

# **Centro Produttività Veneto**

**Fondazione Giacomo Rumor**

**Presenta**

## **"Collegato 2000, Finanziaria 2001 e dichiarazioni I.V.A. 2001: approfondimenti e riflessioni su alcune novità"**

**Coordinamento scientifico a cura di:**



**Lunedì 26 Febbraio 2001**

**Orario: 14.00 - 18.00**

**Sala convegni Carlo Pavesi  
c/o Banca Popolare di Vicenza**

# CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

## COMMISSIONE FISCALITA' INTERNAZIONALE

Roma, giugno 2000

### PARTE PRIMA

#### Art. 76, nuovi commi 7 bis e 7 ter, T.U.I.R.

Gruppo di studio:

Francesco Rossi Ragazzi (coordinatore)  
Rodolfo Cifrodelli  
Marco Contessotto  
Tommaso Maglione

\*\*\*\*\*  
-----  
\*\*\*\*\*

- Premessa generale.
- 1) Nuovi commi 7-bis e 7-ter e 7-quater dell'art. 76 del T.U.I.R.
- 2) Considerazioni critiche.
- 3) Orientamento in vigore presso altre legislazioni europee.
- 4) Conclusioni e proposte.
- Fonti bibliografiche.

## Premessa generale

L'abuso dei cosiddetti "paradisi fiscali" nell'ambito della pianificazione fiscale internazionale ha recentemente portato all'emanazione, sia in ambito interno che internazionale, di norme specifiche e di documenti programmatici volti a limitare tali fenomeni elusivi.

A livello di ordinamento interno, l'Italia ha emanato per la prima volta misure antielusive contro questo fenomeno con la Legge n. 413/1991 che ha previsto da un lato norme che stabiliscono il disconoscimento della deducibilità di taluni costi addebitati da entità costituite nei "paradisi fiscali" <sup>(1)</sup> e dall'altro, con riferimento ai dividendi distribuiti, il disconoscimento dei regimi di imposizione ridotta altrimenti applicabili <sup>(2)</sup>. Inoltre, la Legge 23 dicembre 1998, n. 448 ha introdotto il comma 2-bis all'art. 2 del D.P.R. 917/1986, volto a disconoscere, per presunzione *iuris tantum*, il trasferimento della residenza di una persona fisica in un "paradiso fiscale".

A livello Europeo, il Consiglio *Ecofin*, in data 1° dicembre 1998, ha approvato invece il "Codice di Condotta" in materia di tassazione delle imprese, al fine di scoraggiare l'introduzione di norme agevolative che influenzino la localizzazione di imprese in particolari territori dell'Unione Europea aventi regimi fiscali di favore.

In ambito internazionale infine, l'OCSE ha approvato, in data 9 aprile 1998, il rapporto *Harmful tax competition – An emerging global issue*, in materia di concorrenza fiscale dannosa, che, da un lato, individua le diverse tipologie di misure fiscali agevolative esistenti a livello mondiale per le attività di natura finanziaria e dall'altro, reca una serie di raccomandazioni per gli Stati membri. In particolare, con la raccomandazione numero uno, viene richiesto di considerare l'adozione di normative in merito alle cosiddette "società controllate estere" (*controlled foreign companies* o CFC) agli Stati che non l'abbiano già fatto, mentre, agli altri Stati, viene raccomandato di assicurarsi che le stesse normative siano applicate in maniera adeguata al fine di limitare pratiche fiscali dannose.

Muovendo dall'esigenza di uniformarsi a tale ultima raccomandazione, l'art. 1 del disegno di legge in materia fiscale collegato alla legge Finanziaria per il 2000 introduce nel D.P.R. 917/86 l'art. 127-bis, recante "*Disposizioni in materia di imprese estere partecipate*" e modifica altresì l'art. 76 del T.U.I.R., novellando i commi 7-bis e 7-ter e introducendo altresì il comma 7-quater, riguardanti la deducibilità di componenti negativi connessi a operazioni con imprese residenti in "paradisi fiscali".

Lo spirito alla base di tale intervento normativo è quello di eliminare il ricorso, da parte di persone fisiche, società ed enti residenti in Italia a "società di comodo" costituite in Paesi a fiscalità privilegiata, adottando da una parte il meccanismo dell'assoggettamento a tassazione in Italia di tutto il reddito prodotto dalle società controllate, prescindendo dalla distribuzione del reddito stesso (art. 127-bis, cosiddetta legislazione CFC) e dall'altra non ammettendo la deduzione, per le imprese residenti, dei componenti negativi derivanti da operazioni intercorse tra dette imprese e qualsiasi impresa domiciliata nei paesi in oggetto (commi 7-bis e 7-ter e 7-quater dell'art. 76).

\*\*\*\*\*

---

<sup>(1)</sup> Commi 7-bis e 7-ter dell'art. 76 del D.P.R. 917/1986.

<sup>(2)</sup> Art. 96 del T.U.I.R. .

In ordine ad una breve disamina del contenuto della prima delle disposizioni antielusive introdotte dall'art. 1 del d.d.l., l'art. 127-bis, appare opportuna un'introduzione al concetto di legislazione CFC.

In generale lo spirito della disciplina CFC è quello di attrarre a tassazione nel Paese di un determinato soggetto, i redditi delle società estere controllate dal soggetto medesimo, qualora queste siano localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata. Tale obiettivo può essere raggiunto con due approcci diversi:

- i) il "*Transactional approach*", che consiste nell'assoggettabilità a tassazione nel Paese di residenza del soggetto partecipante solamente di determinate categorie di reddito. Queste sono identificate nelle cosiddette "tipologie di reddito passive", comprendenti dividendi, interessi, royalties, canoni di locazione e redditi ottenuti dalle società di assicurazioni *captive*. Questo approccio, che tende quindi a colpire solamente le fonti di reddito potenzialmente più "pericolose", non necessita di alcuna definizione di paradiso fiscale né tantomeno di alcuna lista di paesi a fiscalità privilegiata (*black list*);
- ii) il "*Designated jurisdiction approach o Locational approach*" che, difformemente dal primo, prevede la tassazione nello Stato di residenza del soggetto partecipante dei redditi conseguiti dalle partecipate localizzate in Paesi a regime fiscale privilegiato, indipendentemente dalla tipologia di reddito conseguita.

Quest'ultima impostazione è quella seguita dal nuovo art. 127-bis, contenuto nel Collegato alla Finanziaria.

In buona sostanza la norma emananda prevede che il reddito delle società domiciliate in Paesi a fiscalità privilegiata, controllate da soggetti residenti, venga imputato "per trasparenza" a tali ultimi soggetti, in proporzione alle partecipazioni da questi detenute ed a prescindere dal momento della distribuzione dei relativi dividendi. A tal fine, la norma, prevede l'istituzione di un'apposita *black list*, allo scopo di individuare i Paesi in questione, permettendo però al soggetto residente di sottrarsi dall'applicazione della norma CFC qualora la controllata estera svolga una "attività industriale o commerciale effettiva nel mercato nel quale ha sede", oppure qualora sia possibile dimostrare che la detenzione della partecipazione nella estera non è diretta a fini elusivi. In proposito è previsto per il contribuente il diritto di interpello ai sensi dell'art. 21 della legge 30 dicembre 1991, n. 413.

Il reddito della società estera imputato in questo modo al soggetto residente è assoggettato a tassazione separata con l'aliquota media (del soggetto residente stesso), la quale non può essere comunque inferiore al 27%. La base imponibile è determinata in rapporto alle disposizioni in materia di reddito d'impresa di cui al T.U. delle imposte sui redditi 1986 n. 917; è consentito inoltre il riporto delle perdite a compensazione degli esercizi successivi ai sensi dell'art. 102 dello stesso T.U.I.R..

\*\*\*\*\*

## 1. Nuovi commi 7-bis e 7-ter e 7-quater dell'art. 76 del T.U.I.R. .

Si è detto che l'art. 1 del Collegato alla Finanziaria prevede, oltre all'introduzione di una "norma CFC" una sostanziale modifica alle disposizioni relative alla deducibilità dei componenti negativi, connessi ad operazioni eseguite con imprese residenti in Paesi a regime fiscale privilegiato.

In particolare, le modifiche in questione riguardano i commi 7-bis e 7-ter del vigente articolo 76 del T.U.I.R.

### A) Il comma 7-bis.

Il comma 7-bis attualmente (ancora) in vigore stabilisce: "*Non sono ammesse in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse tra imprese residenti e società domiciliate fiscalmente in Stati o territori non appartenenti alla Comunità economica europea aventi un regime fiscale privilegiato, le quali direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile. Si considera privilegiato il regime fiscale dello Stato o del territorio estero che esclude da imposte sul reddito o che sottopone i redditi conseguiti dalle predette società ad imposizione nella misura determinata complessivamente con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro delle finanze di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. Con decreti del Ministro delle finanze, sono indicati gli Stati o i territori esteri aventi un regime fiscale privilegiato*" <sup>(3)</sup>.

