

Dottorato di ricerca in
Diritto degli Affari e
Diritto Tributario dell'Impresa
XXVII Ciclo

Coordinatrice: Chiar.ma Prof.ssa Livia Salvini

SISTEMA DI TASSAZIONE DEGLI UTILI SOCIETARI NEI
GRUPPI DI SOCIETÀ NEL DIRITTO ITALIANO
E STATUNITENSE

Relatore:
Chiar.mo Prof. Fabio Marchetti

Dottorando:
Dott. Valentino Tamburro

Correlatore:
Chiar.mo Prof. Claudio Sacchetto

Anno accademico 2013/2014

A mio padre.

INDICE - SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO.....	1
SISTEMI DI TASSAZIONE DEGLI UTILI SOCIETARI NEI GRUPPI DI SOCIETÀ.....	1
1.1 Profili introduttivi: la comparazione nel diritto tributario internazionale.....	1
1.2 L'oggetto della comparazione: il sistema di tassazione degli utili societari nei gruppi di società.....	3
CAPITOLO SECONDO.....	6
SISTEMA DI TASSAZIONE DEGLI UTILI SOCIETARI NEI GRUPPI DI SOCIETÀ NEL DIRITTO ITALIANO.....	6
2.1. L'imposta sul reddito delle società.....	6
2.2 I Soggetti passivi IRES.....	12
2.3 Il problema della soggettività.....	13
2.4 La residenza fiscale dei soggetti passivi IRES.....	21
2.4.1. La sede legale.....	22
2.4.2. La sede dell'amministrazione.....	24
2.4.3. L'oggetto principale.....	26
2.5 Le transazioni infragruppo.....	28
2.6 La nozione di dividendo nel diritto tributario italiano.....	31
2.7 Le modalità di tassazione dei dividendi.....	35
2.7.1 La tassazione dei dividendi domestici.....	38
2.7.2 La tassazione dei dividendi in uscita.....	40
2.7.3 La tassazione dei dividendi in entrata.....	41
2.7.4 La tassazione dei dividendi provenienti da Paesi black list.....	42
2.8 Considerazioni sistematiche in relazione al doppio regime di circolazione delle partecipazioni.....	47
2.9 La tassazione dei gruppi.....	51
2.9.1 Il consolidato fiscale.....	52
2.9.2 I soggetti ammessi in qualità di consolidanti.....	53

2.9.3 I soggetti ammessi in qualità di consolidati.....	55
2.9.4 Il requisito del controllo: profili di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea.....	57
2.9.5 Le modalità di esercizio dell'opzione e la regolazione dei rapporti interni.....	61
2.9.6 Soggetti esclusi.....	64
2.9.7 La dichiarazione di gruppo.....	64
CAPITOLO TERZO.....	68
SISTEMA DI TASSAZIONE DEGLI UTILI SOCIETARI NEI GRUPPI DI SOCIETÀ NEL DIRITTO STATUNITENSE.....	68
3.1. La corporate income tax.....	69
3.1.2 Il carattere progressivo dell'imposta.....	71
3.2 Soggetti passivi.....	73
3.3 La residenza fiscale.....	74
3.4 Le transazioni infragruppo.....	76
3.4.1 Le modalità di rettifica delle transazioni infragruppo.....	78
3.5. La definizione di dividendo nel diritto commerciale statunitense.....	82
3.6 La nozione di dividendo nel diritto tributario statunitense.....	84
3.6.1 La nozione di Earnings and profits.....	87
3.7 Le modalità di tassazione dei dividendi.....	89
3.7.1 La tassazione dei dividendi domestici.....	92
3.7.2. La tassazione dei dividendi in entrata.....	94
3.7.3 I Securities Loans.....	97
3.7.4 Dividend Waivers.....	98
3.7.5 Le operazioni di earning stripping.....	99
3.7.6 Le cosiddette "Constructive distributions".....	105
3.8 La tassazione dei profitti non distribuiti.....	108
3.8.1 Imposta sull' accumulated taxable income.....	108
3.8.2 L'applicazione dell' Imposta sull' "accumulated taxable income" nei confronti di società partecipate da soci non residenti.....	113

3.9 La classificazione degli strumenti finanziari ibridi.....	114
3.10 Il regime delle perdite fiscali.....	120
3.11 La tassazione degli utili nelle S Corporation.....	122
3.12 Il trattamento fiscale delle partnership.....	126
3.13 La tassazione dei gruppi: il consolidato fiscale.....	131
3.13.1 L'inclusione delle società estere nel consolidato fiscale.....	133
3.13.2 La durata dell'opzione e la regola dell'all in.....	135
3.13.4 Il regime di responsabilità delle società che aderiscono al consoli- dato.....	137
3.13.5 La tassazione dei dividendi nell'ambito del consolidato fiscale...	138
3.14 La Check the Box Regulation.....	139
3.14.1 Profili procedurali relativi alla Check-the-box Regulation.....	145
3.15. Le forme giuridiche attraverso cui le società statunitensi possono svolgere la propria attività all'estero.....	148
3.15.1 Stabile organizzazione.....	149
3.15.2 Foreign Corporation.....	150
3.15.3 Passive Foreign Investment Company.....	152
3.15.4 Partnership.....	152
3.15.5 Domestic Subsidiary.....	154
3.15.6 Domestic International Sales Corporation (DISC).....	155
3.16 La politica degli Stati Uniti in materia di Convenzioni contro le doppie im- posizioni.....	156
3.17 Il trattamento fiscale delle partnership nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni.....	161
 CAPITOLO QUARTO.....	 163
SISTEMA DI TASSAZIONE DEGLI UTILI SOCIETARI NEI GRUPPI DI SOCIETÀ NEL DIRITTO ITALIANO E STATUNITENSE: ANALISI COMPARATA.....	163
4.1 Analisi comparata delle aliquote sui redditi societari applicabili nei Paesi O- CSE.....	163

4.2 La struttura dell'imposta sul reddito delle società nel sistema italiano e statunitense.....	165
4.3 La residenza fiscale delle società: aspetti comparati.....	168
4.4 Sistema di tassazione delle transazioni infragruppo nel diritto italiano e statunitense.....	175
4.5 La nozione di dividendo nel diritto tributario italiano e statunitense.....	178
4.6 Sistema di tassazione ordinario degli utili societari nei gruppi di società nel diritto italiano e statunitense.....	180
4.7 Il rapporto tra la soggettività passiva e tassazione degli utili societari nel diritto tributario italiano e statunitense.....	186
4.8 La tassazione degli utili societari nell'ambito del regime di trasparenza fiscale in Italia e negli Stati Uniti.....	187
4.9 La tassazione degli utili societari nell'ambito del consolidato del diritto tributario italiano e statunitense.....	192
4.10 La Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Stati Uniti.....	196
4.10.1. I conflitti di qualificazione derivanti dall'applicazione della Convenzione attualmente in vigore.....	197
4.10.2 La tassazione dei dividendi nell'ambito della Convenzione Italia-Stati Uniti.....	199
4.11. Conclusioni.....	201
 BIBLIOGRAFIA.....	 206

CAPITOLO PRIMO

SISTEMI DI TASSAZIONE DEGLI UTILI SOCIETARI

NEI GRUPPI DI SOCIETÀ

SOMMARIO: 1.1 Profili introduttivi: la comparazione nel diritto tributario internazionale; 1.2 L'oggetto della comparazione: il sistema di tassazione degli utili societari nei gruppi di società.

