito d'imposta secondo la circolare n. 9/E del 5 marzo 2015, in BTI, 2015 n. 5, pp. 325 ss.
- Mayr S., Prime osservazioni sul decreto sull'internazionalizzazione delle imprese", in BTI, 2015, p. 645 ss.
- Mayr S., Redditi di partecipazione in una società di persone estera, in CT, n. 19/1990, p. 1301 ss.
- Mayr S., Società di persone estere: trattamento fiscale ai fini convenzionali, in CT, n. 11/1997, p. 788 ss.
- Mayr S., Società di persone: reddito imputato ai soci residenti in paesi con trattato, in CT, 1991, 1097 e ss.
- McCahery J.A., Corporate Governance of non-listed companies, 2008, Oxford University press
- Mcdaniel P.R., Ault H.J., Repetti J.R., Introduction to United States International Taxation, Kluwer Law International, 2005.
- Mcdaniel P.R., Ault H.J., Repetti J.R., Introduction to United States International Taxation, Kluwer Law International, 2005.
- Mckeew. S., Nelson W. F., Whitmire R. L., Federal Taxation of Partnerships and Partners, 4 th edition, Thomson Reuters, New York, 2007.
- Medici S., Convenzioni fiscali e principio di non discriminazione nel contesto dell'Unione europea, in DPT, n.3/1998, p.845 ss.
- Meier-Hayoz A., Forstmoser P., Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 2004.

- Melis G., Art. 165 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, in Falsitta G., Fantozzi A., Marongiu G., Moschetti F. (diretto da), Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo III. TUIR e leggi complementari (a cura di A. Fantozzi), Padova, 2011, p. 806.
- Melis G., Coordinamento fiscale nell'Unione europea, in Enc. Dir., Annali, I, Giuffrè, Milano, 2007.
- Melis G., Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi. Profili critici e ipotesi ricostruttive, Roma, 2008.
- Melis G., Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in RT, 2000, p.1151 ss.
- Melot N., Le Mentec F., France branch report, in IFA – 61th Congress of the International Fiscal Association (Kyoto, 2007), Conflicts on the attribution of income to a person, in Cahiers de droit fiscal international vol. 92 b), Rotterdam: International fiscal association, 2007, p.247 ss.
- Mencarelli S., art. 5 (redditi prodotti in forma associata), in Tinelli (a cura di), Commentario al Testo Unico delle Imposte sui redditi, Padova, 2009, p. 55 ss.
- Mencarelli S., Tinelli G., Lineamenti giuridici dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, Torino, 2013.
- Menegazzi Munari F., Gli enti collettivi negli accordi stipulati dall'Italia, Padova, 1978.
- MENÉTREY G., Commentario alla Convenzione sulla doppia imposizione fra l'Italia e la Svizzera, in Masshardt M.H.-Tatti Q.-Menétrey G., Commentario alla legge sull'imposta federale diretta, Lugano, 1985, p. 587 ss.
- Menti F., Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria, in DPT, n.3/2004, p. 421 ss.
- Menti F., Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società di capitali, in BT, n.4/2004, p.245 ss.
- Menti F., La liquidazione della società di persone e l'assegnazione al socio superstite dell'azienda sociale per la continuazione dell'attività d'impresa [nota a Cass., sez. trib., n.3671/2007], in RDT, n.9/2007, p. 504 ss.
- Menti F., La percezione dell'utile e l'imputazione del reddito ai soci delle società di persone, in DPT, n.4/2003, p. 1027 ss.
- Mercatali, Accertamento di maggiori redditi in capo a società di persone: efficacia ed effetti processuali e sostanziali nei confronti del reddito da partecipazione dei soci, in BT, 2004, p. 1296 ss.
- Merone C., Imputazione per trasparenza e responsabilità, tra società di persone e società di capitali, in DDT, 2005, p. 59 ss.
- Merone C., Stevanato D., La responsabilità dei soci nel regime di trasparenza di cui agli articoli 115 e 116 del T.U.I.R., in DDT, n.1/2005, p. 59 ss.
- Mesnooh J., Law and Business in France: A Guide to French Commercial and Corporate Law, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.
- Mezzetti S. Gallio F. Muradore, Recesso del socio attraverso l'acquisto di azioni proprie, in CT n. 29/2014, p.2265 ss.
- Miccinesi M., I tributi diretti erariali, in Russo P., Manuale di diritto tributario, Milano, 1996, p. 531 ss.
- Micheli G. A., Società di persone e società di capitali di fronte alla legge tributaria, in La struttura dell'impresa e l'imposizione fiscale (Atti del Convegno di S. Remo), Padova, 1981
- Micheli G. A., Tremonti G., Obbligazioni (diritto tributario), in Enc dir.,XXIX, Milano, 1979, p. 409 ss.
- Micheli G.A., Società di persone e società di capitali di fronte alla legge tributaria, in La struttura dell'impresa e l'imposizione fiscale, Atti del Convegno di S. Remo (21-23 marzo 1980, Padova, 1981, 47 ss.
- Micheli, Reddito di impresa e imprenditore commerciale, in RDFSFS, n.1/1974, p.406 ss.

- Michelutti R., Le proposte di modifica al credito per le imposte estere, in CT, 2015, p. 1618 ss.
- Micossi S., Parascandolo P., Triberti B., Efficient Taxation of Multi-National Enterprises in the European Union, in La Tassazione dell'impresa multinazionale nell'Unione Europea, Atti del Convegno Assonime Siena, 24-25 gennaio 2003, Aula Magna del Rettorato, Università degli Studi di Siena.
- Miele L., Regime di trasparenza fiscale e soci esteri, in CT, n. 4/2004, p. 259
- Miele L., Tassazione dei redditi nel regime di trasparenza, in CT, 9/2004, p.655 ss.
- Mignone G., L'associazione in partecipazione (Artt. 2549 – 2554), in Il Codice Civile. Commentario Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2008.