Il nuovo comma 7-bis, invece stabilisce: "*Non sono ammesse in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse tra imprese residenti e imprese domiciliate fiscalmente in Stati o territori non appartenenti alla Comunità europea aventi regimi fiscali privilegiati. Si considerano privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori individuati, con decreto del Ministro delle Finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ovvero della mancanza di un adeguato scambio di informazioni, ovvero di altri criteri equipollenti*".

In merito al nuovo contenuto della norma si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Diversamente dalla norma attualmente in vigore, che limita la propria operatività alle transazioni *intra* gruppo, la norma in approvazione si applica invece alle operazioni compiute con tutte le imprese estere, anche "terze", fiscalmente domiciliate in Paesi extra U.E., aventi regimi fiscali privilegiati (ed anche residenti nella U.E., ma con stabile organizzazione in Paesi extra U.E. a fiscalità privilegiata).

Il collegato alla Finanziaria elimina, infatti, innanzitutto il requisito del controllo, diretto o indiretto, che doveva sussistere tra l'impresa italiana e quella estera. Questa modifica si è resa necessaria in quanto il citato rapporto di controllo era in concreto difficile da dimostrare da parte dell'Amministrazione Finanziaria e facilmente eludibile per il contribuente.

Rispetto all'attuale versione, inoltre, le norme del collegato non richiedono più che vi sia una società ma fanno riferimento ad un più semplice concetto di "impresa".

---

<sup>(3)</sup> Si veda il Decreto ministeriale datato 24 aprile 1992, altrimenti noto come *black list*.

Come l'attuale comma 7-bis, anche la nuova versione non sembrerebbe applicarsi alle prestazioni effettuate da professionisti che hanno sede nei Paesi a fiscalità privilegiata, in quanto il tenore della norma fa espressamente riferimento alle sole "imprese". In proposito è stata sollevata qualche perplessità in dottrina, sotto il profilo della coerenza e soprattutto dell'applicazione pratica della disposizione antielusione. Stando a tale impostazione risulterebbe infatti abbastanza facile abbattere il reddito imponibile dell'impresa italiana, utilizzando prestazioni della più svariata natura (ricerche di mercato, consulenze...) rese da parte di professionisti residenti in "paradisi fiscali".

Tale conclusione sembrerebbe appunto non in linea con le finalità della nuova disposizione, specie se si pensa che simulare una prestazione o una consulenza è sicuramente più semplice che farlo in relazione ad una cessione di beni o di un'altra operazione commerciale.

Le nuove norme rivisitano inoltre il concetto per l'individuazione degli Stati e i territori esteri soggetti a fiscalità privilegiata. Non si fa più riferimento al solo livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ma anche alla mancanza di un adeguato scambio di informazioni ovvero a criteri equipollenti. Per questo motivo gli Stati e territori esteri, tutti al di fuori dell'Unione europea, dovranno essere nuovamente individuati con decreto del Ministro delle Finanze da pubblicare nella "Gazzetta ufficiale": sarà quindi probabilmente necessaria l'istituzione di una nuova versione di *black list* per le imprese. In proposito va sottolineato che anche nell'altra misura antielusiva contenuta nel collegato alla Finanziaria (normativa CFC) si fa riferimento ad un elenco relativo a Stati e territori esteri a fiscalità privilegiata; tuttavia non è previsto, come per il caso in esame, che siano collocati fuori dell'Unione europea. Sarà quindi interessante vedere se la nuova *black list* sarà unica sia per le misure CFC che per quelle ex art. 76 del T.U.I.R., oppure, come sembrerebbe risultare dal tenore letterale delle due norme, i due elenchi saranno distinti.

#### B) Il comma 7-ter.

Il comma 7-ter (attualmente) in vigore stabilisce: "Le disposizioni di cui al comma 7-bis non si applicano quando le imprese residenti in Italia forniscano la prova che le società estere svolgono prevalentemente una attività commerciale effettiva ovvero che le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione. L'Amministrazione, prima di procedere all'emissione dell'avviso di accertamento di imposta o di maggiore imposta, deve notificare all'interessato un apposito avviso con il quale viene concessa al medesimo la possibilità di fornire, nel termine di novanta giorni, le prove predette. Ove l'Amministrazione non ritenga idonee le prove addotte, dovrà darne specifica motivazione nell'avviso di accertamento".

Il nuovo comma 7-ter contenuto nel collegato alla Finanziaria stabilisce invece: "Le disposizioni di cui al comma 7-bis non si applicano quando le imprese residenti in Italia forniscono la prova che le imprese estere svolgono principalmente un'attività industriale o commerciale effettiva nel mercato del paese nel quale hanno sede. L'Amministrazione, prima di procedere all'emissione dell'avviso di accertamento d'imposta o di maggiore imposta, deve notificare all'interessato un apposito avviso con il quale viene concessa al medesimo la possibilità di fornire, nel termine di novanta giorni, le prove predette. Ove l'Amministrazione non ritenga idonee le prove adottate, dovrà darne specifica motivazione nell'avviso di accertamento. La deduzione delle spese e degli altri componenti negativi di cui al comma 7-bis è comunque subordinata alla separata indicazione nella dichiarazione dei redditi dei relativi ammontari dedotti".

In primo luogo si rende necessario comprendere cosa si debba intendere per attività della società estera. Non appare infatti chiaro il significato da attribuire al termine "commerciale" usato nella norma. Non sembra possibile intenderlo nell'ampia accezione, recepita dal comma 1 dell'art.

51 del T.U.I.R., che comprende tutte le attività elencate all'art. 2195 del codice civile, quali ad esempio, quelle di intermediazione, bancarie ed assicurative. Infatti, in tale ipotesi, essendo già compreso nell'accezione "attività commerciali", il termine "industriali" recato dalla norma sarebbe privo di significato. Tale impostazione, che peraltro appare l'unica possibile, conduce a conseguenze assurde: le spese e i componenti negativi derivanti da operazioni svolte, per esempio, con imprese operanti in modo prevalente nel settore bancario, assicurativo o degli altri servizi ausiliari, non sarebbero mai deducibili per l'impresa italiana che non potrebbe in nessun caso invocare la prova contraria.

In secondo luogo occorre chiedersi che significato abbia l'espressione "...nel mercato del Paese...". In altre parole si rende necessario comprendere se il riferimento debba essere inteso nel senso che il mercato di riferimento o di sbocco commerciale dell'attività, sia essa industriale o commerciale, deve coincidere con quello del Paese in cui si trova la sede dell'impresa non residente.

Se questa fosse l'interpretazione corretta, si giungerebbe a risultati su cui è bene riflettere. Si ipotizzi infatti una società italiana (A) che acquisti beni da un'altra società (B) fiscalmente domiciliata in un paese a fiscalità privilegiata. Si ipotizzi, inoltre, che (B) svolga una effettiva attività industriale diretta alla produzione e alla vendita di beni, a mezzo di un insediamento con centinaia di dipendenti e rilevanti investimenti di tipo impiantistico. Si ipotizzi infine che tutte le cessioni avvengano nel rispetto della disciplina dei prezzi di trasferimento di cui all'art. 76, comma 5 del T.U.I.R.. Sarebbe quantomeno poco condivisibile che, anche in questo caso, le spese sostenute dalla società italiana (A) risultino indeducibili, escludendosi la prova contraria per il semplice fatto che l'attività industriale di (B) non si qualifichi come "principale nel mercato locale".

Inoltre, sempre al fine di individuare il mercato di riferimento, giova considerare un ulteriore aspetto: il comma *7-ter* fa riferimento al mercato del Paese in cui le imprese estere "hanno sede". Ed infatti, bisognerebbe in proposito comprendere a quale definizione di sede bisogna fare riferimento, potendosi immaginare una sede legale, una sede amministrativa ovvero una sede dell'insediamento non necessariamente coincidenti. Si ipotizzi il caso in cui un'impresa straniera abbia la sede legale in un Paese dell'Unione Europea ma sia fiscalmente residente in uno Stato a fiscalità privilegiata, in quanto lì abbia la sede amministrativa effettiva, possedendo, per ipotesi, l'insediamento principale in termini di dimensione in altro Stato. In questo caso sarebbe necessario comprendere quale è esattamente il mercato di riferimento ai fini dell'applicazione della norma.

Il comma *7-ter* contiene inoltre delle connotazioni relative al profilo procedurale dell'accertamento. L'Amministrazione, prima di procedere all'emissione dell'avviso di accertamento di imposta o di maggiore imposta, deve notificare all'interessato un apposito avviso con il quale viene concessa al medesimo la possibilità di fornire, entro il termine di 90 giorni, le prove che possano comportare la disapplicazione della norma antielusiva. Qualora queste non vengano considerate idonee, l'Amministrazione dovrà darne specifica motivazione nell'avviso di accertamento.

L'ultima parte del comma *7-ter* contiene infine una ulteriore specificazione: la deducibilità dei componenti negativi di cui al comma *7-ter*, è comunque subordinata al fatto che questi vengano separatamente indicati nella dichiarazione dei redditi presentata dal contribuente. A tal fine è agevole presumere che le imprese italiane interessate dovranno integrare il proprio piano dei conti, con apposite voci.

C) Il comma 7-quater.