1.1 Profili introduttivi: la comparazione nel diritto tributario internazionale

Nell'ambito del diritto tributario internazionale e comparato il problema della tassazione degli utili societari nei gruppi ha assunto negli ultimi anni un'importanza sempre maggiore. Si tratta di un tema in continua evoluzione anche nel contesto del diritto tributario dell'Unione Europea in quanto numerose sentenze della Corte di Giustizia dell'UE hanno determinato la modifica delle norme interne in materia di tassazione dei dividendi presenti in alcuni Stati Membri, tra cui l'Italia. La crescente interazione tra i vari ordinamenti giuridici determina pertanto “una crescente necessità di conoscenza del diritto straniero e di confronto tra questo e il proprio o tra differenti diritti stranieri, inducendo sempre più frequenti forme di comparazione¹”. La comparazione tra un ordinamento straniero e quello italiano presuppone ovviamente un preventivo studio del sistema giuridico straniero. Tale studio pone una serie di problemi di ordine metodologico, in quanto occorre, in primo luogo, approfondire gli aspetti fondamentali della materia ogget-

¹ Cfr. M. BARASSI, *Comparazione giuridica e studio del diritto tributario straniero*, in *Diritto tributario internazionale* (coordinato da V. UCKMAR), 2005, p. 1499.

to della comparazione “rimuovendo il filtro del proprio diritto²”, ossia abbandonando gli schemi concettuali e l'infrastruttura del proprio ordinamento. Tale metodo di indagine risulta essere ancora più importante nel momento in cui l'ordinamento di provenienza dello studioso è un Paese di *civil law* e quello oggetto di approfondimento, come nel caso trattato nel presente scritto, è un Paese di *common law*. Nell'analisi delle fonti da cui promana il diritto statunitense si è dato rilievo alla cd. *law in action* piuttosto che alla *law in the book*³, al fine di comprendere il concreto funzionamento degli istituti fondamentali del diritto tributario statunitense. La sentenza della Suprema Corte degli Stati Uniti, pronunciata nel 1911 in relazione al caso *Flint v. Stone Tracy Co.*, nell'ambito della quale l'imposta federale sul reddito delle società è stata qualificata come accisa e non come imposta sul reddito, costituisce un valido esempio di come sia necessario abbandonare gli schemi concettuali e l'infrastruttura del diritto tributario italiano al fine di comprendere meglio i principi cardine dell'ordinamento statunitense. Nell'ambito della comparazione assume rilievo l'esame di eventuali casi di “dissociazioni dei formanti”, che si possono verificare nel momento in cui la dottrina, la giurisprudenza e la prassi ammettono soluzioni diverse rispetto a quelle previste dalla legge. Per citare un esempio, il legislatore statunitense è dovuto intervenire nel 1986 per abolire la cd. giurisprudenza “*General Utilities*”⁴, che ha legittimato per anni l'ef-

² Cfr. M. BARASSI, *Comparazione giuridica e studio del diritto tributario straniero*, cit., p. 1504. L'Autore, a tal proposito, osserva che è necessario contestualizzare le norme dell'ordinamento straniero al fine di evitare il rischio di eseguire un'analisi superficiale. L'analisi del contesto in cui si collocano determinate disposizioni riveste notevole importanza nel diritto tributario che, per sua natura, richiede elaborazioni di secondo grado. In Italia come in molti Paesi, infatti, il legislatore assume come elementi della fattispecie fatti disciplinati in altri settori dell'ordinamento.

³ Sull'importanza dell'applicazione di tale metodo si veda: C. SACCHETTO, *Le fonti del diritto internazionale tributario*, in Corso di Diritto Tributario Internazionale, Padova, 2002, p. 44.

⁴ Per un approfondimento sul tema si veda: P. ROSSI MACCANICO, *L'opzione tra integrazione e doppia tassazione degli utili societari negli Stati Uniti. Il raffronto internazionale*, in *Rass. Fisc. Int.*, 2003. L'Autore osserva che tale orientamento della giurisprudenza statunitense ha legittimato

fettuazione di alcune operazioni elusive poste in essere per evitare la doppia imposizione degli utili societari. Nel presente scritto si è effettuata un'analisi dei tratti fondamentali del sistema tributario statunitense, integrandola, talvolta con l'approfondimento di alcune tematiche attinenti al diritto societario, come ad esempio la problematica relativa al trasferimento all'estero della sede di una società, che inevitabilmente influenzano direttamente anche i riflessi fiscali di tali operazioni. Come si vedrà nel corso dello scritto, alcune interpretazioni fornite dalla giurisprudenza italiana hanno elaborato principi che sono già codificati negli Stati Uniti da molto tempo. Infine, rileggendo l'affermazione pronunciata nel 1934 dal Giudice Learned Hand: *“Any one may so arrange his affairs that his taxes shall be as low as possible; he is not bound to choose that pattern which will best pay the Treasury; there is not even a patriotic duty to increase one's taxes⁵”*, non può non rilevarsi come ancora oggi il dibattito intorno al tema del confine tra legittimo risparmio d'imposta ed elusione fiscale sia tutt'altro che concluso.

1.2 L'oggetto della comparazione: il sistema di tassazione degli utili societari nei gruppi di società

Il tema sviluppato nel presente scritto è la comparazione dei sistemi di tassazione degli utili societari nei gruppi di società nel diritto italiano e statunitense. In tale contesto la scelta della forma giuridica attraverso cui svolgere un'attività d'impresa potrebbe essere non neutrale a causa della possibile esistenza, in un

per anni la seguente operazione elusiva: “Una tecnica particolarmente diffusa per evitare la doppia imposizione sugli utili societari consiste nell'effettuazione di operazioni di scissioni societarie in sospensione d'imposta effettuate ai sensi della Section 355 dell'Internal Revenue Code del 1986, attraverso le quali una società partecipante (T) nella società scissa (S) evita la tassazione degli utili societari inerenti alle plusvalenze realizzate dalla società T attraverso l'attribuzione di maggiori valori fiscali al costo della partecipazione posseduta nella società scissa S, successivamente alla scissione con attribuzione di azioni di S agli azionisti di T”.

⁵ Cfr. *Helvering v. Gregory*, 69 F.2d 809, 810-11 (2d Cir. 1934).

medesimo ordinamento tributario, di diversi sistemi di tassazione degli utili che trovano applicazione nei rapporti tra soci e società.

I principali sistemi di tassazione degli utili societari⁶ che un ordinamento tributario può prevedere sono i seguenti: a) *sistema classico*, nell'ambito del quale è prevista una doppia imposizione piena, ossia la prima volta in capo alla società e la seconda volta in capo al socio persona fisica, senza alcuna misura che preveda la rimozione della doppia imposizione economica; b) *sistema di integrazione parziale*, che si può ottenere sia applicando agli utili accantonati un'aliquota di tassazione più alta rispetto a quelli distribuiti, che garantendo un credito d'imposta al socio pari o inferiore rispetto all'imposta versata dalla società all'atto della produzione del reddito; anche un sistema che preveda l'esenzione parziale, dalla base imponibile dei soci, dei dividendi già tassati in capo alla società, rientra in tale sistema; c) *sistema di integrazione piena*, che prevede l'imputazione dei redditi prodotti dalla società direttamente in capo ai soci e la tassazione esclusivamente in

⁶ Per un approfondimento sui principali sistemi di tassazione degli utili societari si veda: G. MELIS, *Lezioni di Diritto Tributario*, Giappichelli, 2013, p. 520. L'Autore, a tal proposito, ricostruisce l'evoluzione storica che ha portato il legislatore italiano ad adottare il vigente regime di imposizione degli utili. Dopo una prima proposta di direttiva effettuata nel 1975, la Commissione Europea aveva successivamente abbandonato l'idea di armonizzare i sistemi di tassazione società/azionisti attraverso tale strumento normativo. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, invece, con una serie di sentenze, emanate già dalla metà degli anni '80, ha messo in crisi i vari sistemi che prevedevano la rimozione della doppia imposizione nei rapporti tra società e socio tramite la concessione di un credito d'imposta. Successivamente, con la comunicazione della Commissione Europea del 19 dicembre 2003 (COM 2003-810), avente ad oggetto la tassazione dei dividendi delle persone fisiche nel mercato interno, veniva affermato che le normative degli Stati membri che prevedevano una tassazione dei dividendi in entrata o in uscita superiore rispetto a quella applicata ai dividendi domestici non erano in linea con il diritto dell'Unione Europea, in quanto, secondo la Commissione, tale discriminazione "può costituire una restrizione degli investimenti transfrontalieri con una conseguente frammentazione dei mercati finanziari dell'UE". Inoltre, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 7 settembre 2004 (C-319/02), relativa al caso *Manninen*, aveva stabilito che un ordinamento tributario che concede la possibilità di scomputare il credito d'imposta sui dividendi provenienti da società residenti nel medesimo Paese di residenza del socio e che non garantisce la possibilità di scomputare il credito d'imposta con riferimento ai dividendi provenienti da società estere è in conflitto con il principio di libera circolazione dei capitali. Per un approfondimento sul sistema di imposizione degli utili societari negli Stati Uniti si veda: P. ROSSI MACCANICO, *L'opzione tra integrazione e doppia tassazione degli utili societari negli Stati Uniti. Il raffronto internazionale*, cit..

capo ad essi. Come si vedrà più avanti, prima ancora di effettuare l'analisi dei sistemi di tassazione degli utili dei due ordinamenti, è stata effettuata un'analisi comparata del rapporto tra residenza e soggettività passiva ai fini delle imposte sul reddito che ha offerto interessanti spunti di riflessione. L'analisi della “*Check-the-box*” *Regulation* è stata fondamentale al fine di comprendere il sistema di tassazione degli utili prodotti al di fuori dal territorio degli Stati Uniti da parte di società estere appartenenti a gruppi statunitensi.