- Mills A., Rethinking Jurisdiction in International Law, British Yearbook of International Law, n.1/2014, p.187
- Miraulo A., I metodi per evitare la doppia imposizione nella Convenzione italo-tedesca del 18 ottobre 1989 in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio, in RT n. 6/1990, p.457 ss.
- Miraulo, Doppia imposizione internazionale, Milano, 1990.
- Monaco C., I principi di non discriminazione, non restrizione e ragionevolezza nel diritto comunitario e nel diritto del commercio internazionale: struttura, contenuto e incidenza sui sistemi fiscali nazionali, in RDFSFS, n.3/2006, p. 449 ss.
- Montalenti P., Il diritto societario dai "tipi" ai "modelli", in Giurisprudenza commerciale, n.4/2016, n. 4, parte I, p. 420 ss.
- Montuori N., Caruso P.P., Società semplice e mera detenzione di beni fruttiferi: un abbinamento da rispolverare?, in BT, n. 8/2008, p. 621
- Morse G., Partnership and LLP Law (8th edn), Oxford University Press 2015.
- Morse G., Partnership Law, Oxford University Press 2010.
- Morse G., Partnerships for the 21st Century? - Limited Liability Partnerships and Partnership Law Reform in the United Kingdom, in Singapore Journal of Legal Studies 2002, p. 455 ss.
- Mucciarelli F.M., Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi, Milano, 2010.
- Mucciarelli, Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari, in Giur. comm., n.6/2000, p.557 ss.
- Muffato R., La presunzione di distribuzione di utili occulti nel caso di rettifiche a società di capitali a base ristretta o familiare, in RDT, n.2/1999, p. 324 ss.
- Murphy R., Campolo G., Le partnerships a partecipazione mista e le convenzioni contro le doppie imposizioni sul reddito, in DPTI, n.3/2003, p.797
- Nikolakakis A. et al., Some Reflections on the Proposed Revisions to the OECD Model and Commentaries, and on the Multilateral Instrument, With Respect to Fiscally Transparent Entities, in BTR, n.3/2017.
- Nobili F. Zullo A., Convenzione multilaterale OCSE: utili da partecipazioni in società immobiliari, in FCI, n.2/2018, p. 18 ss.
- Nobili F., Graidì S., La disciplina dei capital gains, in Garbarino C. (a cura di), Convenzione Italia - USA contro le doppie imposizioni. Commentario, Milano, 2001, p. 177 ss.
- Nobili, Il credito per le imposte assolute all'estero: problemi applicativi e proposte di modifica, in Uckmar e Garbarino (a cura di), Aspetti fiscali delle operazioni internazionali, Milano, 1995, p. 216 ss.
- Nussi M., A proposito di accertamento del reddito delle società di persone e litisconsorzio necessario (verso un processo tributario sulle questioni?), in GT-Riv. giur. trib., 2008, p. 771;
- Nussi M., Spunti per una rimediazione della disciplina impositiva reddituale delle società di persone, in RDT n.1/1994, p. 733 ss.
- Oberson X., Droit fiscal suisse, Basel, 2012.
- Oberson X., Howard R. Hull, Switzerland in International Tax Law, IBFD, 2011.
- Oberson X., Hull H. R., Switzerland in International Tax Law, IBFD, 2011.
- Obrist V.T., Introduction au droit fiscal Suisse, Helbing Lichtenhahn, 2018.

- Odetto G., Dividendi di fonte estera: sintesi della disciplina, in PFP, 31 / 2007, p. 33 ss.
- Odower H., United States, in in Gutmann D., Corporate Income Tax Subjects: EATLP Annual Congress Lisbon 2013 (Vol. 12), IBFD, 2016, p.563 ss.
- Oliver P., Roth W.H., The internal market and the four freedoms, in CMLR n.1/2004, p. 407 ss.
- Orlandi M., Il recesso del socio nelle società di capitali con assegnazione di beni in natura, in IF, n.20/2011, p.3117
- Pace A., Ancora sulla trasparenza fiscale nell'IRES: quale continuità con l'istituto disciplinato nell'articolo 5 del Testo Unico, in BT, n.7/2004, p.485 ss.
- Palumbo A., Le società in generale e le società di persone, Milano, 2016.
- Panayi C. HJI, European Union Corporate Tax Law, Cambridge University Press, 2013.
- Panayi C. HJI, Haslehner W., Traversa E., (a cura di), Research Handbook on European Union Taxation Law, Edward Elgar Publishing, 2020
- Panayi HJI C., Advanced Issues in International and European Tax, LawBloomsbury Publishing, 2015.
- Pandolfini I., IRAP: the Regional tax on productive activities – International issues, in ET, 1999, p.253 ss.
- Panico P., Private foundations and trusts: just the same but different?, in TT, n.1/2016, p.132 ss.
- Panico P., Sviluppo delle fondazioni nel common law, in TAT, n.2/2018, p.129 ss.
- Paoleschi M., Il nuovo regime del credito d'imposta introdotto nel Regno Unito e il suo impatto sulla distribuzione dei dividendi a favore delle società madri italiane, in Rassegna di Fiscalità Internazionale, n. 2/1999, p. 84 ss.
- Paparella F., La presunzione degli utili nelle società di capitali a ristretta base sociale, in DPT, n.2/1995, p. 453 ss.
- Parada L., Double Non-Taxation and the Use of Hybrid Entities: An Alternative Approach in the New Era of BEPS, Amsterdam, 2018.
- Parada L., Hybrid Entities and Conflicts of Allocation of Income Within Tax Treaties: Is New Article 1(2) of the OECD Model (Article 3(1) if the MLI) the Best Solution Available?, in BTR, n.3/2018.
- Parada L., Tax Treaty Entitlement and Fiscally Transparent Entities: Improvements or Unnecessary Complications? In: Wheeler, J, (ed.) The Aftermath of BEPS. IBFD , Amsterdam, 2020.
- Parada L., The OECD "saving clause": an american-tailored provision made to measure the world, in RDFSFS n.1/2019, p. 17 ss.