Il comma in questione, totalmente aggiunto all'art. 76 del T.U.I.R. (attualmente) in vigore stabilisce: " Le disposizioni di cui ai commi 7-bis e 7-ter non si applicano per le operazioni intercorse con soggetti non residenti cui risulti applicabile l'art. 127-bis".

In pratica il comma in questione prevede che in caso di applicazione della norma CFC, non si debbano considerare i limiti alla deduzione dei costi di cui all'art. 76, comma 7-bis, del T.U.I.R.. Conseguentemente, la norma sull'indeducibilità dei costi relativi alle operazioni intercorse con imprese residenti in Paesi a fiscalità privilegiata opera, nel caso di Stato o territorio compreso sia nella *black list* relativa alla norma CFC sia in quella richiamata dall'art. 76, comma 7-bis del T.U.I.R.<sup>(4)</sup>, solamente laddove non si manifesti, da parte del soggetto residente, il controllo sull'impresa estera.

## 2. Considerazioni critiche

In aggiunta alle osservazioni svolte *supra*, appare di fondamentale rilievo considerare che un'ulteriore differenza rispetto all'attuale formulazione consiste nel fatto che l'attenzione del legislatore viene spostata dalla effettività dell'operazione alle caratteristiche soggettive del fornitore del bene o del servizio: la nuova norma recita infatti che un costo non è ammesso in deduzione qualora non sia provato che il fornitore non svolga, nel paese in cui lo stesso ha sede, una effettiva attività commerciale ed industriale. Pertanto dalla verifica della "sostanza" dell'operazione si passa al controllo dell'**attività** del soggetto controparte.

Per il soggetto acquirente si pone, dunque, la problematica del difficile reperimento della documentazione relativa al soggetto estero e all'attività che questo svolge, ai sensi del menzionato comma 7-ter.

Infatti, in un mondo sempre più contraddistinto da un'accentuata globalizzazione e dalla velocità delle contrattazioni anche internazionali attraverso moderne metodologie (si pensi al commercio via e-mail "*business to business*") un simile onere in capo all'impresa acquirente appare eccessivamente penalizzante per le concrete difficoltà di ordine pratico a cui la stessa dovrebbe far fronte.

D'altro canto tale ricognizione preventiva sullo *status* del fornitore è indispensabile al fine di acquisire la certezza della deducibilità fiscale di una determinata tipologia di costo, valutando così la stessa convenienza della relativa operazione, prima ancora che questa venga posta in essere.

Le problematiche suddette, peraltro, si vengono a porre anche per gli acquisti di beni da fornitori che - per dato di comune conoscenza - hanno una struttura industriale notevole ed indiscutibile.

Per un acquisto di cioccolata della "Nestlé" in Svizzera bisognerà infatti documentalmente provare che la "Nestlé", proprio in Svizzera, svolge una effettiva attività produttiva!

Pur tenendo presente che le nuove norme nascono per contrastare il fenomeno di evasione fiscale derivante dall'acquisto fittizio di beni o servizi da società "off-shore", sostanzialmente ma non formalmente controllate dalla stessa, non va dimenticato che non sempre il soggetto acquirente è connesso con tali operazioni elusive. Infatti in una pluralità di situazioni è lo stesso venditore a

---

<sup>(4)</sup> In proposito infatti, come si è già avuto modo di sottolineare, le liste dovrebbero essere separate.

trovare convenienza a collocarsi in certi paesi a fiscalità privilegiata per l'esistenza di contesti finanziari e di servizi non esistenti nei paesi di origine delle merci.

Si pensi alle "piazze finanziarie" e di *trading* di Hong Kong e di Singapore per la Cina, ed altri paesi del lontano oriente.

Penalizzare con la norma di indeducibilità in esame - che, allo stato dell'arte, appare davvero giuridicamente "volgare" - gli acquisti effettuati in tali paesi a prescindere dalla effettività dell'operazione e dalla normalità del corrispettivo, vorrebbe dire introdurre un forte elemento di "ritorsione" e, alla fine, formule di concorrenza sleale nel mercato mondiale.

La norma in essere, insomma, finisce per colpire il soggetto nazionale anche se questi non è chi compie l'elusione ma chi la subisce.

Inoltre, l'oggettiva indeducibilità del costo per i motivi contemplati dalla norma riferiti alla soggettività del fornitore e non all'effettività dell'operazione presta anche il fianco a profili di incostituzionalità (art. 53 della Costituzione), considerato che se il costo è vero e reale, la capacità contributiva del soggetto viene ad essere realmente incisa ed è illegittimo che il prelievo avvenga ugualmente su un corrispondente importo che non è reddito ma è spesa.

Si mette poi in luce come le norme in esame costituiscano, nell'ambito dei paesi della U.E., un caso "isolato" ed un regime estraneo a quelli in essi esistenti.

La ricognizione effettuata da questa Commissione, e riportata nella tabella *infra*, fa emergere chiaramente come il criterio guida assunto, pur nei paesi più attenti a queste problematiche (Francia, Germania, Belgio e Gran Bretagna) sia quello della verifica della effettività dell'operazione compiuta dall'impresa nazionale e della normalità del costo.

La Francia, in particolare, estende l'analisi anche alla destinazione dei movimenti finanziari collegati alle transazioni.

Nessun paese però vieta con una norma, come quella in esame, la deducibilità dei costi dei beni (per i quali si fa notare come esista già un meccanismo di controllo doganale trattandosi di importazioni da "*off-shore*") o dei servizi.

Si fa da ultimo notare come l'esimente del regime di applicabilità dei nuovi 7 bis e 7 ter disposta dal 7 quater nel caso di applicabilità del nuovo regime sulle C.F.C., in contemporanea discussione al Parlamento, sia logicamente errato, applicandosi detto regime delle C.F.C. **normalmente** dal 51% di partecipazione e eguale quota di trasparenza dei redditi, contro la totale indeducibilità del costo in caso di inapplicabilità delle norme C.F.C..

Esempio:

A) costo per acquisti di impresa italiana da off-shore non controllata: 100  
Indeducibilità: 100

B) costo per acquisto di impresa italiana da off-shore controllata al 51%: 100  
Indeducibilità: 0  
Maggior reddito per trasparenza C.F.C.: 51  
Differenza logicamente ingiustificata: 49

### **3. Orientamento in vigore presso altre legislazioni europee in materia di deducibilità di componenti negative di reddito, derivanti da operazioni con soggetti residenti in paesi a fiscalità privilegiata.**

Allo stato attuale le legislazioni della maggior parte dei paesi europei non evidenziano ancora una regolamentazione omogenea in materia di deducibilità di componenti negative di reddito derivanti da operazioni con soggetti *off shore* e solamente alcuni ordinamenti prevedono in tal senso norme *ad hoc*.

In linea generale, comunque, appare possibile affermare che l'orientamento delle Amministrazioni finanziarie sia quello, sulla base di un'indagine di tipo "oggettivo", di accertare se in concreto l'operazione presenti una effettiva "sostanza economica" riconoscendo, in caso affermativo, la deducibilità di tali componenti negative anche laddove queste derivino da operazioni con soggetti situati in paesi a fiscalità privilegiata.

In alcuni casi (Francia e Germania) la deducibilità è ammessa solamente laddove il contribuente fornisca all'Amministrazione finanziaria tutti gli elementi necessari che attestino la "buona fede" dell'operazione.

Nella tabella che segue sono riportati gli orientamenti seguiti da alcuni paesi europei.

Paesi	Costi derivanti da operazioni con soggetti residenti in paesi a regime fiscale privilegiato.
<b>GERMANIA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La deducibilità è ammessa a condizione che il contribuente identifichi con precisione il soggetto estero con il quale viene svolta l'operazione e metta altresì l'Amministrazione finanziaria a conoscenza di tutti i rapporti, diretti e per interposta persona, che egli intrattiene o ha intrattenuto con lo stesso. Rimane salvo, tuttavia, il diritto dell'Amministrazione di svolgere indagini;</li> <li>• l'Ufficio delle imposte può richiedere al contribuente un <i>affidavit</i> (dichiarazione giurata) che attesti la correttezza e l'esattezza delle proprie dichiarazioni o comunque che affermi che lo stesso contribuente non è a conoscenza di elementi utili ai fini dell'indagine;</li> <li>• la deducibilità delle componenti negative di reddito in questione risulta pertanto negata quando il contribuente non fornisca le necessarie informazioni all'Amministrazione o quando venga comunque accertato che l'operazione è stata posta in essere per fini elusivi.</li> </ul>
<b>FRANCIA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La deducibilità è ammessa a condizione che il contribuente fornisca la prova che tali componenti negative derivano da operazioni effettive e che l'importo delle stesse componenti non risulti anomalo o sproporzionato.</li> <li>• la deducibilità delle componenti negative di reddito in questione risulta pertanto negata quando il contribuente non fornisca le necessarie informazioni all'Amministrazione o quando venga comunque accertato che l'operazione è stata posta in essere per fini elusivi.</li> </ul>
<b>OLANDA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Non esiste alcuna normativa specifica (1);</li> <li>• la deducibilità è ammessa nei limiti del valore normale (<i>arm's lenght principle</i>);</li> <li>• vige il principio della <i>substance over form</i> per cui l'Amministrazione finanziaria può disconoscere la deducibilità delle componenti in argomento laddove ravvisi che l'operazione con il soggetto <i>off shore</i> non abbia sostanza economica.</li> </ul>
<b>INGHILTERRA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Non esiste una normativa specifica;</li> <li>• la deducibilità è ammessa nei limiti del valore normale (<i>arm's lenght principle</i>);</li> <li>• vige il principio della <i>substance over form</i> per cui l'Amministrazione finanziaria può disconoscere la deducibilità delle componenti in argomento laddove ravvisi che l'operazione con il soggetto <i>off shore</i> non abbia consistenza economica.</li> </ul>
<b>AUSTRIA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Non esiste una normativa specifica.</li> <li>• la deducibilità è ammessa nei limiti del valore normale (<i>arm's lenght principle</i>);</li> </ul>