Come si vedrà più avanti, il sistema italiano prevede sia un sistema di integrazione piena, nei casi in cui sia possibile o sia obbligatorio adottare l'istituto della trasparenza fiscale, che un sistema di integrazione parziale, nella misura in cui i dividendi percepiti dai soci persone fisiche vengono sottoposti ad imposizione nella misura del 49,72% del loro ammontare (nel caso di dividendi provenienti da partecipazioni qualificate) ovvero secondo un'imposta cedolare del 26% (nel caso di dividendi provenienti da partecipazioni non qualificate).

Il sistema tributario statunitense è invece un sistema classico di doppia imposizione che prevede anche un'imposta sui profitti accumulati. Tale caratteristica del sistema offre interessanti spunti di riflessione con riferimento alla tassazione di dividendi provenienti dall'estero, soprattutto in un'ottica comparata. Completano l'indagine l'analisi del funzionamento dei meccanismi di eliminazione della doppia imposizione nei rapporti società/socio nell'ambito del consolidato fiscale, le modalità di rettifica delle transazioni infragruppo adottate nei due ordinamenti e l'analisi del funzionamento dei punti fondamentali della Convenzione contro le doppie imposizioni attualmente in vigore tra l'Italia e gli Stati Uniti.

CAPITOLO SECONDO

SISTEMA DI TASSAZIONE DEGLI UTILI SOCIETARI NEI GRUPPI DI SOCIETÀ NEL DIRITTO ITALIANO

SOMMARIO: 2.1 L'imposta sul reddito delle società; 2.2 I Soggetti passivi IRES
2.3 Il problema della soggettività; 2.4 La residenza fiscale dei soggetti passivi IRES; 2.4.1. La sede legale; 2.4.2. La sede dell'amministrazione; 2.4.3. L'oggetto principale; 2.5 Le transazioni infragruppo; 2.6 La nozione di dividendo nel diritto tributario italiano; 2.7 Le modalità di tassazione dei dividendi; 2.7.1 La tassazione dei dividendi domestici; 2.7.2 La tassazione dei dividendi in uscita; 2.7.3 La tassazione dei dividendi in entrata; 2.7.4 La tassazione dei dividendi provenienti da Paesi black list; 2.8 Considerazioni sistematiche in relazione al doppio regime di circolazione delle partecipazioni; 2.9 La tassazione dei gruppi; 2.9.1 Il consolidato fiscale; 2.9.2 I soggetti ammessi in qualità di consolidanti; 2.9.3 I soggetti ammessi in qualità di consolidati; 2.9.4 Il requisito del controllo: profili di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea; 2.9.5 Le modalità di esercizio dell'opzione e la regolazione dei rapporti interni; 2.9.6 Soggetti esclusi; 2.9.7 La dichiarazione di gruppo.

2.1. L'imposta sul reddito delle società

La riforma⁷ del sistema di imposizione del reddito prodotto dalle società è una delle principali disposizioni tributarie emanate dal Governo in attuazione dei

⁷ Per un approfondimento sulle modifiche apportate al sistema tributario italiano dalla riforma fiscale entrata in vigore il 1° gennaio 2004, a seguito dell'emanazione del decreto legislativo n. 344 del 2003, si vedano: G. VISENTINI, F. MARCHETTI, G. MELIS, *L'imposta sul reddito delle società (IRES): spunti di approfondimento su alcuni aspetti qualificanti della riforma*. Testo dell'audizione informale presso il Senato della Repubblica, VI Commissione Finanze e Tesoro,

principi dettati dalla legge delega n. 80 del 2003. Una delle principali modifiche apportate al sistema di imposizione delle società riguarda il passaggio dal metodo dell'imputazione a quello dell'esenzione. Nel modello impositivo previgente, infatti, le imposte versate dalla società erano solo un acconto rispetto all'imposta dovuta dal socio che, all'atto della percezione del dividendo, poteva godere di un credito d'imposta commisurato all'imposta versata dalla società. Con l'introduzione dell'Ires è stato introdotto nel sistema tributario italiano un regime di imposizione reale dove le imposte versate dalla società sono dovute a titolo definitivo ed il socio, qualora sia una società di capitali o un ente commerciale, può beneficiare di una tassazione minima dei dividendi percepiti. Discorso a parte merita la tassazione dei dividendi percepiti dai soci che non siano soggetti passivi Ires, il cui regime impositivo dipende dal tipo di partecipazione detenuta nella società che distribuisce il dividendo.

Come rilevato dalla dottrina⁸, “alla soggettività passiva formale delle società di capitali si è quindi sostituita una soggettività sostanziale, abbandonando l'idea anacronistica per cui la società è solo lo strumento per l'esercizio dell'attività da parte dei soci e costruendo un sistema impositivo di carattere più accentuatamente reale”. Secondo i principi fissati dal legislatore delegante, il Governo era chiamato a riformare il complesso di norme che regolamentano la tassazione delle società “adottando un modello fiscale omogeneo a quelli più efficienti in essere nei Pa-

disponibile, nel momento in cui si licenzia il presente scritto, al seguente indirizzo: <http://archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/osservatori/tributario/IRES.pdf>; M. BASILAVECCHIA, *La nuova imposta sul reddito delle società (IRES): lineamenti generali*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007. A. DODERO, G. FER-RANTI, L. MIELE, *L'imposta sul reddito delle società, seconda edizione*, 2006, pp. 19-30.

⁸ Cfr. L. SALVINI, *Diritto Societario e Diritto Tributario: dieci anni dalle riforme*, in *Giur. Comm.*, 2014, p. 698.

esi membri dell'Unione europea⁹”. Come risulta dalla relazione allo schema di decreto legislativo recante la riforma dell'imposizione sul reddito delle società, gli aspetti qualificanti della nuova disciplina¹⁰, riguardano:

- la tassazione consolidata a livello di gruppo;
- il nuovo regime dei dividendi e delle plus/minusvalenze realizzate su cessioni di partecipazioni;
- l'introduzione di norme finalizzate al contrasto della sottocapitalizzazione delle imprese;
- l'introduzione di un'aliquota d'imposta unica, con la conseguente eliminazione della Dit e dell'imposta sostitutiva sulle operazioni straordinarie d'impresa;
- il regime di “trasparenza” per le società di capitali.

Le suddette disposizioni, inoltre, dovevano essere emanate, per quanto possibile, in armonia con le nuove disposizioni in materia di diritto societario.

A dieci anni di distanza dall'entrata in vigore delle norme si può affermare che nel delineare la nuova imposta sul reddito delle società, il Governo abbia avvicinato, almeno da un punto di vista “formale”, il modello di tassazione italiano a quello previsto nei Paesi dell'Europa occidentale¹¹. Al fine di riscontrare se il sistema italiano di tassazione delle società possa considerarsi vicino agli altri ordinamenti europei anche da un punto di vista “sostanziale” è necessaria un'analisi più complessa che tenga conto non solo dell'aliquota nominale applicata sul red-

⁹ Cfr. articolo 4 della legge delega n. 80 del 2003. Per un'analisi relativa al modello di tassazione dei redditi societari entrato in vigore in Italia in attuazione della predetta delega si veda: V. CERIANI, S. GIANNINI, *La tassazione delle società nel contesto comunitario*, in AA.VV. (a cura di P. RUSSO), *La riforma dell'imposta sulle società*, 2005, Giappichelli, pp. 1-38. F. RASI, *La tassazione dei redditi societari in ambito U.E.: il nuovo modello italiano a confronto con i sistemi degli altri paesi*, in *Rass. Trib.*, 2004, pp. 1789 e ss..

¹⁰ La relazione, a tal proposito, fa riferimento ai principi e criteri direttivi indicati nelle lettere da a) ad o) dell'articolo 4 comma 1 della legge n. 80 del 2003.