- Pasa B., Common Law, in Dig. disc. priv. sez. comm., (I agg.), Torino, 2011.
- Pato A.C., Seize P.G., EC Law and Investment Funds: The Aberdeen Case, in ECTR n.3/2009, p.114 .
- Peeters B., van de Vijver A., ECJ Rules on Compatibility of Belgian Participation Exemption Regime with EC Par-ent-Subsidiary Directive, in ECTR, n.4/2009, p. 146 ss.
- Perin L., Tax Treaty Dialogue: Languishing Italy - US Tax Treaty Would Revise Mutual Agreement Procedure , in TNI, n. 9/2002, p. 1056 ss.
- Perrone Capano R., L'Europa tra debolezza dell'euro e crisi dello Stato fiscale. Una interpretazione funzionale, in RT, n. 5/2001, p.1319 ss.
- Perrone L., L'imposizione sul reddito delle società e degli enti non residenti, in RT, 1989, p. 495 ss.
- Perrone L., Problemi vecchi e nuovi in materia di imposizione sul reddito delle società e degli enti non residenti, in RT, n.5/2001, p.1228
- Petrelli G., Formulario notarile Commentato, vol. 3, Milano, 2006.
- Piacentini V., Bernacchi C., Principi generali di tassazione. La residenza, i redditi esteri dei soggetti residenti ed i redditi italiani dei soggetti non residenti, in Dragonetti A., Piacentini V., Sfondrini A. (a cura di), Manuale di Fiscalità In-ternazionale, IPSOA, 2014, p.373 ss.

- Piazza M., Azioni, obbligazioni e strumenti finanziari partecipativi nella riforma fiscale, in IF, n. 5/2004.
- Piazza M., Guida alla fiscalità internazionale, Milano, 2004.
- Piazza M., Resnati C., Brexit: impatto sulla tassazione delle operazioni finanziarie e relative ai beni immateriali, in FCI, n3/2020, p. 5 ss.
- Piazza M., Resnati C., Dividendi e plusvalenze: cambiano le percentuali di imposizione ma rimangono le vecchie incongruenze, in IF n.36/2017, p.3421.
- Piccardo A., Sul valore meramente indiziario della ristretta base azionaria ai fini della prova della distribuzione ai soci del maggior reddito accertato a carico di una società, in DPT, n.2/2000, p. 1122 ss.
- Piccardo A., Ancora in tema di presunzione di distribuzione ai soci dei maggiori utili accertati a carico di una società di capitali a ristretta base azionaria, in DPT 1998, p. 26 ss.
- Pickering A., Tax Treaty Policy Framework and Country Model, Papers on Selected Topics in Negotiation of Tax Treaties for Developing Countries, Paper No. 2-N, United Nations, May 2013.
- Pickering A., Taxation of non-resident service providers, in United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries, UN, 2013, p. 221 ss.
- Pijl H., The OECD Services Permanent Establishment Alternative, in ET, n.4/2008 p. 472 ss.
- Pistone P., Diritto tributario internazionale, Torino, 2017
- Pistone P., Weber D., The Implementation of Anti-BEPS rules in the EU: A Comprehensive Study, IBFD, 2018.
- Pleijsier A., The Agency Permanent Establishment, Maastricht, 2000.
- 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 DPT, 1/2006, p.47 ss.
- Poggioli, La limitata spendibilità delle perdite pregresse nei regimi opzionali di trasparenza, CT, 2006, p. 3169 ss.
- Ponzanelli G., Fondazioni in diritto comparato, in Dig. disc. priv., sez. civ., VIII, Torino, 1992.
- Potito E., Soggetto passivo di imposta, in Enc dir., XLII, Milano, 1990, p.1226 ss.
- Pozzo A., L'interpretazione delle convenzioni internazionali contro la doppia imposizione, in Uckmar, Diritto tributario internazionale, Padova, 2005, p. 145 ss.
- Procopio M.A., Imposta sul reddito delle società: luci ed ombre, in RT, 2004, p. 1966 ss.
- Proto V., Il Gruppo europeo di interesse economico, in Giur. comm., 1986, I, p.294 ss.
- Pugh R.C., Role of Tax Treaties in Characterizing Business Organizations as Partnerships or Corporations, in Reflections offertes a Paul Sibille, Bruxelles, Bruyillant, 1981, p.757 ss.
- Puri P. i soggetti passivi e il tema della soggettività tributaria, in Fantozzi, diritto tributario, cedam, 2012, p. 424
- Puri P., Zoppino A., Profili tributari delle "partnership" europee organizzate come fondi di fondi, in RT, n. 4 /2015, p.949
- Raby N., National implementation of the Parent-Subsidiary Directive. Some problems and opportunities identified", in ECTR, 1992, p.222 ss.
- Raimondo, Trasferimento delle agevolazioni nel regime di trasparenza, CT, 2006, p. 3411 ss.
- Rasi F., La "trasparenza per presunzione" delle società a ristretta base proprietaria: l'attendibilità della presunzione ed il problema della qualificazione del reddito, in Rivista trimestrale di diritto tributario, n. 1/2013, p. 119 ss.
- Rasi F., La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria, Padova, 2012.
- Rasmussen H., Between self-restraint and activism: A judicial policy for the European court, European Law Rev., 1988, p. 30 ss.
- Rebecca G., Sartori F., Aspetti fiscali del recesso da società di persone, in IF n. 21/2008, p. 3789 ss.

- Rebecca G., Sartori F., Risoluzione n. 64/E del 25 febbraio 2008. Aspetti fiscali del recesso da società di persone, in IF n. 21/2008, p. 3792 ss.
- Rebecca G., Zanetti E., Riforma tributaria Prime considerazioni sulla tassazione per trasparenza in capo ai soci degli utili delle società di capitali, IF, n. 14/2003
- Régil P.B., BEPS Actions 2, 3 and 4 and the Fundamental Freedoms: Is There a Way Out?, in ET, n.6/2016, p.230 ss.