<b>DANIMARCA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Non esiste una normativa specifica.</li> <li>• la deducibilità è ammessa nei limiti del valore normale (<i>arm's length principle</i>);</li> </ul>
<b>BELGIO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Non esiste una normativa specifica.</li> <li>• la deducibilità è ammessa nei limiti del valore normale (<i>arm's length principle</i>);</li> </ul>
<b>FINLANDIA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Non esiste una normativa specifica;</li> <li>• la deducibilità è ammessa a condizione che il costo sia stato sostenuto per la produzione di reddito tassabile in Finlandia, indipendentemente dal fatto che il fornitore sia localizzato in un paese a fiscalità privilegiata.</li> </ul>
<b>LUSSEMBURGO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Non esiste una normativa specifica.</li> <li>• la deducibilità è ammessa nei limiti del valore normale (<i>arm's length principle</i>);</li> </ul>
<p>(1) Particolari considerazioni valgono nel caso in cui risulti applicabile la cosiddetta <i>participation exemption</i>: in tale ipotesi infatti i costi "connessi" con i dividendi esenti da imposta non sono deducibili.</p>	

#### 4. Conclusioni e proposte della “Commissione Fiscalità Internazionale O. DD. CC.”

Lo sforzo intrapreso dall'Italia sulla base delle raccomandazioni dell'OCSE e dell'ECOFIN, concretizzatosi nell'articolo 1 del d.d.l. collegato alla Finanziaria 2000, è senza dubbio da condividere in quanto utile per avviare una soluzione ai problemi di armonizzazione e concorrenza fiscale internazionale.

Tuttavia giova sottolineare, alla luce delle tematiche appena esaminate, che il provvedimento licenziato dal Consiglio dei Ministri presenta delle lacune, difficilmente colmabili in via interpretativa, sulle quali risulta opportuno riflettere.

Tale affermazione vale non **solo** per la nuova normativa CFC, già in uso in molti paesi europei e non - della quale molto si è parlato in dottrina e molto ancora si parlerà - ma **anche e soprattutto** sulla disciplina anti "paradiso fiscale" contenuta nei più volte menzionati commi 7-bis e 7-ter dell'art. 76 del T.U.I.R. che rischia, con l'attuale impostazione, di rivelarsi uno strumento addirittura penalizzante per le stesse imprese italiane che, pur non attuando alcuna forma di pianificazione fiscale internazionale, si trovino semplicemente nella situazione di avvalersi, anche loro malgrado, di fornitori localizzati in paesi a fiscalità privilegiata.

Coerentemente con le osservazioni svolte *supra* si ritiene che l'obiettivo che il legislatore tributario intende raggiungere possa essere realizzato - nel rispetto, peraltro, del dettato costituzionale e senza introdurre gravi penalizzazioni a danno degli operatori italiani - mediante l'introduzione nell'art. 76 T.U.I.R. dei seguenti due commi:

### **Art.76, comma 5-bis**

"Le disposizioni di cui al comma 5 si applicano alle spese ed altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse tra imprese residenti e soggetti <sup>(5)</sup> domiciliati fiscalmente in Stati o territori non appartenenti alla Comunità europea aventi regimi fiscali privilegiati. Si considerano privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori individuati, con decreto del Ministro delle Finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ovvero della mancanza di un adeguato scambio di informazioni, ovvero di altri criteri equipollenti."

### **Art.76, comma 5-ter**

"Le spese e gli altri componenti negativi di cui al precedente comma 5-bis non sono ammesse in deduzione a meno che l'impresa residente fornisca la prova che le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione. L'Amministrazione, prima di procedere all'emissione dell'avviso di accertamento di imposta o di maggiore imposta, deve notificare all'interessato un apposito avviso con il quale viene concessa al medesimo la possibilità di fornire, nel termine di novanta giorni, le prove predette. Ove l'Amministrazione non ritenga idonee le prove addotte, dovrà darne specifica motivazione nell'avviso di accertamento."

### **Fonti bibliografiche**

- CEPELLINI, G. CRISTOFORI, A. IORIO, *Paradisi fiscali: niente sconti alle imprese*, in "Il Sole 24 Ore" del 20 Dicembre 1999.
- GELOSA, *Scambi con paradisi fiscali a rischio*, in "Italia Oggi", del 30 gennaio 2000.
- GIUNTA, *Sotto tiro le società nei paradisi fiscali*, in "Il Sole 24 Ore" del 16 novembre 1999.
- LEO-MONACCHI- SCHIAVO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, Milano, Giuffrè, 1999.
- MEA, *Attacco ai paradisi fiscali*, in "Il Sole 24 Ore" del 30 ag
- PEZZUTO, *I Paradisi Fiscali e Finanziari*, Il Sole24 Ore, Milano, 1999.
- PIAZZA, *E il regime madre-figlia varrà anche fuori dalla UE*, in "Il Sole 24 Ore" del 15 marzo 2000.
- PIAZZA, *La correzione alle regole sulle Cfc non rimedia al regime delle spese*, in "Il Sole 24 Ore" del 16 marzo 2000.
- PIAZZA, *Paradisi fiscali, spese estere a rischio*, in "Il Sole 24 Ore" del 12 gennaio 2000.
- RIPA, *Pianificazione tributaria a rilento*, in "Italia Oggi", del 20 novembre 1999.
- TRABUCCHI- MAZZETTI DI PIETRALATA, *"La proposta normativa italiana delle cosiddette controlled foreign companies"*, in " Il fisco", n. 7, 2000, pag. 1963.
- VALENTE, *Aspetti da precisare nelle regole sulle Cfc proposte dal Collegato fiscale*, in "Il Sole 24 Ore" del 18 novembre 1999.
- VALENTE, *Controlled Foreign Company Legislation, Disposizioni unilaterali per contrastare l'elusione fiscale internazionale e rassegna comparatistica*, in " Il fisco", n. 18, 1998, pag. 5807.

---

(<sup>5</sup>) Ivi compresi i professionisti, dunque.

VALENTE, *Paradisi fiscali- A confronto black list ed esperienze straniere*, in "Il fisco", n. 39, 1997, pag. 11429.

## PARTE SECONDA

### **Il nuovo art. 127-bis del T.U.I.R.**

Gruppo di studio:

Giuseppe Holzmiller (coordinatore)  
Nicola Cavalluzzo  
Paola Consonni

\*\*\*\*\*  
-----  
\*\*\*\*\*

- Premessa.

- A) Il presupposto.
  - B) La nozione di controllo.
  - C) La partecipazione in imprese estere con stabile organizzazione in Paesi a fiscalità privilegiata.
  - D) La questione della doppia imposizione.
  - E) La compatibilità con le convenzioni bilaterali.
  - F) La compatibilità con le disposizioni C.E.
  - G) Altre considerazioni sull'attuale formulazione della norma.
  - H) Il confronto con altri Paesi.
- Fonti bibliografiche.

## PREMESSA

Il sistema di tassazione in commento consiste dichiaratamente nell'imputare immediatamente, al soggetto residente, i redditi delle sue società partecipate - con potere di controllo - localizzate in particolari Stati o territori a fiscalità privilegiata **“a prescindere”** dal momento dalla loro effettiva distribuzione sotto forma di dividendi.

Il reddito dell'impresa estera viene imputato “per trasparenza” in capo al soggetto residente in proporzione alla percentuale di partecipazione di quest'ultimo nella società controllata, ormai generalmente nota sotto l'acronimo “C.F.C.” dal termine inglese “Controlled Foreign Company”.

Dalla **relazione** allegata al disegno di legge originario si rileva anche che, con queste disposizioni di legge, lo Stato Italiano mira ad attuare una estensione del principio di tassazione dell'utile “mondiale” conseguito attraverso una società estera, c.d. figlia, alla stregua di quanto avviene nel caso in cui l'impresa residente operi all'estero attraverso una “stabile organizzazione”.

Si tratta cioè di disconoscere, agli effetti fiscali nazionali, **la “separazione” della rispettiva posizione giuridica** che, di regola, viene riconosciuta ai singoli soggetti fisici o giuridici ancorché legati fra loro da rapporti di partecipazione anche di controllo.

La stessa relazione riferisce che, il nuovo art. 127-bis è stato elaborato muovendo dall'esigenza di uniformarsi alla raccomandazione n. 1 contenuta nel rapporto “Harmful tax competition – an emerging global issue” in materia di concorrenza sleale dannosa, approvato dall'OCSE in data 9 aprile 1998, con cui veniva richiesto di “considerare” l'adozione di normative in merito alle cosiddette CFC per gli stati che non l'avessero ancora fatto.