¹¹ Cfr. G. MELIS, R. TISCINI, *La tassazione del reddito di impresa: problemi attuali e prospettive di riforma in chiave comparatistica*, in *Rass. Trib.*, 2014, p. 97 e ss..

dito d'impresa prodotto dalle società ma anche delle modalità di calcolo della base imponibile che possono determinare una sensibile differenza tra il “tax rate nominale” e quello “effettivo”. Dai risultati raggiunti dalla ricerca “La tassazione delle società nell'Europa allargata”¹², che ha analizzato i modelli di tassazione del reddito delle società utilizzati in undici Stati appartenenti all'Unione Europea¹³, è emerso che, nell'ambito dei Paesi esaminati, è possibile classificare i sistemi di tassazione del reddito d'impresa prodotto dalle società nei seguenti termini:

- sistemi con aliquota alta e base imponibile allargata (sistema ad alta pressione, che sfrutta tutti gli spazi possibili per l'incremento della pressione fiscale);
- sistemi con aliquota alta e base imponibile ristretta (sistema ad incentivi, che fissa un'aliquota elevata salvo poi introdurre incentivi fiscali per specifiche scelte);
- sistemi con aliquota bassa e base imponibile allargata (sistema opaco, che concede alle imprese sul fronte delle aliquote per poi drenare con allargamenti selettivi delle basi imponibili);
- sistemi con aliquota bassa e base imponibile ristretta (sistema attrattivo, che unisce aliquote moderate ad ulteriori incentivi selettivi per determinate scelte aziendali).

In tale contesto, è emerso che il sistema italiano di tassazione dei redditi prodotti dalle società sia il più penalizzante tra quelli analizzati. Le modifiche effettuate con la legge finanziaria per il 2008, che sono andate nella direzione di avvi-

¹² Si tratta di una ricerca realizzata nell'ambito del Ceradi (LUISS) “La tassazione delle società nell'Europa allargata”, Roma, Edizioni Discendo Agitur, 2012, pp. 307, disponibile anche all'indirizzo internet:

<http://www.fondazionebrunovisentini.eu/site/wpcontent/uploads/2012/07/Latassazione-delle-societ%C3%A1-nell-Europa-allargatapubblicato-concopertina.pdf>.

¹³ Gli undici Paesi presi in considerazione ai fini della ricerca sono: Italia, Francia, Spagna, Olanda, Germania, Gran Bretagna, Slovenia, Estonia, Polonia, Ungheria, Malta.

cinare la base imponibile fiscale a quella civilistica, hanno determinato un allargamento della base imponibile che “non risulta in alcun modo compensato dalla riduzione di 5 punti percentuali e mezzo dell’aliquota formale (dal 33% al 27,5%)¹⁴”.

Una delle principali modifiche attuate a seguito dell’emanazione della legge finanziaria per il 2008 è rappresentata, infatti, dalla razionalizzazione della disciplina delle deduzioni extracontabili che permetteva alle società di ridurre la base imponibile ai fini IRES senza effettuare alcuna modifica nel bilancio civilistico. Secondo quanto risulta dalla relazione illustrativa alla predetta legge, si trattava di un fenomeno che aveva raggiunto dimensioni “non più compatibili con la funzione che l’istituto delle deduzioni extracontabili avrebbe dovuto assolvere”. Nei modelli di dichiarazione relativi agli anni 2004 e 2005 l’importo delle deduzioni extracontabili aveva raggiunto la cifra di oltre 14 miliardi. La possibilità di dedurre extracontabilmente alcune componenti di natura estimativa era stata una delle principali novità introdotte con la riforma del sistema fiscale entrata in vigore a partire dal 1° gennaio 2004. Oltre alla rilevante dimensione assunta da tale fenomeno, il legislatore ha deciso di cambiare radicalmente la disciplina della deduzione extracontabile dei costi in quanto non sembrava ragionevole che fosse ammessa “la deduzione generalizzata di costi privi di giustificazione economica¹⁵”.

¹⁴ Così G. MELIS, R. TISCINI, *La tassazione del reddito di impresa: problemi attuali e prospettive di riforma in chiave comparatistica*, cit. Gli Autori rilevano inoltre che: “L’allargamento della base imponibile conduce ad un’aliquota effettiva ben superiore al 27,5%; e ciò è dovuto non solo all’effetto spesso distorsivo dell’IRAP, ma anche a difetti endogeni delle norme di determinazione della base imponibile IRES. Ci si riferisce, tra l’altro, alla mancata revisione delle tabelle dei coefficienti fiscali di ammortamento, spesso anacronistici; o ai limiti alquanto stringenti previsti per la deduzione degli interessi passivi”.

¹⁵ Cfr. relazione illustrativa alla legge finanziaria per il 2008.

Un altro intervento strutturale contenuto nella legge finanziaria per il 2008 è la modifica del regime fiscale degli interessi passivi nell'ambito del reddito d'impresa, dettato dalla eccessiva complessità della disciplina previgente. La concreta applicazione del pro-rata patrimoniale prima, e dell'istituto della *thin cap* dopo, avevano creato non pochi problemi interpretativi¹⁶. Con l'introduzione del nuovo regime di deducibilità, il legislatore si era posto l'obiettivo di sostituire alle tre discipline previgenti una sola norma di più immediata applicazione e di più chiara finalità. Il parametro di riferimento scelto dal legislatore per determinare la quota di interessi passivi deducibili, al netto degli interessi attivi, è il 30% del risultato operativo lordo.

Con riferimento alla fiscalità dei gruppi, infine, la legge finanziaria per il 2008 ha abrogato le rettifiche di consolidamento vigenti in precedenza “determinando il passaggio da un sistema in cui il reddito del gruppo era inteso come aggregazione dei singoli imponibili opportunamente rettificata, ad un sistema in cui il reddito di gruppo è il semplice risultato di una somma algebrica dei singoli imponibili¹⁷”. Inoltre, in base alle conclusioni a cui era giunta la c.d. Commissione Biasco, istituita nel 2006 per analizzare il sistema di imposizione delle società ed elaborare dei correttivi¹⁸, le norme agevolative in materia di consolidato fiscale, tra cui la detassazione totale dei dividendi distribuiti tra soggetti che aderivano al medesimo perimetro di consolidamento, non erano più necessarie alla luce della “crescente familiarizzazione che le imprese mostrano verso di esso e alla luce del re-

¹⁶ Cfr. F. PORPORA, *Problematiche applicative della thin cap alle operazioni straordinarie*, in *Il Fisco*, 2006, p. 1-67.

¹⁷ Così D. CASALE, *Il consolidato nazionale*, in AA. VV. (a cura di C. BUCCICO), *La tassazione dei gruppi d'impresa*, 2014, Maggioli Editore, p. 149, che a sua volta rinvia a S. MORATTI, *Il consolidato fiscale nazionale*, Giappichelli Editore, 2013, p. 134.

¹⁸ Cfr. J. M. DEL BO, D. PESOLE, *Il Governo riapre il cantiere dell'IRES*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 giugno 2006.

quisito della percentuale di possesso, tra i meno stringenti nei paesi europei per l'adesione al consolidato nazionale". Tra l'altro, come risulta dalle conclusioni raggiunte dalla predetta Commissione, l'esclusione totale da imposizione dei dividendi avrebbe finito "per premiare le piramidi societarie, anche se difficilmente quelle che hanno carattere patologico hanno i requisiti per fruire del consolidato".

2.2 I Soggetti passivi IRES

L'individuazione dei soggetti passivi dell'Ires è contenuta nell'articolo 73 del Tuir, che considera soggetto passivo dell'Ires "qualsiasi soggetto di diritto, diverso dalle persone fisiche. Fanno eccezione due categorie: la prima è costituita dalle società di persone (ed enti equiparati), i cui redditi sono imputati per trasparenza ai soci; la seconda è costituita da alcuni enti pubblici, che sono esenti (organismi e amministrazioni dello Stato, comuni, comunità montane, provincie e regioni)¹⁹".

Il legislatore ha suddiviso tali soggetti passivi in quattro categorie: a) le società di capitali residenti; b) gli enti commerciali residenti; c) gli enti non commerciali residenti; d) le società e gli enti non residenti. Considerato che la disciplina dei soggetti di cui ai punti a) e b) è unitaria, i primi tre gruppi possono essere ridotti a due: società ed enti commerciali; enti non commerciali²⁰.