- Reich M., Steuerrecht, 2nd edition, Zürich/Basel/Genf, 2012, p.195 ss.
- Reich M., Steuerrecht, Zürich/Basel/Genf, 2012.
- Rideau J., L'incertaine montée vers l'Union de droit. De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens, Paris, 2000.
- Righini A., Il trasferimento transnazionale della sede sociale, in Contratto e Impresa, n.3/2006, p. 755 ss.
- Righini A., Imputazione per trasparenza di redditi di società di capitali, commistione IRES-IRE e alterazioni delle progressività, in DDT, 2005, p. 1223 ss.
- Rinaldi D., L'applicabilità delle convenzioni contro le doppie imposizioni alle società di persone, in IF, 2002, p.356 ss.
- Rinaldi, Il regime delle srl trasparenti, tra regole «IRES» e mancata attuazione della delega, in DDT, 2004, p.729 ss.
- Rivier J.M., Le droit fiscal international, Neuchatel, 1983.
- Rizzardi R., I redditi finanziari: aspetti critici e possibili soluzioni, in CT, n.2/2019, p. 185 ss.
- Rizzardi R., Verso il reddito di impresa europeo, in CT, n.5/2020, p. 470 ss.
- Rizzo Marullo F., Branch Profit Tax negli Stati Uniti, in FI, n.1/2013, p.25 ss.
- Rizzo Marullo F., La normativa del Check the box nel diritto americano e le sue applicazioni, in FI n.8-9/2019 p.18 ss.
- Rizzo Marullo F., USA: self-employment tax, FCI, n.7/2019, p.33.
- Robert Y., Lauratet S., Tredaniel P.; Reillac A., Dividend Withholding Tax Levied on Investment Funds: Aberdeen and its Implications in France, in ET, n.12/2009
- Roccatagliata F., Direttiva madre-figlia: vantaggi fiscali cumulabili con il metodo dell'esenzione della convenzione italo-tedesca - il commento, in CT, n.3/2020, p. 222.
- Roccatagliata F., Diritto tributario comunitario, in V. Uckmar (coordinato da), Diritto tributario internazionale, 2005, p.1203 ss.
- Rohatgi R., Basic international taxation Richmond law & tax, Richmond Law & Tax Ltd, 2005.
- Rolle G., Belloni M., Il credito per imposte estere nel quadro ce del modello unico: le recenti indicazioni dell'agenzia delle entrate, in IF n.19/2015, p.1838 ss.
- Rolle G., Belloni M., Profili fiscali della partecipazione in società di persone estere, in IF, n.32/2014, p.3173 ss.
- Rolle G., Belloni M., Profili fiscali derivanti dalla partecipazione di non residenti in società trasparenti italiane, in IF n.28/2015, p.2749 ss.
- Rolle G., Disciplina delle società controllate estere e imposte pagate in Stati diversi da quello di residenza”, in il fisco, n. 5/2016, p.446 ss.
- Rolle G., Profili internazionali dell'Irap e configurabilità del credito per imposte estere su basi convenzionali, in IF, n.9/2015, p.846 ss.
- Rolle G., Ruocco A., Valente P., Il Coordinamento della Tassazione dei Redditi d'Impresa nell'Unione Europea, CSC Working Paper n. 40/2003.
- Rolle G., Turina A., Condizioni applicative e profili temporali della Convenzione Italia- Usa, in CT, n.11/2010, p. 888 ss.
- Romita E., Sandoli M., I dividendi Germania-Italia: applicazione cumulativa del regime comunitario e di quello convenzionale, in DPTI, 2004, p.1042 ss.
- Ros E., EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation, Kluwer Law International B.V., 2016

- Rosenbloom H. D., Langbein S., United States Tax Treaty Policy: An Overview, in CJTL, n.19/1981, p.359 ss.
- Rosenbloom H.D., Katz J.L., La cosiddetta «Branch Profits Tax», in (a cura di C. Garbarino) Convenzione Italia-USA contro le doppie imposizioni, Milano, 2001, pa.116 ss.
- Rossi A., Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina, Milano, 1988.
- Rossi C., Problematiche specifiche della trasparenza per le società a ristretta base proprietaria, in CT, n.3/2005, p. 190 ss.
- Rossi L., Angelucci P., Dividendi e crediti d'imposta esteri nella nuova Convenzione Italia-USA, in CT n. 19/2009, p. 1537 ss.
- Rossi M., Italy's New Check-the-Box Rules, in TNI, 2005, p. 330 ss.
- Rossi M., L'applicazione dei trattati fiscali alle "partnership" e agli enti ibridi, in AA.VV. (coord. da V. Uckmar), Diritto Tributario Internazionale, 2005 pp. 271ss.
- Rossi M., L'applicazione dei trattati fiscali alle "partnership" e agli enti ibridi, in Uckmar V., Diritto tributario internazionale, Milano, 2005, pag. 289 ss.
- Rossi P., EC Tax Law: prospettive di politica fiscale comunitaria alla vigilia della nomina della nuova Commissione europea, in IF n. 34/1999, p.11142 ss.
- Roxan I., Italy-United Kingdom tax treaty: the british perspective, in Garbarino C., Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio: commentario, Milano, p.482 ss.
- Ruchelman S.C., Hybrid entities in cross border transactions: the Canadian experience - The U.S. response, Published by the Practising Law Institute (PLI) in the Partnership Tax Practice Series: Planning for Domestic & Foreign Partnerships, LLCs, Joint Ventures & Other Strategic Alliances, 2008.
- Ruchelman S.C., Hybrid entities in cross border transactions: the Canadian experience - The U.S. response, Published by the Practising Law Institute (PLI) in the Partnership Tax Practice Series: Planning for Domestic & Foreign Partnerships, LLCs, Joint Ventures & Other Strategic Alliances, 2008
- Ruedin R., Droit des sociétés, Staempfli, 1999.