E' appena il caso di rilevare che, nella moderna economia, detti rapporti costituiscono canali preferenziali attraverso cui muovere capitali, imprenditorialità e sinergie destinati a potenziare iniziative e attività separate o altrove dislocate.

Il richiamato incoraggiamento (nella relazione al d.d.l.) ad introdurre tali regimi negli ordinamenti nazionali, fatto dall'O.C.S.E. (in verità abbastanza sommessamente a causa dei coinvolgimenti che produce), non autorizza lo Stato italiano a disinteressarsi dei possibili effetti di doppia imposizione provocabili da una legislazione atta a coinvolgere anche posizioni giuridiche meritevoli di tutela.

Una simile mancanza di discernimento (o fin'anche questo intento inespresso) potrebbe essere giustificata solo da motivi di **rappresaglia fiscale** contro taluni Stati ritenuti fiscalmente “sleali”. Ma non può certamente risultare coerente con la sola necessità di prevenire comportamenti elusivi sul piano interno-nazionale.

Sarà importante, quindi, che tutte le problematiche relative a questa delicatissima normativa siano analizzate in sede di approvazione definitiva del provvedimento, con la definizione di criteri oggettivi tali da lasciare il minimo spazio all'interpretazione.

\_\_\_\_\_

A)

## IL PRESUPPOSTO

Una prima riflessione nasce dal significato d'attribuire al concetto di "detenzione", al fine di identificare con precisione le fattispecie rientranti nel campo applicativo della norma.

Infatti, attenendosi ad una definizione tecnico-giuridica, si ha detenzione quando un soggetto ha il diritto di utilizzare una cosa che riconosce essere di proprietà di altri. Al contrario è probabile che l'intento del legislatore sia quello di allargare il campo di applicazione anche ad altre fattispecie quali, ad esempio, le partecipazioni detenute in usufrutto o in pegno.

E', quindi, auspicabile un intervento che, in via interpretativa, puntualizzi che la norma si applica tutte le volte che un soggetto residente "possiede" a titolo di proprietà o altro diritto reale di godimento quote/azioni di altra società.

Di conseguenza il custode, nella sua qualità di "semplice detentore", non può essere destinatario della norma in esame, mentre lo è il proprietario ed il possessore (es. usufruttuario).

Ulteriore condizione oggettiva posta dalla norma, è che il soggetto residente debba avere il controllo dell'impresa, società o ente estero.

E' quindi necessario che il legislatore faccia riferimento esclusivamente alla nozione di controllo costituita dal "possesso" della maggioranza assoluta delle azioni/quote di voto ovvero dei diritti alla percezione degli utili.

Al riguardo è auspicabile che la nozione di controllo venga espressamente riferita alla fattispecie prevista dall'art. 2359 n. 1 del Codice Civile; eventualmente allargata ad un "unico centro di interessi" provatamente facente capo ad un'unica espressione di volontà gestionale.

A favore di quest'ultima impostazione sembrerebbe condurre la considerazione che, il testo emendato, non introduce modifiche all'originario terzo comma del nuovo art. 127-bis Tuir, il che potrebbe significare o un difetto di coordinamento (il che lascerebbe irrisolto il dubbio de quo) o l'espressa volontà del legislatore di non volere applicare l'esteso concetto di controllo di derivazione civilistica, posto che la finalità espressa della modifica implica che il contribuente abbia in concreto il diritto di chiedere tutte le "informazioni necessarie per la determinazione del reddito imputabile alla controllante". Il che per l'appunto può aversi solo in presenza di un **controllo di diritto**.

La necessità di una più precisa formulazione in tal senso nasce dall'esigenza di evitare qualunque interpretazione che consenta di colpire anche più soggetti non riconducibili ad un unico controllante residente o non residente.

Una ulteriore considerazione è relativa alla constatazione che la norma nulla diceva circa l'aspetto temporale ovvero circa il momento nel quale occorre verificare la sussistenza del presupposto (chiusura del bilancio della partecipata oppure conseguimento del reddito da parte del soggetto estero) tanto meno era previsto un lasso temporale minimo per la detenzione.

Sembra, quindi, opportuno precisare che i redditi derivanti dalla partecipazione in *C.F.C.* sono attratti a tassazione in capo al soggetto che la possiede alla fine del periodo d'imposta **a condizione che l'abbia posseduta per la maggior parte del periodo d'imposta e ancora la possiede alla fine dello stesso**.

\_\_\_\_\_.

**B) LA NOZIONE DI CONTROLLO**

Nella versione originaria della norma (disegno di legge n. 4185) venivano puntualmente identificati i casi di partecipazione indiretta.

Nell'ultima versione il legislatore si limita a precisare che la disciplina si applica alle imprese controllate non residenti detenute:

- direttamente
- indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona.

In tal modo – come ribadito nella relazione all'emendamento – viene precisato che il controllo indiretto può essere realizzato anche attraverso una “sub holding”.

Desta perplessità il ricorso all'accezione <<interposta persona>> in considerazione del fatto che un'analogia norma, inserita nel decreto sull'accertamento, non ha sinora trovato fattiva applicazione da parte dell'Amministrazione Finanziaria. Ciò è dovuto, come evidenziato dai pochi precedenti giurisprudenziali sull'argomento, all'onere probatorio gravante sull'Amministrazione e consistente nel dover fornire la prova che l'effettivo possessore dei redditi è proprio il soggetto presunto interponente.

Inoltre è ormai assodato – in tal senso la prevalente dottrina e la quasi totalità delle pronunce giurisprudenziali – che la fattispecie richiamata si rende applicabile solo nel caso di interposizione “fittizia” di persona di matrice civilistica. Tale conclusione discende dalla constatazione che la disposizione regolatrice la suddetta materia (art. 37, c. 3, DPR 600/73) fa riferimento all'apparenza della titolarità e quindi presuppone una situazione di fittizietà, propria della simulazione oggettiva. Anche sotto tale angolo di visuale non si comprende la necessità del riferimento all'interposta persona poiché, in ogni caso, resta ferma la possibilità di fare riferimento alla norma del richiamato DPR 600.

Al fine di evitare problemi di duplicazione di tassazione deve essere precisato che, in presenza di una holding e di una sub holding, entrambe residenti, il reddito conseguito dall'impresa non residente deve essere imputato alla prima controllante diretta (sub holding residente).

\_\_\_\_\_.

**C) LA PARTECIPAZIONE IN IMPRESE ESTERE CON STABILE ORGANIZZAZIONE IN PAESE A FISCALITÀ PRIVILEGIATA**

Anche in questo caso, l'assoluta genericità della norma desta non poche perplessità.

Infatti la mancata qualificazione della partecipazione de quo comporta l'assoggettamento alla particolare disciplina di qualunque investimento in capitale di rischio ancorché sia di modestissima percentuale, con tutte le conseguenze per la difficoltà nella raccolta delle informazioni necessarie.

E' necessario precisare quantomeno che, anche in tale circostanza, si ricade nella normativa in esame solo se si è in presenza di partecipazione di controllo di soggetto non residente con stabile organizzazione in un Paese a bassa fiscalità.

\_\_\_\_\_.

#### D) LA QUESTIONE DELLA DOPPIA IMPOSIZIONE

Al riguardo giova considerare che, l'**identità dei citati presupposti** di tassazione relazionati dal legislatore (tassazione "anticipata" degli utili distribuibili e parificazione ad una stabile organizzazione all'estero), è **solo apparente** essendo, questi presupposti, assai **differenti fra loro** per "natura". Essi risultano tuttavia "concorrenti" in relazione agli effetti che producono, voluti dal legislatore.

Infatti, il conseguimento degli effetti propri della **stabile organizzazione** estera (di soggetto residente) è attuato tassando in Italia il reddito d'impresa della "C.F.C." cui viene ricollegato il diritto di scomputare le imposte pagate (all'estero) dalla stessa "controllata" (comma 6).

La tassazione anticipata dei redditi distribuibili da "C.F.C." (una sola volta) è realizzata con il divieto di tassarli al momento della loro effettiva percezione (distribuzione) fino a concorrenza di quelli già fatti oggetto di tassazione (comma 7).

Tuttavia una circostanza di **tassazione** dei dividendi **eccedente** quella perseguita dal legislatore si verificherà tutte le volte in cui i soci di più recente ingresso nella compagine della C.F.C. percepiranno dividendi originati da precedenti redditi della stessa C.F.C. già tassati per "trasparenza" in capo ai precedenti soci, loro danti causa.

Al riguardo va osservato che seppure la disposizione (comma 7) del nuovo testo di disegno di legge tende ad eliminare la doppia imposizione "giuridica" (in capo ad uno stesso soggetto controllante italiano), essa non esclude una doppia imposizione "economica" tutte le volte in cui si verifichi una qualsiasi cessione di partecipazione prima che il cedente abbia riscosso tutti i redditi (della controllata) già tassati sul suo capo.