Con le novità introdotte dalla riforma fiscale entrata in vigore il 1° gennaio 2004, nell'ambito della quale sono stati inseriti per la prima volta nell'ordinamento nuovi istituti quali ad esempio il consolidato fiscale²¹ e la trasparenza fiscale²² per

¹⁹ Così F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte Speciale*, Utet, 2009, p. 92.

²⁰ Così F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte Speciale*, cit., p. 91.

²¹ Per un approfondimento sul consolidato nazionale si veda: D. CASALE, *Il consolidato nazionale*, in AA. VV. (a cura di C. BUCCICO), cit., pp. 93-183.

le società di capitali, il suddetto elenco di soggetti passivi potrebbe risultare in alcuni casi meramente “nozionistico” in quanto, limitatamente ad alcuni soggetti giuridici, è stata concessa al contribuente una certa flessibilità in merito alla scelta del regime di tassazione applicabile ai fini delle imposte dirette. Ad esempio, la possibilità di optare per il regime di trasparenza nel caso delle società a responsabilità limitata, come si vedrà più avanti, determina il venir meno della soggettività passiva di tali soggetti ai fini dell'Ires. Quanto alle problematiche relative all'interpretazione del secondo comma dell'articolo 73 del Tuir, che individua come soggetti passivi dell'Ires “le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario e autonomo”, si rinvia alle considerazioni che saranno effettuate nel prossimo paragrafo.

2.3 Il problema della soggettività

La riforma fiscale del 2003, da un punto di vista sistematico, ha accentuato le differenze tra la soggettività tributaria e quella di diritto civile²³. Nel caso della trasparenza fiscale, ad esempio, disciplinata dagli articoli 115 e 116 del Tuir, la società a responsabilità limitata “trasparente” perde sicuramente la soggettività tributaria, in quanto il reddito da essa prodotto viene imputato direttamente ai so-

²² Per un approfondimento sulla tassazione per trasparenza si veda: F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria - Profili ricostruttivi di un modello impositivo*, Cedam, 2012, pp. 1-387.

²³ Per un approfondimento sul rapporto tra la soggettività di diritto civile e quella di diritto tributario, si vedano: L. CASTALDI, *Soggettività tributaria*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, VI, Milano, 2006, p. 5621; P. SELICATO, *L'attuazione del tributo nel procedimento amministrativo*, Milano, 2001, p. 151; F. GALLO, *I soggetti del libro primo del codice civile e l'Irpeg: problematiche e possibili evoluzioni*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1993, pp. 345 e ss.; A. AMATUCCI, *Soggettività tributaria*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, p. 1.; E. ANTONINI, *Personalità giuridica e imposta sulle persone giuridiche*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1978, pp. 381 e ss.; G. A. MICHELI, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1977, pp. 419 e ss..

ci, i quali devono provvedere al calcolo ed al pagamento dell'imposta dovuta²⁴. La perdita di soggettività da un punto di vista tributario non fa venir meno l'autonomia patrimoniale perfetta garantita dal codice civile a tale soggetto giuridico, sicuramente per quanto riguarda i rapporti con i terzi diversi dall'Amministrazione finanziaria. Il legislatore, infatti, per esigenze di cautela fiscale ha previsto che nel caso di adesione al regime della trasparenza fiscale “la società partecipata è solidalmente responsabile con ciascun socio per l'imposta, le sanzioni e gli interessi conseguenti l'obbligo di imputazione del reddito”²⁵. Come rilevato dalla dottrina²⁶, tale previsione non altera la linearità del discorso relativo alla perdita della soggettività tributaria da parte della società trasparente in quanto tale regime di responsabilità²⁷ può essere definito come un “particolarismo tributario alla cui origine non ci sono ragioni sistematiche ma solo esigenze di cautela fiscale²⁸”. Nel caso del consolidato fiscale, invece, l'opzione per tale regime di tassazione non determina il venir meno della soggettività tributaria delle società controllate in quanto la società controllante, nel caso in cui si trovi ad aver versato all'Erario maggiori somme dovute in forza della responsabilità solidale prevista dall'articolo²⁹ 127 del Tuir può rivalersi nei confronti della società controllata “inadempiente”.

La procedura di determinazione del reddito e delle relative imposte dovute dalla società consolidante è composta essenzialmente da due fasi: nella prima, cia-

²⁴ A tal fine è possibile anche la compensazione dei redditi imputati per trasparenza dalla società “trasparente” con le perdite dei soci, ma limitatamente a quelle realizzate nel corso del periodo in cui tali soggetti optano per il regime di trasparenza fiscale.

²⁵ Cfr. articolo 115, comma 8 del Tuir.

²⁶ P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, in AA.VV. (a cura di P. RUSSO), *La riforma dell'imposta sulle società*, 2005, Giappichelli, p. 74.

²⁷ Si tratta di una responsabilità, a titolo di garanzia, di tipo dipendente.

²⁸ P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, cit., p. 74.

²⁹ P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, cit., p. 81.

scuna società inclusa nel perimetro di consolidamento determina il proprio reddito mentre nella seconda la società consolidante determina l'imponibile di gruppo.

Come rilevato dalla dottrina³⁰, l'opzione per il consolidato fiscale non determina la nascita di un nuovo soggetto avente una soggettività giuridica propria ed autonoma rispetto alle imprese partecipanti alla tassazione di gruppo. Sebbene alla controllante sia assegnato un ruolo strategico nella fase della liquidazione del tributo per ragioni di semplificazione nell'attuazione del rapporto tributario, tale circostanza non necessariamente attribuisce a quest'ultima la qualità di contribuente, che permane in capo alle singole consolidate. Un'altra parte della dottrina ritiene, invece, che nel caso del consolidato fiscale il "gruppo" assuma una propria soggettività giuridica distinta da quella delle imprese partecipanti al consolidato.

Tra le varie sentenze in cui la giurisprudenza di merito ha affrontato tale questione merita approfondimento la tesi sostenuta dalla Commissione Tributaria Provinciale di Reggio Emilia³¹, che nella sentenza relativa alla contestazione di un prestito infruttifero infragruppo ha sostenuto che: "se è pur vero, che la determinazione in capo alla controllante di un'unica base imponibile per il gruppo di imprese che vi partecipano non comporta il venir meno della soggettività delle società consolidate, posto che il configurarsi di un unico centro di imputazione di interessi si verifica attraverso la sommatoria algebrica di vari imponibili separatamente determinati, in modo autonomo, in capo alle singole società" non può trascurar-

³⁰ Cfr. A. FANTOZZI, *I rapporti di gruppo*, in AA.VV. (a cura di P. RUSSO), *La riforma dell'imposta sulle società*, 2005, Giappichelli, pp. 167-190. Sul medesimo punto si segnala la ricostruzione dei due filoni dottrinali effettuata dalla Corte di Cassazione, sez. pen. I, sentenza n. 43899 del 25 ottobre 2013. In tale sentenza la Suprema Corte, pur analizzando brevemente le teorie della dottrina in materia di soggettività, ha ritenuto tale punto non decisivo ai fini della decisione.

³¹ Cfr. Comm. Trib. Prov. di Reggio Emilia, Sentenza n. 93 del 28 maggio 2013 .

si che “sul piano degli effetti, la scelta del consolidamento fiscale comporta che l’IRES non è più dovuta da tanti soggetti passivi quanti sono le società che hanno determinato gli imponibili da assoggettare a tassazione, ma da un “macrosogetto” che attrae su di sé tutta la ricchezza realizzata all’interno del gruppo che ha espresso l’opzione per il consolidato”. Secondo i giudici emiliani, il consolidato fiscale presenta le caratteristiche di un consolidamento di tipo economico e non semplicemente finanziario, come invece avviene ad esempio nel caso dell’Iva di gruppo. Applicando tali principi, la suddetta Commissione Tributaria ha sostenuto che le operazioni infragruppo siano “neutrali” da un punto di vista fiscale. In altre parole, la rettifica del valore di una transazione infragruppo, in virtù del principio di doppia non imposizione statuito dall’articolo 163 del Tuir, dovrebbe comportare una corrispondente rettifica in diminuzione del reddito accertato nei confronti del soggetto che riceve il bene o la prestazione di servizi.