- Ruggeri A., 'Dialogo' tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in I quaderni europei, n. 59/2013.
- Russo A., L'opzione per la tassazione per trasparenza implica il litisconsorzio necessario giudiziale – commento, in IF, n. 20 / 2017, p. 1986 ss.
- Russo P., I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile, in (a cura di) Russo P., La riforma dell'imposta sulle società, Torino, 2005, p.72 ss.
- Russo P., I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile, in RDT, n.1/2004, p.313 ss.
- Russo R., Pedrazzini E., The only way out is the way through: Taxation of Partnership in Italy, in ET, n.4/2005, p. 138.
- Russo R., The OECD approach to partnerships - some critical remarks, in ET, n.4/2003, p. 123 ss.
- Saccardo N., Le recenti modifiche alla Convenzione tipo dell'OCSE e al Commentario, in RDT, n.4/2000, p. 261 ss.
- Sacchetto C., Il trattamento fiscale dei redditi prodotti in «joint ventures» internazionali dal «venturer» residente in Italia, in V. Uckmar, C. Garbarino (a cura di), Aspetti fiscali delle operazioni internazionali, Milano, 1995, p. 360 ss.
- Sacchetto C., L'imposta sul reddito delle persone giuridiche, in Amatucci A. (diretto da), Trattato di diritto tributario – I tributi in Italia, IV, Padova,1994, p. 61 ss.
- Sacchetto C., La tassazione delle società in Europa tra grandi scenari e realizzazioni concrete, in AA.VV., Gli aspetti fiscali dell'impresa, a cura di A. Amatucci, in AA.VV., Trattato di diritto commerciale, diretto da V. Buonocore, 2003, sez. I, tomo 8, p. 138.

- Sacchetto C., Territorialità (dir. tribut.), in Enc. giur., XLIV, 1992.
- Sacchetto C., Tutela all'estero dei crediti tributario dello Stato, Padova, 1978.
- Sacchetto, Armonizzazione fiscale nella Comunità europea, in Enc. Giur., II, 1998.
- Sacco R., Rossi P., Introduzione al diritto comparato, Torino, 2019.
- Sacco R., Sistemi giuridici (aspetti generali), in Dig. disc. priv., Sez. comm., 1998.
- Sacco, R., Circolazione e mutazione dei modelli giuridici, in Dig. disc. priv. sez. comm., Torino, 1988.
- Salom J., Income in Swiss and International Tax Law, in BIT, n.7/2011.
- Salom J., Salomé H., Switzerland branch report, in IFA – 68th Congress of the International Fiscal Association (Mumbai 2014), Qualification of taxable entities and treaty protection, in Cahiers de droit fiscal international Vol. 99 b), The Hague: Sdu Uitgevers, 2014, p. 797 ss.
- Salom J., The Attribution of Income in Swiss and International Tax Law, in BIT, n.7/2011, p.394 ss.
- Salomé H., International Taxation of Partnerships: Divergences in the Personal Attribution of Income, Bruylant, 2002.
- Salvadori M., Debernardi G., I criteri di collegamento in materia societaria, in Preite F., Busi C.A., Trattato sulle società di persone, Torino, 2014, p. 2909 ss.
- Salvi I., Schweizerische Besteuerung von internationalen Personengesellschaften, Archives de droit fiscal 64, 1995/96, Vol. 4, p. 183 ss
- Salvi I., Switzerland branch report, in IFA – 49th Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995), International income tax problems of partnerships, in Cahiers de droit fiscal international vol. 80a), The Hague: Kluwer Law International, 1995, p. 518 ss.
- Salvini L., La tassazione per trasparenza, in RT, 2003, p. 1504 ss.
- Santa Maria A., Diritto commerciale europeo, Milano, 2008.
- Santa Maria A., Problemi interpretativi della Convenzione CEE sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche, in Comunicazioni e Studi, XIII, 1969, p.291 ss.
- Sasseville J., A Tax Treaty Perspective: Special Issues, in Maisto G. (ed.), Tax Treaties and Domestic Law, vol. 2, Amsterdam, 2006, p. 49
- Saulle M.R., Ravvicinamento delle legislazioni (dir. comunit.), in Enc. del dir, II aggiornamento, 1998.
- Scalia R., L'imposizione delle società di persone nel quadro delle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni (DTCs), in n Preite F., Busi C. (a cura di), Trattato società di persone, Tomo II, Torino, 2015, p. 3292 ss.
- Scalia R., La tassazione transnazionale delle società di persone nel regime IRI, in DPTI, n. 4/2017 p.1186 ss.
- Scalia R., Le società di persone nella fiscalità internazionale, in Preite F., Busi C. (a cura di), Trattato società di persone, Tomo II, Torino, 2015, p. 3279 ss.
- Scardino C., La UE rilancia la base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB), in FCI, n.3/2016, p. 34 ss.
- Schäfer, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2013.
- Schaffner J., The OECD Report on the Application of Tax Treaties to Partnerships, in BIT, n. 5/2001, p.219 ss.
- Schermers H.G., Waelbroeck D.F., Judicial Protection in the European Union, Kluwer 2001.
- Schiavolin R., I soggetti passivi – Profili generali e territorialità dell'imposta, in Tesauro F. (diretta da), Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L'imposta sul reddito delle persone fisiche, I, Torino, 1994, p. 49 ss.
- Schiavolin R., I soggetti passivi – Redditi prodotti in forma associata, in Tesauro F. (diretta da), Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L'imposta sul reddito delle persone fisiche, I, Torino, 1994, p. 124 ss.



- Schiavolin R., I soggetti passivi, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – Imposta sul reddito delle persone giuridiche e Imposta locale sui redditi*, (a cura di) F. TESAURO, Torino, 1996, p. 35 ss.
- Schiavolin R., Il collegamento soggettivo, in Moschetti F. (a cura di), *La capacità contributiva*, Padova, 1993, p. 69 ss.
- Schmidt K., *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., 2002.