E non risulta neppure difficile ipotizzare che questa deplorable conseguenza pratica si verifichi nella normalità dei casi di cessione di partecipazione nelle C.F.C.

In casi del genere potrebbe persino verificarsi una tripla tassazione e cioè:

- una prima volta per effetto dei redditi conseguiti dalla controllata (in capo al cedente).
- una seconda volta per effetto della plusvalenza sulla partecipazione realizzata dallo stesso "cedente" riflettente gli utili già conseguiti (e quindi già tassati) ma non ancora distribuiti.

- una terza volta, in capo al cessionario, per effetto dei medesimi utili da questo percepiti non potendo egli dedurre quegli stessi redditi (conseguiti dalla controllata estera) già tassati in precedenza in capo al soggetto cedente (la suddetta prima volta).

Per ovviare alla descritta seconda tassazione sembra necessario applicare al valore fiscale della partecipazione le regole proprie delle partecipazioni in società personali (ex art. 82 – c.5) di modo che il predetto valore risulti aumentato degli utili imputati e diminuito di quelli percepiti.

Per ovviare poi alla descritta terza tassazione occorrerebbe “dotare” ogni partecipazione del genere in commento di un proprio “canestro” nel quale fare confluire le imposte assolute e fare defluire quelle corrispondenti alla percezione degli utili intassati.

In tal modo si renderebbero “oggettivamente” intassabili tutte le posizioni fiscali già messe al riparo da ipotesi di doppia tassazione solo in capo ad uno stesso soggetto.

A parere della Commissione, la legge in esame dovrebbe specificatamente vietare le suddette reiterazioni impositive poiché la confusione sistematica di cui è permeata impedisce l’applicazione di qualsiasi interpretazione (logica) che non sia quella mera letterale tipicamente applicabile alle norme empiriche e pragmatiche che “dispongono” (impongono e/o vietano), ma non disciplinano.

\_\_\_\_\_.

## **E) LA COMPATIBILITA’ CON LE CONVENZIONI BILATERALI**

Il problema della compatibilità della normativa in commento con le vigenti **convenzioni bilaterali** contro le doppie imposizioni, potrebbe sorgere con riferimento all’art. 7 del Modello OCSE utilizzato da tutti gli Stati ad esso aderenti.

In base a quella disposizione “pattizia” non sarebbe consentito tassare in capo al soggetto controllante, residente in un determinato Stato, il reddito prodotto da un altro soggetto residente in un secondo Stato “convenzionato” (impresa controllata) in assenza di stabile organizzazione.

Secondo diffusa dottrina, la tassazione in predicato potrebbe essere attuata solo dopo aver integrato e/o modificato le convenzioni bilaterali in senso permissivo. Ma fintantoché queste integrazioni o modificazioni non saranno formalmente convenute, sarà necessario rispettare le previsioni convenzionali.

Di fronte al contrasto delle disposizioni C.F.C. con le norme convenzionali la posizione giuridica dello Stato italiano si pone in modo totalmente differente da quella propria del soggetto passivo di imposta in quanto la violazione delle convenzioni bilaterali configurerebbe solo una responsabilità dello Stato italiano sul piano internazionale.

Sul piano del diritto interno, invece, la potestà dello Stato nazionale resta completa, mentre il soggetto passivo italiano non gode di alcuno strumento diretto di tutela non avendo egli acquisito alcun diritto soggettivo dalle convenzioni in commento.

Questo soggetto passivo potrebbe semmai esercitare i propri diritti di tutela contro le contrastanti norme C.F.C. invocando solo una norma nazionale costituita dall’art. 128 TUIR fintantoché lo stesso Stato italiano non provveda a modificarla unilateralmente nel senso permissivo suddetto.

L'ipotesi di un simile scenario appare tuttavia poco probabile qualora lo Stato italiano intenda confinare il proprio intervento entro la **logica della prevenzione** dell'elusione **senza sconfinare nella rappresaglia fiscale contro altri Stati** la quale potrebbe generare ripercussioni di notevole portata anche politica sull'interattività dei rapporti con taluni di Essi anche geograficamente vicini quale è, ad esempio, la Svizzera.

L'assunzione di una simile posizione ha già costretto lo Stato francese a subire sentenze negative emesse da taluni Tribunali amministrativi francesi (Poitiers 1999 e Strasburgo 1996). In precedenza il Tribunale amministrativo di Parigi (20/11/95) si era invece pronunciato per la compatibilità della normativa "C.F.C." con le disposizioni convenzionali argomentando che l'art. 9 della Convenzione OCSE permette già "aggiustamenti di utili" in applicazione dei principi di Transfer Pricing.

La questione resta tuttora aperta in relazione alle meno recenti convenzioni che non prevedono ancora la possibilità di introdurre il regime contestato.

La posizione di resistenza dello Stato francese si basa sulla considerazione che il regime "C.F.C." colpisce solo il soggetto passivo francese (paese d'origine) e non anche la controllata estera (paese ospitante).

Ma, come si è visto, l'orientamento giurisprudenziale più recente (Poitiers e Strasburgo) ha concluso in senso contrario.

\_\_\_\_\_

## **F) LA COMPATIBILITA' CON LE DISPOSIZIONI C.E.**

Assai differente, e addirittura più gravida di effetti giuridici, risulterebbe una eventuale posizione di contrasto con le prevalenti disposizioni dell'**Ordinamento comunitario europeo**, qualora venissero coinvolte imprese aventi **sede legale in altri Stati membri della C.E. che fossero ritenuti a fiscalità privilegiata**.

Questa precisazione è importante perché il legislatore **non ha escluso questa ipotesi** di tassazione (di società comunitaria) nel prospettato regime C.F.C. **diversamente** da quanto ha fatto con il novellando comma "7 - bis" dell'art. 76 TUIR., concernente l'indeducibilità di costi sostenuti negli stessi paesi a fiscalità privilegiata dai quali ha però espressamente escluso quelli comunitari.

Sembra allora appena il caso di ricordare che, **al contrario** di quanto accade per gli altri accordi **bilaterali** internazionali, il **Trattato dell'U.E. attribuisce, direttamente ai cittadini, diritti soggettivi che essi possono far valere dinanzi al Giudice nazionale**. E quest'ultimo, quale Giudice comunitario, è tenuto a tutelare tali diritti disapplicando la norma di legge nazionale tutte le volte in cui risulti in contrasto con le prevalenti disposizioni comunitarie. In caso di dubbio sull'esistenza del contrasto giuridico, poi, il Giudice nazionale si rivolgerà alla Corte di Giustizia C.E. per ottenere una pronuncia pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 177 (ora 234 C.E.) del Trattato.

La tutela del soggetto passivo d'imposta è dunque assai più ampia in ipotesi di conflitto della normativa C.F.C. con le disposizioni comunitarie, munite di "efficacia diretta", che non in caso di contrasto con le norme convenzionali.

Per converso, la posizione dello Stato italiano risulta assai più debole perché incontra limiti di sovranità nazionale che potrebbero anche renderlo destinatario di provvedimenti sanzionatori in sede C.E.

Già ad un primo impatto con la problematica, si rileva facilmente che i pericoli di conflitto normativo di un regime C.F.C. (in ambito C.E.) derivano principalmente

- I) - dal divieto di discriminazione
- II) - dal diritto di stabilimento
- III) - dalla direttiva sulle società c.d. “madre – figlia”

Con riguardo ai **primi due ordini di possibile violazione**, preme rilevare che, secondo il consolidato orientamento della Corte di Giustizia C.E., le violazioni del divieto di discriminazione e del diritto di stabilimento sono imputabili non soltanto allo **Stato ospitante** la società controllata, ma anche allo **Stato c.d. d’origine** in cui ha sede la società controllante.

Quest’ultima infatti ha diritto di non vedersi ostacolata (dal proprio Stato) l’esercizio delle libertà garantite dal Trattato al fine di poter stabilire, in altro Stato membro, la sede propria o di altra società controllata (Sent. “ICI” in C – 264/96 del 16/07/96; “CENTROS Ltd” in 212/97 del 9/03/99).

Sembra quindi che:

- Il coinvolgimento diretto di taluni **Stati comunitari** ritenuti “a fiscalità privilegiata”, da parte dello Stato italiano, potrebbe facilmente configurare una **violazione del divieto di discriminazione** qualora essi venissero annoverati nella “lista nera” di emanazione ministeriale prevista dal disegno art. 1 – c. 8.
- Il loro coinvolgimento diretto quale Stato di residenza dell’impresa controllata potrebbe facilmente configurare anche **violazione del diritto di stabilimento** sul “territorio” C.E. ai sensi degli art. 43 C.E. e 48 C.E. del Trattato (ex art. 52 e art. 58).
- Un coinvolgimento indiretto di tali Stati potrebbe verificarsi anche qualora un soggetto italiano localizzasse (interponesse), in altro Stato comunitario, una “sub-holding”, che controllasse a suo volta una o più società residenti in altro Stato extra C.E. a fiscalità privilegiata.

In tale ultimo caso occorre domandarsi se, il solo considerare la “sub-holding”, quale persona interposta, non costituisca anch’esso sostanziale violazione del diritto di stabilimento atteso che il disconoscimento degli effetti della soggettività giuridica di una società, costituita nei singoli Stati comunitari, è già stato ritenuto confliggente con le disposizioni comunitarie (Corte Giustizia – C. 212/97 “Centros Ltd.”).