A tal proposito occorre rilevare, come sostenuto nel caso *de quo* dall’Amministrazione Finanziaria, che il gruppo non può essere considerato come un soggetto passivo e pertanto la somma algebrica degli imponibili non può avvenire in deroga ai criteri di tassazione previsti per le singole società che vi partecipano e che il consolidato fiscale non può creare un legame, tra le posizioni delle singole società facenti parte del gruppo, differente da quello che intercorrerebbe tra le stesse in assenza del regime di consolidamento. In buona sostanza, secondo l’Ufficio Finanziario, il contribuente non potrebbe avvalersi del consolidato fiscale per giustificare il trasferimento di utili infragruppo in esenzione d’imposta.

L’alterazione delle transazioni infragruppo, in alcuni casi, potrebbe determinare l’aggiramento della disposizione contenuta nell’articolo 118, comma 2 del

Tuir, che vieta il trasferimento, dalla consolidata alla consolidante, delle perdite subite dalla prima in un'epoca antecedente rispetto all'adesione al consolidato fiscale. Il principio secondo cui le transazioni infragruppo sarebbero neutrali ai fini del calcolo del reddito imponibile di gruppo è pertanto, a parere di chi scrive, un principio relativo e non assoluto³².

Oltre alle ipotesi analizzate sinora, il problema della soggettività ai fini I-res si pone nel caso in cui un gruppo di imprese, anche appartenenti a soggetti economici diversi, stipuli congiuntamente un contratto di appalto con un soggetto terzo per la realizzazione di un'opera, nell'ambito ad esempio di un contratto di associazione temporanea d'impresa. In tal caso, il problema della tassazione dell'utile prodotto dal "gruppo" di imprese non è affatto di immediata soluzione, in quanto potrebbero verificarsi essenzialmente due situazioni: a) ciascuna impresa realizzerà il proprio presupposto d'imposta in maniera autonoma e l'utile complessivo derivante dalla realizzazione dell'opera non sarà quindi tassato autonomamente ma in capo a ciascuna società partecipante; b) l'utile complessivo derivante dalla

³² Cfr. sul punto M. GRAZIOLI, M. THIONE, *Il refreshing delle perdite nel consolidato fiscale*, in Il Fisco, 2011, p. 4172. A tal proposito gli Autori, rilevano che: "Parte della dottrina tende ad escludere la diretta valutazione delle valide ragioni economiche dell'operazione di *refreshing*, propendendo per la mera valutazione dell'eventuale abnormità del comportamento sul versante civilistico. In tal senso, le valide ragioni economiche dell'operazione non potrebbero essere altrimenti sindacate in riconoscimento del principio di autonomia contrattuale del contribuente. Sicuramente l'"abnormità" del comportamento costituisce un significativo indice oggettivo ai fini della valutazione "elusiva" dell'operazione di *refreshing*, così come lo può essere l'effettuazione dell'operazione non al "valore normale". Tuttavia, le valide ragioni economiche arricchiscono ulteriormente l'analisi di elusività dell'operazione, caratterizzandone l'elemento soggettivo; quest'ultimo è, appunto, costituito dalle valide ragioni economiche a sostegno dell'interesse che all'apparenza si assume di perseguire". Cfr., inoltre, M. ANDRIOLA, *Compensazione infragruppo di perdite pregresse: dov'è l'elusione fiscale?*, in Rass. Trib., 2007, p. 1143. In merito all'esistenza di un divieto nell'ordinamento teso ad ostacolare il commercio infragruppo delle cd. bare fiscali, l'Autore sostiene che le operazioni infragruppo che avvengono ad un valore diverso da quello normale, pur potendo essere mosse "esclusivamente da finalità di risparmio d'imposta, difetterebbero della fondamentale condizione della preordinazione di più atti e negozi giuridici alla precostituzione di un regime impositivo favorevole. Opinando diversamente, l'inaccettabile conseguenza cui si andrebbe incontro è l'introduzione nel nostro ordinamento tributario di uno strisciante principio di matrice anglosassone della prevalenza della sostanza sulla forma, foriero di scardinare qualsiasi atto o negozio giuridico posto in essere in nome di una presunta ed evanescente differenza sostanza economica dell'atto o del negozio giuridico medesimo".

realizzazione dell'opera sarà tassato in maniera autonoma in capo ad un nuovo soggetto passivo, costituito appunto dall'associazione temporanea di imprese.

In dottrina si è posto il problema se un'associazione temporanea di imprese possa configurare o meno un'altra organizzazione non appartenente ad altri soggetti passivi, nei confronti della quale “il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario e autonomo³³”. Si tratta di un problema di non facile soluzione, in quanto attiene alla possibilità di attribuire o meno la soggettività tributaria ad entità prive di soggettività civilistica.

Da un punto vista civilistico, sono interessanti le motivazioni utilizzate dal Tribunale di Teramo³⁴ per affermare la mancanza di soggettività in capo ad un raggruppamento temporaneo di imprese nell'ambito di un giudizio di opposizione all'esecuzione. In tale sentenza i giudici hanno stabilito che “Il contratto associativo alla base della figura in questione crea quindi un centro autonomo di imputazione, terzo rispetto alle associate, realizzando una forma embrionale e incompleta di soggettività giuridica la quale trova la sua massima concretezza solamente nei casi previsti dalla legge (forme societarie). La soggettività giuridica, che realizza l'autonomia patrimoniale, è infatti sottratta all'autonomia negoziale e dipende esclusivamente dal ricorso ad una delle figure tassativamente previste dalla legge”. Nella medesima sentenza è stato inoltre sostenuto che “può dunque affermarsi che l'associazione temporanea di imprese è caratterizzata dall'occasionalità, temporaneità e limitatezza del raggruppamento. È opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza quella per cui l'associazione temporanea di imprese, sebbene realizzi

³³ L'articolo 73, comma 2 del Tuir, comprende tra i soggetti passivi Ires, oltre alle persone giuridiche: “le associazioni non riconosciute, i consorzi e le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario e autonomo”.

³⁴ Cfr. Tribunale di Teramo, Sez. Civ., sent. n. 78 del 18 gennaio 2010.

una ipotesi di autonoma soggettività giuridica, potendo compiere atti e negozi giuridici in nome e per conto delle imprese mandanti e costituendo pertanto un autonomo centro di imputazione degli effetti negoziali, non realizzi tuttavia una ipotesi di autonomia patrimoniale non potendosi individuare una organizzazione, un patrimonio e financo degli interessi distinti da quelli delle singole imprese che la compongono”.

Qualora si aderisse alla teoria che non configura in capo alle associazioni temporanee di imprese un'autonoma soggettività di diritto civile³⁵ il problema della soggettività di diritto tributario potrebbe essere risolto in maniera “autonoma” in tale branca del diritto, non facendo quindi più riferimento ai principi del diritto comune. A tal proposito, la prassi dell'Amministrazione Finanziaria, sebbene risalente, milita in favore di un diverso approccio alla soluzione del problema nell'ambito del diritto tributario.

Nella Risoluzione n. 2147 del 1982, emanata dall'allora Ministero delle Finanze, è stato sostenuto che: “Le evidenziate caratteristiche di gestione imprenditoriale portano infatti ad individuare nell'ipotizzata riunione di imprese, un organismo associativo la cui attività si concreta nell'esecuzione di un'opera unitaria ed oggettivamente indivisibile e nel correlativo conseguimento di un reddito d'impresa nell'ambito di un unico processo produttivo; ciò è dimostrato dal fatto che i

³⁵ La sentenza emanata dal Tribunale di Teramo rinvia ad una sentenza della Corte di Cassazione in cui era stato stabilito che le associazioni temporanee di imprese non hanno un'autonomia processuale: “Milita nel senso della assenza di autonomia della associazione temporanea anche il principio affermato dalla Cassazione per cui “in tema di appalto di opere pubbliche stipulato da un'associazione temporanea di imprese, allorché sia proposta, nei confronti del committente, domanda giudiziale da parte di tutte le imprese costituenti l'A.T.I. - nonostante il dettato di cui all'art l'art. 23, comma 9, del d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, il quale stabilisce che l'impresa capogruppo ha “la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle imprese mandanti nei confronti del soggetto appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto” - deve ritenersi che il contraddittorio sia ritualmente instaurato, non essendo configurabile un interesse del raggruppamento che non si identifichi con la somma degli interessi delle imprese medesime”.

risultati conseguiti da ciascuna impresa non discendono dalla combinazione dei fattori produttivi autonomamente operata ma sono rapportati convenzionalmente alla misura di un terzo degli utili realizzati complessivamente”.