- Schön W., Neutrality and Territoriality – Competing or Converging Concepts in European Tax Law?, in *BIT*, n.4-5/2015, p.271 ss.
- Schrauwen A., Sources of EU law for integration in taxation, in Weber D., *Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration: Primary Law, Secondary Law, Soft Law, Coordination, Comitology and Their Relationship*.
- Schütze R., EU Competences: Existence and Exercise, in Arnulf A., Chalmers D., *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, 2015, p. 75 ss.
- Schwarz J., *Schwarz on tax treaties*, 2018, Kluwer.
- Schwidetzky W.D., A comparison of partnership income taxation in the United States and Germany: a study in differences, in *American University International Law Review*, n.10/1995, p.1331 ss.
- Scifoni G., Incompatibili con il diritto ue le penalizzazioni fiscali al rimpatrio di dividendi da società di paesi terzi - il commento, in *CT*, n.1/2019, p.92 ss.
- Seevers M.H., Taxation of partnerships and partners engaged in international transactions: issues in cross-border transactions in germany and the u.s., in *BTLJ*, 2002, p. 173 ss.
- Selicato P., Herrera M., Pedro M.G., Il concetto di tributo nel diritto comunitario [Relazione alla Conferenza Annuale dell'EATLP (European Association of Tax Law Professors), Caserta, 26 maggio 2005], in *RDTI*, n.2/2007, p. 103 ss.
- Sella P., Dividendi da stati terzi: incompatibilità della legislazione tedesca con il diritto UE, sentenza c-685/16 del 2018, in *FCI*, n.3/2019, p.16 ss.
- Sepio G., Lupi R., Tassazione per trasparenza delle società di capitali e soci non residenti, in *DDT*, 2004, p.285 ss.
- Sepio G., Soci non residenti, ritenuta sui dividendi e divieto di tassazione per trasparenza: una caudale inutile?, in *AA.VV.*, *La tassazione delle società nella riforma fiscale*, Lupi R. (coordinato da), Milano, 2004, p.228 ss.
- Sepio G., Tassazione per trasparenza delle società di capitali e soci non residenti, in *DDT*, 2004, p.285 ss.
- Sfrondini A., Nosedà G., Dividendi e plusvalenze su partecipazioni, in Dragonetti A., Piacentini V., Sfrondini A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2010, p. 619 ss.
- Sfrondini A., La stabile organizzazione, in Dragonetti A., Piacentini V., Sfrondini A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2010, p. 979 ss.
- Sfrondini A., Le partnership e la trasparenza fiscale, in Dragonetti A., Piacentini V., Sfrondini A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2010, p. 901
- Shapiro M., *Courts. A Political and Comparative Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press
- Shelling C., Swiss tax treaty policy in *BIT*, n. 5/2015, p. 216 ss.
- Sheppard L.A., Rossi A.A., Where is the Italian Treaty?, in *TNI*, 29 Aug. 2005, p. 791 ss., 10 Apr. 2006, p. 93 ss.
- Smit D.S., The influence of eu tax law on the EU Member States external relations, in Haslehner W., Kofler G., Rust A., *EU Tax Law and Policy in the 21st Century: Traditional and Innovative Trial Practice in a Changing World*, Kluwer Law International, 2016, p. 215
- Snape J., Corporate income tax subjetc in the United Kingdom, in Gutmann D., *Corporate Income Tax Subjects: EATLP Annual Congress Lisbon 2013 (Vol. 12)*, IBFD, 2016, p.535 ss.
- Stefoni M., Nuovi profili di convenienza della tassazione in Italia dei proventi delle partnership estere, in *FI*, 2004, p. 223 ss.

- Stefoni M., Nuovi profili di convenienza della tassazione in Italia dei proventi delle partnership estere, in FI, n.3/2004, p. 223
- Steindl M., Stiasny M., The Impact of the OECD Partnership Report (1999) on Tax Avoidance in Outbound Cases, in BIT, n.2/2014, p.112 ss.
- Stevanato D., Cossar L., L'assegnazione di azioni proprie come dividendi al vaglio dell'Agenzia delle Entrate, in DT, n. 2/2011, p.162 ss.
- Stevanato D., Il recesso da società di persone tra correttivi alla doppia imposizione e spunti per una revisione della disciplina, in DT, n.3/2008, p. 75 ss.
- Stevanato D., La presunzione di distribuzione ai soci del maggior reddito societario, in CT, 2004, p. 1011 ss.
- Stevanato D., La tassazione dei gruppi europei: l'Home State Taxation quale alternativa al consolidato "mondiale", in RT, n.4/2003, p.1248
- Stevanato D., Società "trasparenti" e responsabilità solidale, tra norme espresse e principi di sistema, in DDT, 2005, p. 63 ss.
- Stevanato D., Società di capitali trasparenti e successivi dividendi in capo ai soci: sunti per un approfondimento, in Lupi R., Stevanato D., La tassazione delle società nella riforma fiscale, Linee strutturali e riflessi applicativi, Il Sole 24 Ore, 2004, p. 222 ss.
- Stevanato D., Tassazione delle "partnership" e libertà di stabilimento. Nota a CGCE sez. I 6 dicembre 2007 (causa C-298/05), in CT, n. 4 /2008, p. 291 ss.
- Stitt I.P.A., Corporate Taxation in the EC, in BTR, n.2/1993, p.75 ss.
- Stolleis M., Europa, comunità di diritto, in Materiali per una storia della cultura giuridica, n. 2/2012, p. 293 ss.
- Studio della commissione Studi Tributari n. 61bis Approvato dal Consiglio Notarile Nazionale il 14/12/1991, Profili fiscali del GEIE
- Tahiraj R., Verso un modello fiscale comunitario per le piccole e medie imprese, in Rivista Piccola Impresa/Small Business, n.3/2008.
- Tarigo P., Diritto internazionale tributario, Torino, 2018.