Peraltro anche il quinto comma (art. 1 d.d.l.), prevedendo la sostanziale inversione dell’onere della prova e l’esclusione dall’esimente ivi prevista, punitiva delle sub-holding situate in altri Stati comunitari (in quanto estranee alle attività commerciali o industriali), non sembra poter reggere di fronte alla possibile accusa di ostacolare (e quindi violare) il diritto di stabilimento e la libera circolazione dei capitali (art. 73 B e 73 D divenuti ora art. 56 C.E. e 58 C.E.).

**In merito al possibile contrasto del regime C.F.C. con le disposizioni della direttiva 90/435/CEE, (c.d. "Madre e figlia")** deve rilevarsi che l'eventuale applicazione del predetto regime a società "europee", destinatarie della direttiva, confliggerebbe con le finalità cui è ispirato l'art. 4, così come anche espresse dal primo e dal terzo "considerando" introduttivi alla direttiva medesima.

Riuscirebbe veramente difficile ipotizzare che lo Stato italiano possa includere nella "black list" alcune delle società predette senza subire un quasi sicuro procedimento di infrazione comunitaria (ex art. 169 divenuto art. 226 C.E del Trattato) e senza evitare che le società controllanti italiane invochino il diritto (garantito dall'ordinamento comunitario) di chiedere la disapplicazione di una simile normativa (C.F.C.).

\_\_\_\_\_.

#### **G) ALTRE CONSIDERAZIONI SULL'ATTUALE FORMULAZIONE DELLA NORMA**

##### **...BLACK LIST ...**

Allo stato attuale della norma, la bozza del nuovo articolo 127 *bis* risulta destare le maggiori perplessità di natura interpretativa nel quarto comma dove viene indicato che: " Si considerano privilegiati i regimi fiscali di stati e territori individuati, ... in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiori a quello applicato in Italia, della mancanza di un adeguato scambio di informazioni ovvero di altri criteri equipollenti".

In questa parte non risultano chiari almeno due passaggi espositivi: innanzitutto il termine "sensibilmente inferiore" utilizzato nel testo non permette di comprendere in base a quale criteri di natura oggettiva si determinino i paesi da considerarsi appartenenti a regimi fiscali privilegiati e quelli da ritenersi esclusi; in secondo luogo la presenza della virgola tra "in Italia" e "della mancanza di un adeguato scambio" crea solamente confusione interpretativa; non si capisce, infatti, se il legislatore con la presenza della virgola intenda esprimere una congiunzione disgiuntiva oppure no e se questo è il suo scopo non si comprende perché non abbia adottato la stessa forma scelta nella riformulazione del nuovo art. 76 nel comma 7 *bis*.

Tale decreto si aggiungerà, inoltre, a quelli attualmente già emanati con riferimento ad altre problematiche, creando sicuramente difficoltà in sede di applicazione se gli elenchi (come peraltro probabile) non corrisponderanno tra loro.

A parere del Gruppo di studio, si auspica che, almeno in una prima fase iniziale di applicazione, venga fissata un'aliquota minima da utilizzare quale test di individuazione dei Paesi cosiddetti "a fiscalità privilegiata" eliminando il riferimento ad una ulteriore "lista nera".

E' importante precisare che l'applicabilità della suddetta normativa è, comunque e sempre, esclusa nei confronti dei Paesi facenti parte della UE anche tenuto conto di quanto esposto del precedente paragrafo F) "Compatibilità con le disposizioni CE".

### **....ATTIVITA' E MERCATO...**

Altre ulteriori osservazioni riguardano, infine, la parte del quinto comma nella quale si afferma che: "Le disposizioni del comma 1 non si applicano comunque quando l'impresa,... svolga principalmente **un'attività industriale o commerciale effettiva nel mercato nel quale ha sede**".

E', innanzitutto, indispensabile che il legislatore precisi che il termine "attività industriale e commerciale" comprenda tutte le attività elencate dall'art. 2195 del Codice Civile e, quindi, anche le attività di intermediazione, bancarie ed assicurative.

Il riferimento, poi, ad un'attività limitata al "mercato locale" quale requisito da soddisfare per la non applicabilità della normativa CFC sembra essere limitante ed in controtendenza rispetto ad un'economia, come quella attuale, sempre più indirizzata alla globalizzazione dei mercati.

Si pensi al caso di un'impresa residente, senza alcun scopo elusivo, in un Paese che verrà colpito dalla normativa sulle "C.F.C." e che svolga effettivamente un'attività commerciale senza, però, che i suoi prodotti abbiano un mercato in tale Stato o, comunque, tale mercato non ne rappresenti il principale; attenendoci ad un'interpretazione letterale della norma, non si potrebbe escludere tale impresa dall'applicazione delle disposizioni antielusive in quanto la stessa "non possiede alcun mercato nel Paese in cui ha sede".

Tra l'altro, con la definizione di "mercato nel quale ha sede" si generano nel lettore ulteriori dubbi interpretativi connessi a quale sia la sede a cui ci si riferisca, potendo intendere sia la sede legale, che la sede amministrativa ovvero la sede in cui viene perseguito l'oggetto principale dell'attività sociale.

### **... RIPORTO DELLE PERDITE ...**

Il sesto comma del d.d.l. dispone l'applicabilità, al reddito delle C.F.C., dell'art. 102 T.U.I.R. che consente il riporto delle perdite negli esercizi successivi.

La formulazione non consente di ipotizzare altre forme di compensabilità delle perdite di una "C.F.C." con utili della controllante italiana così com'è consentito, entro certi limiti, in taluni altri Stati come, ad esempio, la Danimarca (si veda l'allegata tabella di "confronto con altri paesi").

Detta formulazione sembra anche escludere la possibilità di compensare le perdite di una determinata "C.F.C." con gli utili di altra "C.F.C."

Con riguardo alla norma antielusiva di divieto del riporto di perdite previsto alla lettera "a" del comma 1 – ter (del citato art. 102), interessa rilevare che il diritto di tale riporto non viene meno quando il soggetto controllante italiano ceda il controllo partecipativo ad altro soggetto (società) da esso stesso controllato ovvero ad altro soggetto (società) suo controllante.

### **...ABROGAZIONE DEL COMMA 7 – art. 96 - bis ....**

Alla luce delle esposte considerazioni, deve essere salutata con favore la proposta abolizione del comma 7, art. 96-bis T.U.I.R., avente finalità antielusiva, la cui illegittimità comunitaria è stata già segnalata più volte dall'Ordine Dottori Commercialisti di Milano.

### **...DECORRENZA**

Relativamente alla decorrenza della norma sopraccitata è altrettanto indispensabile che venga eliminato qualsiasi dubbio sul periodo di applicabilità (soprattutto con riferimento ai periodi di imposta non coincidenti con l'anno solare, sia riferiti alla CFC che alla casa madre).

Si auspica, inoltre, un intervento in fase di approvazione definitiva, che possa differire - di due o più periodi - i termini dell'entrata in vigore della norma, almeno per le società già costituite. Senza alcun dubbio, nell'ambito della pianificazione di una nuova struttura societaria - soprattutto se operante su un mercato internazionale - l'eventuale ristrutturazione di una struttura di gruppo od assetto societario già esistenti necessita di tempi, comunque, medio-lunghi.

Non bisogna, ad esempio, dimenticare, che per molte aziende - che hanno già fissato i prezzi dei propri beni e servizi, anche tenendo conto di un certo carico fiscale predeterminato - è praticamente impossibile rivedere nel breve termine i propri listini, se non a pena di una drastica riduzione delle vendite.

E' augurabile, quindi, che vengano evitati repentini mutamenti delle condizioni di base tali da provocare squilibri irreversibili nei risultati e nella gestione economico-finanziaria delle imprese italiane, che in questi anni hanno già dovuto affrontare e superare difficili situazioni di mercato.

-----

## **H)**

### **IL CONFRONTO CON ALTRI PAESI**

E' stata raccolta una serie di informazioni volte, a fornire un breve ma significativo "spaccato" delle legislazioni antielusive adottate da alcuni paesi, sia europei che non europei, per contrastare il fenomeno del differimento o della riduzione del carico fiscale dei soggetti residenti (persone fisiche o giuridiche).

Seguendo tale logica operativa, vengono, riepilogati e confrontati, in maniera schematica e riassuntiva, una serie di dati ritenuti rilevanti ed utili anche ai fini di una comparazione normativa tra paesi che, con metodologie e strumenti differenti, cercano di risolvere un problema comune.

#### **• Anno di entrata in vigore della normativa CFC.**

- |                |  |
|----------------|--|
| -1937 USA      | (con integrazione di nuove regole nel 1962 e nel 1986) |
| -1972 Canada   | (con revisione nel 1995)                               |
| -1972 Germania |  |
| -1978 Giappone |  |

- 1980 Francia
- 1984 U.K.
- 1990 Svezia
- 1995 Danimarca, Finlandia, Portogallo e Spagna.

- **Lista che individua i paesi privilegiati.**

Tra gli Stati considerati esistono notevoli differenze nell'adozione di liste che elencano i paesi da considerarsi "paradisi fiscali" in quanto permettono di beneficiare, in via presuntiva, di una tassazione a basse aliquote.

In primo luogo, non tutti gli Stati hanno scelto di impiegare liste di questo tipo; Danimarca e Portogallo, ad esempio, non hanno voluto pubblicare alcun tipo di lista (nera, bianca oppure grigia) per classificare le giurisdizioni fiscali, lasciando l'individuazione del Paese a fiscalità privilegiata ad altri riferimenti oggettivi (es. aliquota minima).

In secondo luogo, vi sono delle notevoli differenze anche nel tipo di lista scelto; quasi tutti gli Stati analizzati nell'allegato hanno, infatti, fatto uso – in aggiunta o in alternativa alla lista cd. "nera" – anche di liste di diverso tipo; "bianche" (Canada, Finlandia, Svezia e Regno Unito) per individuare i paesi che risultano essere compatibili con il regime fiscale interno e per i quali, nella maggior parte dei casi, sono stati stipulati trattati bilaterali in tema di doppie imposizioni o "grigie" (Giappone, Germania e Spagna) per individuare i paesi che risultano anch'essi compatibili con il regime fiscale interno a condizione che vengano però soddisfatti altri requisiti.

- **Attribuzione di utili per trasparenza anche a persona fisica.**

In questa specifica situazione l'uniformità tra i paesi analizzati è totale; tutti, infatti, adottano un principio di trasparenza che prevede l'attribuzione degli utili anche alle persone fisiche.

- **Aliquota minima che individua un paese privilegiato.**

E' interessante evidenziare come tutti gli Stati europei oggetto dell'analisi, hanno provveduto - nell'ambito della loro normativa sulle CFCs - a fissare un'aliquota minima al di sotto della quale, soddisfatti gli altri requisiti, quali ad es. la quota minima di % di detenzione di azioni e/o voti e/o partecipazioni ai dividendi e/o partecipazioni alle attività di liquidazione, lo Stato della partecipata è da considerarsi "paese a fiscalità privilegiata". In dettaglio:

- Francia	2/3 dell'aliquota francese
- Spagna	75% dell'aliquota spagnola
- Finlandia	60% dell'aliquota finlandese
- Germania	30%
- Danimarca	24%
- UK	22,5%
- Portogallo	20%
- Svezia	15%

- **Test di controllo CFC.**

In generale, i test di controllo prendono in analisi sia il capitale azionario che i diritti di voto spettanti.

La maggior parte degli Stati analizzati: Germania, Canada, U.K., Finlandia, Giappone, Svezia e Spagna richiedono, infatti, un livello che si attesta al 50% o più delle azioni/voti; Portogallo e Francia, invece, optano per percentuali di partecipazione anche notevolmente inferiori (es.25%).

- **Test di attribuzione.**

Una volta stabilito che un determinato Paese deve essere considerato “paradiso fiscale” e gli utili derivanti da partecipazioni in società residenti in tale paese devono essere tassati per trasparenza, indipendentemente dal fatto che la subsidiary (C.F.C.) abbia provveduto o meno a distribuire dividendi, si evidenzia che alcuni dei paesi oggetto della nostra analisi (in particolare Finlandia, Svezia e Regno Unito) hanno deciso di fissare una ulteriore % di partecipazione il cui limite deve essere verificato in capo al singolo od al gruppo di soggetti detentori delle azioni per stabilire se debba essere applicato il principio di trasparenza sopra enunciato.

Risulta presente in tali legislazioni una sorta di secondo test (cosiddetto “test di attribuzione”) tale da evitare l’applicazione della legislazione sulle CFCs in presenza di detenzioni di partecipazioni di maggioranza che però risultano “di fatto” frammentate tra tanti soggetti residenti non collegati o collegabili tra loro.

A parere del Gruppo di studio, un’ulteriore esclusione dall’applicazione della suddetta normativa dovrebbe essere riservata ai soggetti detentori di azioni/voti riferite a società quotate.

- **Attività e redditi tassabili.**

Anche in questo caso i Paesi hanno operato scelte diverse fra loro.

Alcuni hanno stabilito che la normativa sulle CFCs debba essere applicata a tutte le società residenti nel Paese considerato privilegiato fiscalmente indipendentemente dal tipo di attività esercitata; altri hanno escluso dalla normativa le società che esercitano “prevalentemente” attività individuate dalla norma stessa, tipicamente trattasi di attività industriale, commerciale, agricola e marittima.

Relativamente alla scelta del tipo di reddito da tassare, infine, risulta che Stati come la Germania, la Spagna e la Danimarca hanno scelto la tassazione “per trasparenza” del reddito derivante da una partecipata domiciliata in un paradiso fiscale “limitatamente a determinate tipologie di reddito”, tipicamente di redditi derivanti da “passive investment” quali interessi e dividendi.

E’ interessante al riguardo sottolineare come proprio questi tre paesi – che hanno limitato il campo di applicabilità solo ai cosiddetti “passive income” – abbiano, d’altro canto, fissato le più alte aliquote minime per individuare se un paese debba o meno essere considerato “paradiso fiscale” ed, in quanto tale, debba essere conseguentemente applicata la relativa normativa CFC.

- **Compensazione di perdite.**

La maggior parte dei paesi oggetto dell’analisi hanno legislazioni che prevedono la possibilità di realizzare una compensazione delle perdite CFC con gli utili CFC, fatte salve alcune limitazioni temporali al riporto delle perdite.

Esiste, invece, una differenziazione per le altre due tipologie di compensazione: la compensazione delle perdite CFC con gli utili della casa madre e, viceversa, la compensazione delle perdite della casa madre con gli utili CFC.

Per quanto concerne la prima tipologia di compensazione nessun paese, eccetto la Danimarca (che però richiede l'opzione per la tassazione congiunta), prevede la possibilità che le perdite della CFC possano compensare gli utili della casa madre.

Per la seconda tipologia di compensazione, invece, Danimarca, Finlandia, Germania, Portogallo e Svezia consentono che le perdite della casa madre siano controbilanciate dagli utili CFC.

- **Possibilità scomuto di imposte estere.**

I vari paesi europei permettono di usufruire di agevolazioni per evitare una doppia tassazione a carico dell'azionista nel momento in cui reddito viene tassato per trasparenza anche nel paese di residenza.

La possibilità di scomuto delle imposte estere è legata alla considerazione che i redditi sopra indicati sono già stati assoggettati alle imposte del paese di origine e, quindi, un loro ulteriore assoggettamento impositivo – senza possibilità di scomuto di quanto già corrisposto, se pur per importi limitati - determinerebbe un'ulteriore penalizzazione di tali redditi. Spagna e Portogallo limitano, però, temporalmente l'agevolazione a cinque anni.

- **Distribuzione utili di CFC a casa madre.**

Per evitare che lo stesso reddito venga tassato due volte nel paese di residenza della casa madre (una prima volta in quanto sottoposto alla normativa CFC e una seconda volta, al momento della sua distribuzione) sono state predisposte, dai diversi Stati, norme per assicurare che gli utili distribuiti dalla CFC alla casa madre siano esenti da imposizione, naturalmente, a condizione e fino al limite di quanto sia già stato tassato secondo le norme CFCs.

### **Fonti bibliografiche**

Piergiorgio Valente, *Controlled Foreign Company Legislation*, in *Il Fisco*, n. 18/98.

Carlo Pinto, “*Società estere*” e differimento d'imposta in paesi a fiscalità privilegiata – aspetti comparatistici, in *Diritto e Pratica Tributaria*, Cedam, n.4 1999.

Piermauro Carabellese, *Lo stato attuale delle normative sulle “controlled foreign corporations” nell'Unione Europea*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, Cedam, n.6 1999.

Piergiorgio Valente e Marco Magenta,  *Holding company: Italia e paesi Ue a confronto*, in *Amministrazione e Finanza*, n. 24/99.

Piergiorgio Valente, *La Manovra 2000: aspetti da precisare nelle regole sulle Cfc*, in *Norme e Tributi*, 18/11/1999 pag. 22.

Sergio Dus e Nico Muratori, *Interrogativi in tema di imputazione ai soci residenti di redditi di società ubicate in Paesi a bassa fiscalità*, in *Rassegna Tributaria*, n. 1/2000.

Alberto Trabucchi e Marco Mazzetti, *La proposta normativa italiana delle cosiddette controlled foreign companies*, in *Il Fisco*, n. 7/2000.

Il Sole 24-Ore del 12 gennaio 2000 (Marco Piazza);  
Il Sole 24-Ore del 19 gennaio 2000 (Antonio Iorio);  
Il Sole 24-Ore del 15 marzo 2000 (Marco Piazza e Jean Marie del Bo);  
Il Sole 24-Ore del 16 marzo 2000 (Marco Piazza);  
Il Sole 24-Ore del 27 marzo 2000 (Primo Ceppellini e Antonio Iorio).

\*\*\*\*\*

*Collaboratore in ricerca su Francia, UK e Svezia* il Dott. Vittorio Salvadori di Wiesenhoff –  
Studio Associato, Milano (KPMG).