- Tenore M., The parent-subsidiary directive, in Lang M., Pistone P., Schuch J., Staringer C., Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, Linde, 2018
- Terra B.J.M., Wattèl P.J., European Tax Law, Kluwer Law International, 2012.
- Tesauro G., Diritto comunitario, Padova, 2003.
- Thuronyi V., Comparative tax law, Kluwer law international, 2016.
- Timmermans C., The European Union's judicial system, in CMLR n.1/2004, p.393 ss.
- Tinelli G., Diritto tributario, Padova, 2016.
- Tinelli G., Parisi F., Società nel diritto tributario, in Dig. disc. priv., Sez. comm., XIV, Torino, 1997.
- Tizzano A., Sul divieto di discriminazione fiscale nella Cee, in Foro it., n.4/ 1996, p.318 ss.
- Tracy A. Kaye, "Direct Taxation in the European Union: From Maastricht to Lisbon", in Fordham International Law Journal, n.5/2012, p. 1231 ss.
- Tripoli P.F., Brevi note sull'interrelazione tra l'articolo 24 della Convenzione Italia-Germania e la Direttiva Madre-Figlia, in DPTI, 2009, p.1476 ss.
- Trutalli F., IRAP e non residenti: Accordo Italia-USA, in CT, n. 17/1998, p. 1281 ss.
- Tuissanint P., Bourtourault P.Y., France branch report, in IFA – 49th Congress of the International Fiscal Association (Cannes, 1995), International income tax problems of partnerships, in Cahiers de droitfiscal international vol. 80a), The Hague: Kluwer Law International, 1995, p.207 ss.
- Turri G., Fiscalità finanziaria: tassazione dei dividendi e delle plusvalenze, in DPT, n.3/2019, p. 989 ss.
- Uckmar V., Corasaniti G., Capitani Di Vimercate P., Diritto Tributario Internazionale, Milano, 2009.
- Uckmar V., Diritto tributario internazionale: manuale, Padova, 2012.

- Udina M., *Il diritto internazionale tributario*, Padova, 1949.
- Valente G., *Il nuovo regime delle ritenute convenzionali per dividendi, interessi e royalties*, in Garbarino C. (a cura di), *Convenzione Italia - USA contro le doppie imposizioni. Commentario*, Milano, 2001, p. 81 ss.
- Valente P., *Lotta all' evasione fiscale internazionale nel Modello statunitense di Convenzione contro le doppie imposizioni del 2016*, in IF, n.9/2016, p. 1860 ss.
- Valente P., *Base imponibile europea: evoluzione della fiscalità d'impresa tra coordinamento sovranazionale e competi-zione interstatale*, in RDTI n. 3/2006, p. 65 ss.
- Valente P., *Casi e Materiali di Politica Fiscale dell'Unione Europea e degli Organismi Sovranazionali*, Roma, 2018.
- Valente P., *Convenzione Italia – Usa: rassegna delle principali novità*, in IF, n.35/2010, p. 5678 ss.
- Valente P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano 2001.
- Valente P., *Elusione Fiscale Internazionale*, Milano, 2014.
- Valente P., *Elusione fiscale internazionale: strumenti unilaterali di contrasto e disposizioni convenzionali in materia di Treaty shopping*, in DPT, n. 2/1998, p. 11 ss.
- Valente P., *EU Tax Base: The Evolution of Company Taxation: Supranational Coordination and Interstate Competition*, in *International Tax Law Review*, n. 3/2006, p. 35 ss.
- Valente P., *Fiscalità internazionale - Irap, doppia imposizione in agguato*, in CI, n. 5/1997, p.692 ss.
- Valente P., Fleming N., Magenta M., Valente G., *La holding britannica*, in (a cura di) Valente P., *Le holding nella pianificazione fiscale internazionale*, in *Commercio Internazionale*, n. 12/1996
- Valente P., *IRAP e soggetti non residenti: collegamento con il territorio dello Stato*, in CT, n.10/1998, p.278 ss.
- Valente P., *La limitation on benefit clause*, in Garbarino C. (a cura di), *Convenzione Italia - USA contro le doppie imposizioni. Commentario*, Milano, 2001, p.234 ss.
- Valente P., *Lotta all' evasione fiscale internazionale nel Modello statunitense di Convenzione contro le doppie imposizioni del 2016*, in IF, n.9/2016, p.1860
- Valente P., M. Magenta, *Il riconoscimento del dell'Irap ai fini convenzionali*, in (a cura di C. Garbarino) *Convenzione Italia-USA contro le doppie imposizioni*, Milano, 2001, pag. 28 ss.
- Valente P., Magenta M., *Analysis of Certain Anti - Abuse Clauses in the Tax Treaties Concluded by Italy*, in *IBFD Bulletin* n. 1/2000, pag. 41.
- Valente P., Magenta M., *Irap: accreditabilità negli Stati Uniti*, in IF n. 25/1998, p. 8375.
- Valente P., Magenta M., Rolfe G., *Le modalità di riconoscimento del credito d'imposta e l'Irap*, in (a cura di C. Garbarino) *Convenzione Italia-USA contro le doppie imposizioni*, Milano, 2001, pag. 204 ss.
- Valente P., *Manuale di Politica Fiscale dell'Unione Europea e degli Organismi Sovranazionali*, Roma, 2017.
- Valente P., Smith J., *L'IRAP e rischi di doppia imposizione in ambito internazionale*, in CT, n.5/1997, p.161 ss.
- Valente P., *Vantaggi fiscali per le società nella proposta di direttiva UE sulla base imponibile comune*, in CT, n.16/2011, p. 1359 s..
- Valz C., La Pietra L., *Il regime fiscale di attrazione europea*, in FI, n. 6/2010, p. 451 ss.
- Van Gerven, *Bridging the gap between Community and national laws: Towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?*, in *CML Rev.* n.32/1995, p.701 ss.
- Van Raad K., *General report*, in *IFA – 42th Congress of the International Fiscal Association (Amsterdam 1988), Recognition of foreign enterprises as taxable entities*, in *Cahiers de droit fiscal international* Vol. 73a, p.21 ss.
- Van Thiel S., *Free Movement of Persons and Income Tax Law: the European Court in. Search of Principles*, IBFD, Amsterdam, 2002.
- Vanetti, *Il regime di trasparenza fiscale in presenza di soci non residenti*, in FI, 2005, p.201 ss.

- Vanistendael F., Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedoms? In ECTR n.2/2008, p.52ss.
- Varesino M., Il recesso da società di persone tra correttivi alla doppia imposizione e spunti per una revisione della disciplina, in Dialoghi Tributari, n.3/2008, p.75 ss.
- Vasapolli A., Vasapolli G., Variazioni del costo della partecipazione in società di persone, in CT, n.2/2009, p. 121 ss.
- Vasapolli G., La rilevazione delle imposte nella trasparenza fiscale, in CT, n.40/2006, p. 3185 ss.
- Vega Borego F.A., Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions, Deventer, 2005.
- Vermeulen E.M., The evolution of legal business forms in Europe and the United States : venture capital, joint venture and partnership structures, Kluwer law international, 2003.
- Veroi F., La Convenzione tra Italia e Francia contro le doppie imposizioni, IF, 1992.
- Vial E., Pianificazione fiscale internazionale: come ottimizzare la tassazione degli immobili”, in Azienda & Fisco, n. 13/2008, p. 17 ss.
- Vial E., Plusvalenze da vendita di partecipazioni estere tassate solo in Italia, in Azienda & Fisco, n. 1/2008, p. 55 ss.
- Vignando P. Home State Taxation, in il commercialista veneto, n. 161/2004
- Vignoli A., Le società di mero godimento tra assegnazione agevolata e trasformazione in società semplice, in RT, n.3/1998, p. 749 ss.
- Vignoli S., La tassazione in Italia delle plusvalenze realizzate da società francesi, in IF n.12/2017, p. 1158 ss.
- Villani M., Pansardi I., Determinazione, imputazione e tassazione dei redditi delle snc e delle sas, in Trattato sulle società di persone, Torino, 2014, p. 3075 ss.
- Viotto A., Il regime tributario delle plusvalenze da partecipazioni, Torino, 2013.
- Vogel K. Prokisch R., General Report, in Cahiers de droit fiscal international 1993, Vol LXXVIIIa, Interpretation of double taxation conventions, p. 55 ss.
- Vogel K., Double tax treaties and their interpretation, in ITBL, n.1/1986, p. 1 ss.
- Vogel K., Interpretation of tax law and treaties and transfer pricing in Japan and Germany, Kluwer law international, 1998.
- Vogel K., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Deventer, The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2014.
- Vozza A., La tassazione per trasparenza delle società di capitali, in Garbarino C. (a cura di), Aspetti internazionali della riforma fiscale, Milano, 2004, p.215 ss.
- Wall J., Italy-United States tax treaty: the american perspective, in Garbarino C. (a cura di), Le Convenzioni internazionali in materia di imposte su reddito e patrimonio, Milano, 2002, p. 844 ss.
- Ward D., The Role of Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Process, in BIT, 2006, p. 97 ss.
- Ward D.A., Avery Jones F.J. , de Broe L. and van de Wiele M., Ellis M.J. and van Raad K., Lenz R. and Torriente H., Miyatake T., Roberts S.I. and Goldberg S., Strobl J. and Killius J., Uckmar V., Giuliani F., Maisto G., A Resident of a Contracting State for Tax Treaty Purposes: A Case Comment on Crown Forest Industries, in Canadian tax journal, n.2/1996, p. 408 ss.
- Ward D.A., Use of foreign court decisions in interpreting tax treaties, in Maisto (ed.), Courts and Tax Treaty Law, IBFD, 2007, p. 175 ss.
- WATHELET, Direct taxation in the EU law: integration or disintegration?, in ECTR, n.1/2004, p. 2 ss.
- Wattel P., Marres O., The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretation of Tax Treaties, in ET, n.7/2003, p. 222 ss.
- Weeghel S.V., The Improper Use of Tax Treaties, With Particular Reference to the Netherlands and the United States, Kluwer, 1998.

- Weigmann R., La società in accomandita semplice, in Cottino G. (diretto da), Trattato di diritto commerciale, III, Società di persone e consorzi, Padova, 2004, p. 235 ss.
- Weigmann R., Luci ed ombre del nuovo diritto azionario, in Le società, 2003, p. 271 ss.
- Wheeler J., General Report, in IFA – 61th Congress of the International Fiscal Association (Kyoto, 2007), Conflicts on the attribution of income to a person, in Cahiers de droit fiscal international vol. 92 b), Rotterdam: International fiscal association, 2007, p. 17 ss.
- Wheeler J., Persons qualifying for treaty benefits, in United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries, UN, 2013, p. 51 ss.,
- Wheeler J., Persons Qualifying for Treaty Benefits, Papers on Selected Topics in Administration of Tax Treaties for Developing Countries, Paper No. 2-A, UN, May 2013.
- Wheeler J., The attribution of income to a person for tax treaty purposes, in BIT n.1/2005, p. 478 ss.
- Wheeler J., The Missing Keystone of Income Tax Treaties, IBFD, 2012.
- Wheeler J., The Missing Keystone of Income Tax Treaties, in WTJ, n. 2/2011, p. 247 ss.
- Wood R.W., Limited Liability Companies: Formation, Operation, and Conversion, Aspen Publishers, 2010.
- Wymeersch, Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo, in RS, 2003, 4, p. 729 ss.
- Zagà S., Determinazione, imputazione e tassazione dei redditi delle società semplici, in Trattato sulle società di persone, UTET, 2014, p. 3085 ss.
- Zagà S., La disciplina impositiva dei redditi delle società semplici, in DPT n.4/2014, p. 766 ss.
- Zanetti E., Riflessi fiscali e contabili in capo alla società del recesso del socio, in PT, n. 5/2003, p.5 ss.