In questo caso, che rinvia ad una precedente risoluzione³⁶, in cui era stato raggiunto il medesimo risultato interpretativo, l'approccio utilizzato dall'interprete è essenzialmente basato sulla prevalenza della sostanza economica del fenomeno del raggruppamento d'impresе, piuttosto che sulla sua disciplina giuridica che, come visto, porterebbe a risultati diametralmente opposti.

La Corte di Cassazione³⁷ si è occupata della questione della soggettività ai fini Iva delle associazioni temporanee di imprese ed ha cassato la sentenza di una Commissione Tributaria Regionale in quanto ha ritenuto che quest'ultima si fosse limitata a rilevare la sussistenza della soggettività passiva in capo all'associazione temporanea d'impresa “esprimendosi sempre nei termini generici di un “soggetto unitario”, la cui natura giuridica resta indeterminata”.

Da quanto è emerso sinora, il problema fondamentale attinente alla soggettività tributaria delle associazioni temporanee di imprese potrebbe essere risolto autonomamente dal diritto tributario, da un punto di vista teorico, utilizzando i criteri ermeneutici elaborati dalla prassi dell'Amministrazione Finanziaria. Nel momento in cui si verificasse un inadempimento rispetto agli obblighi tributari da parte di tale “soggetto autonomo” l'azione accertatrice ed eventualmente l'attività di riscossione si troverebbe di nuovo a confrontarsi con la natura giuridica indeterminata del suddetto soggetto, e l'individuazione del “soggetto debitore” nei confronti del Fisco tornerebbe di nuovo ad essere di competenza del diritto civile.

³⁶ Cfr. Risoluzione n. 9/571 del 30 marzo 1979.

³⁷ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. V Civ., Sent. n. 6791 del 2009.

2.4 La residenza fiscale dei soggetti passivi IRES

La corretta individuazione della residenza fiscale di una società assume un ruolo centrale per quanto riguarda la determinazione dell'*an* e del *quantum debeat* da sottoporre ad imposizione in Italia. Come rilevato dalla dottrina, la sussistenza o meno dello *status* di soggetto fiscalmente residente in Italia “si inserisce soltanto in un preciso momento nel perfezionamento della fattispecie tributaria e non attiene alla soggettività passiva né si identifica con il presupposto di imposta, né si pone sul medesimo piano del criterio del luogo di produzione del reddito, né infine può negarsene la natura di criterio di collegamento, bensì complessivamente intesa, con gli effetti sopra individuati³⁸”.

Come si vedrà più avanti, la sussistenza o meno della residenza fiscale in Italia di una società può influenzare anche la possibilità, per quest'ultima, di essere inclusa nel perimetro di consolidamento nel caso in cui appartenga ad un gruppo che abbia optato per il consolidato fiscale.

I soggetti fiscalmente residenti in Italia sono ivi tassati per i redditi ovunque prodotti su base mondiale, fatta salva la possibilità di scomputare, secondo i limiti fissati dall'articolo 165 del Tuir, le imposte già versate all'estero da quelle dovute sui redditi oggetto di tassazione anche in Italia.

I soggetti non residenti sono tassati in Italia solo per i redditi ivi prodotti, fatta salva comunque l'applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni che spesso attribuiscono la potestà impositiva allo Stato di residenza, soprattutto per quanto riguarda i cd. *passive income*. I soggetti fiscalmente residenti all'estero, che sono tassati in Italia solo per la quota di reddito ivi prodotta, fatta

³⁸ Cfr. G. MELIS, *Le interrelazioni tra le nozioni di residenza fiscale e stabile organizzazione: problemi ancora aperti e possibili soluzioni*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2014, p. 29.

salva sempre l'applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni, determinano il reddito da assoggettare ad IRES seguendo regole particolari³⁹.

L'articolo 73 del Tuir, oltre a contenere l'elenco dei soggetti passivi IRES, contiene i criteri di collegamento con il territorio dello Stato italiano che determinano lo status di società o ente residente in Italia. Anche in questo caso, come si vedrà più avanti, le disposizioni contenute nell'articolo 73 devono essere coordinate con quanto previsto dalle varie Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia in materia di risoluzione dei casi di doppia residenza fiscale. I criteri di collegamento scelti dal legislatore italiano sono sia di natura formale che sostanziale. Il comma 3 dell'articolo 73 del Tuir, infatti, prevede che: “ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la **sede legale** o la sede **dell'amministrazione** o **l'oggetto principale** nel territorio dello Stato”. I tre requisiti previsti dal legislatore sono tra di loro alternativi e devono sussistere per la maggior parte del periodo d'imposta.

2.4.1. La sede legale

La sussistenza in Italia della **sede legale**, assumendo un carattere meramente formale, non desta particolari difficoltà interpretative nel caso in cui la società o l'ente abbia per l'intero periodo d'imposta (o per la maggior parte del periodo) la sede legale nel territorio dello Stato italiano.

Qualora invece si tratti di un soggetto estero che trasferisca la propria sede legale in Italia nel corso del periodo d'imposta, quest'ultimo sarà immediata-

³⁹ Cfr. articoli 151 e 152 del Tuir.

mente considerato fiscalmente residente in Italia qualora nell'ordinamento di provenienza non sia ammessa la possibilità di trasferire all'estero la sede di una società costituita secondo il diritto nazionale se non dopo la dissoluzione e la liquidazione dell'ente. La necessità di provvedere alla costituzione di un nuovo soggetto giuridico, infatti, determinerebbe l'inizio dell'anno d'imposta a partire dalla data di costituzione del soggetto stesso e non renderebbe pertanto necessario analizzare la sussistenza del requisito della sede legale per la maggior parte del periodo d'imposta. Viceversa, qualora l'ordinamento di provenienza del soggetto estero che intende trasferire la propria sede legale in Italia ammetta la possibilità di effettuare tale trasferimento senza procedere alla preventiva liquidazione della società o dell'ente, trattandosi del medesimo soggetto, ai fini della verifica della sussistenza della sede legale in Italia per la maggior parte del periodo d'imposta assumerà rilevanza anche il periodo in cui il soggetto era residente nello Stato estero. Nella Risoluzione n. 9/2006, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che ai fini dell'individuazione della data da cui decorre la sussistenza del requisito della sede legale in Italia assume rilevanza la data di cancellazione dal registro delle imprese estero e non la data di deposito degli atti per l'iscrizione nel registro delle imprese italiano. Secondo la tesi dell'Amministrazione Finanziaria, inoltre, la possibilità per le società italiane di trasferire la propria sede legale all'estero senza la previa estinzione dell'ente è garantita implicitamente dall'articolo 2347 del codice civile, che considera tale evento come causa di recesso per i soci. In assenza di apposite disposizioni convenzionali, la disciplina civilistica applicabile alle società di diritto estero è quella contenuta nell'articolo 25 della legge n. 218/1995, che subordina

l'efficacia del trasferimento della sede risultante dallo statuto di una società al corretto adempimento degli obblighi previsti da entrambi gli Stati interessati⁴⁰.

2.4.2. La sede dell'amministrazione

L'esistenza in Italia della sede dell'amministrazione, intesa come sede della direzione effettiva dell'impresa, oltre ad essere considerato uno dei criteri che potrebbe configurare la residenza in Italia di una società, assume di solito un ruolo centrale nella risoluzione dei casi di doppia residenza fiscale. Nella maggior parte delle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia, infatti, l'individuazione della sede dell'amministrazione è sufficiente a dirimere le situazioni di doppia residenza fiscale degli enti diversi dalle persone fisiche. Le osservazioni al Commentario Ocse apposte dall'Italia ai fini dell'individuazione dei criteri di localizzazione della sede dell'amministrazione (*place of effective management*) hanno determinato una modifica del Commentario stesso, nel mese di luglio 2008. Prima di tale data, infatti, il Commentario Ocse faceva riferimento esclusivamente al luogo in cui si incontrano i direttori e gli amministratori della società per assumere le decisioni strategiche di gestione. A seguito dell'inserimento delle osservazioni effettuate dall'Italia, assume ora rilevanza anche il luogo in cui si svolgono le attività principali della società⁴¹.

Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione⁴², “la nozione di sede dell'amministrazione (...), in quanto contrapposta alla nozione di “sede legale”,

⁴⁰ Per un approfondimento sui profili fiscali del trasferimento della sede di una società estera in Italia, si veda: M. PIAZZA, G. D'ANGELO, M. VALSECCHI, *Aspetti fiscali del trasferimento della sede in Italia*, in *Il Fisco*, 2015, p. 1-56 e ss..

⁴¹ Cfr. V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, C. CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale*, II ed., Padova, 2012, p. 234.

⁴² Cfr. Cassazione civile, Sezione 5, sentenza n. 2869 del 2013.

deve ritenersi coincidente con quella di “sede effettiva” (di matrice civilistica), intesa come il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento - nei rapporti interni e con i terzi - degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e dell'impulso dell'attività dell'ente”.

In un caso affrontato di recente dalla sezione penale della Corte di Cassazione⁴³ è stato ribadito, tra l'altro, che nel caso in cui una società risulti residente fiscalmente in due ordinamenti è necessario risolvere tale conflitto utilizzando le cd. *tie-breaker rule* contenute nella Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore con lo Stato estero. Secondo i Giudici della Suprema Corte, infatti, “il criterio della “sede di direzione effettiva” costituisce, pertanto, lo strumento da utilizzare per la soluzione dei potenziali conflitti tra differenti ordinamenti tributari e, quindi, per l'individuazione dell'unico Stato in cui incardinare la residenza fiscale”.

Le presunzioni relative di residenza in Italia contenute nei commi 5-bis e 5-ter dell'articolo 73 del Tuir⁴⁴, che sono state introdotte nell'ordinamento italiano per contrastare i cd. fenomeni di “esterovestizione”, non introducono un distinto

⁴³ Cfr. Cassazione penale, Sezione III, sentenza n. 1811 del 2014.

⁴⁴ Cfr. Articolo 73 del Tuir, comma 5-bis: “Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa:

a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;

b) sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

Comma 5-ter. Ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al comma 5-bis, rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato. Ai medesimi fini, per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5”.

criterio per la determinazione della residenza fiscale in Italia delle società ma, semplicemente, fissano degli ulteriori criteri in base a cui può essere individuata la sede dell'amministrazione di una società "formalmente" residente all'estero.

Infine, la presunzione relativa contenuta nel comma 5-quater dell'articolo 73 del Tuir⁴⁵ non riguarda l'individuazione della sede dell'amministrazione in Italia delle società formalmente residenti all'estero, ma esclusivamente la sussistenza o meno in Italia della residenza di tali enti. Anche in tale caso, il legislatore, che ha colmato una lacuna che si era venuta a creare nell'ordinamento con l'introduzione delle suddette presunzioni di esistenza in Italia della sede dell'amministrazione, ha inteso contrastare specifici fenomeni di esterovestizione societaria⁴⁶.

2.4.3. L'oggetto principale

La localizzazione in Italia dell'oggetto principale dell'attività esercitata da un ente o da una società è il terzo criterio utilizzato dal legislatore italiano per determinare la sussistenza o meno della residenza fiscale in Italia di tali entità giuridiche. Secondo quanto previsto dal comma 4 dell'articolo 73 del Tuir, per oggetto principale si intende "l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto". Trattandosi di un accertamento di fatto, è evidente che le difficoltà nell'individuazione dello Stato

⁴⁵ Cfr. articolo 73 del Tuir, comma 5-quater:

"Salvo prova contraria, si considerano residenti nel territorio dello Stato le società o enti il cui patrimonio sia investito in misura prevalente in quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio immobiliari, e siano controllati direttamente o indirettamente, per il tramite di società fiduciarie o per interposta persona, da soggetti residenti in Italia. Il controllo è individuato ai sensi dell'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, anche per partecipazioni possedute da soggetti diversi dalle società".

⁴⁶ La presunzione di cui al comma 5-bis non faceva infatti riferimento alla detenzione di quote o azioni in OICR immobiliari. La detenzione di quote di OICR immobiliari tramite società formalmente residenti in Lussemburgo, ma di fatto residenti in Italia, era un espediente utilizzato per conseguire ingenti risparmi fiscali sui proventi connessi alla detenzione e/o negoziazione di tali strumenti finanziari.

in cui è localizzato l'oggetto principale è direttamente proporzionale al numero di Stati in cui opera l'impresa. Per le società che detengono e/o gestiscono *asset* patrimoniali e/o finanziari, lo Stato in cui è localizzato l'oggetto sociale non coincide *sic et simpliciter* con quello in cui sono situati gli *asset* detenuti, ma bisognerebbe piuttosto fare riferimento al luogo in cui viene svolta l'attività di gestione degli *asset*.

Secondo la Corte di Cassazione⁴⁷, per individuare il luogo in cui viene a realizzarsi l'oggetto sociale rileva “non tanto quello dove si trovano i beni principali posseduti dalla società, quanto la circostanza che occorra o meno una presenza in loco per la gestione della attività dell'ente”. La sentenza citata riguardava il caso di un soggetto che svolgeva l'attività di giochi online in forza di una concessione rilasciata in Italia.

Come correttamente rilevato dai Giudici della Suprema Corte, “la normativa di settore (legge. n. 88 del 2009, art. 24), conformemente al principio comunitario della libertà di stabilimento, consente che i concessionari italiani abbiano la sede legale in uno degli Stati dello spazio economico europeo, non richiedendo alcuna correlazione tra l'offerta del gioco nel territorio dello Stato e la sede del concessionario nel medesimo territorio”. Tale affermazione, ineccepibile da un punto di vista giuridico, denota però sicuramente la necessità di rivedere il concetto di stabile organizzazione in sede OCSE⁴⁸, soprattutto per quanto riguarda lo svolgimento di attività digitali. La progressiva digitalizzazione dell'economia ren-

⁴⁷ Cfr. Cassazione penale, Sezione III, Sent. n. 1811 del 2014.

⁴⁸ La ridefinizione dei criteri di tassazione dell'economia digitale è infatti uno dei punti fondamentali contenuti nell'Action Plan dell'OCSE relativo al progetto BEPS. Sul tema, *ex pluribus*, si veda: P. VALENTE, *Base Erosion e Profit shifting: l'Action plan dell'OCSE*, in *Il Fisco*, 2013, p. 5744.

de infatti sempre più intangibile il nesso tra le attività svolte ed il luogo in cui gli utili derivanti da tali attività vengono tassati.

2.5 Le transazioni infragruppo

Nel diritto tributario italiano il *transfer pricing* interno è codificato⁴⁹ esclusivamente con riferimento alle transazioni che avvengono tra società che optano per il regime speciale della “*tonnage tax*”⁵⁰ ed altre società, ove ricorrano gli altri requisiti previsti dalla disciplina in materia di *transfer pricing* “internazionale”⁵¹. La *tonnage tax* è un regime riservato alle imprese marittime che prevede la determinazione forfettaria della base imponibile ai fini dell'Ires in base al tonnellaggio della nave, prescindendo totalmente dall'ammontare dei ricavi derivanti dallo svolgimento dell'attività d'impresa che rientra nel perimetro di applicazione della norma. Tale norma è stata inserita nell'ordinamento al fine di contrastare il trasferimento di utili infragruppo in esenzione d'imposta attraverso la fittizia generazione di costi in capo a soggetti passivi Ires che determinano la base imponibile con le regole ordinarie⁵². Nonostante nell'ordinamento tributario italiano, oltre

⁴⁹ Cfr. articolo 160, comma 2 del Tuir: “Alle cessioni di beni ed alle prestazioni di servizi fra le società il cui reddito è determinato anche parzialmente ai sensi dell'articolo 156 e le altre imprese, anche se residenti nel territorio dello Stato, si applica, ricorrendone le altre condizioni, la disciplina del valore normale prevista dall'articolo 110, comma 7. Resta ferma l'applicazione dell'articolo 156”.

⁵⁰ Cfr. articoli 155-161 del Tuir. Per un approfondimento sul regime fiscale della *tonnage tax*, si veda: M. BASILAVECCHIA, «*Tonnage tax*» e «*tax lease scheme*», in *Corr. Trib.*, 2007, pp. 3800 e ss.; E. MACARIO, *La tonnage tax tra norme di attuazione, correttivo Ires e collegato alla legge Finanziaria per l'anno 2006*, in *Il Fisco*, 2006, pp. 545 e ss.; L. DEL FEDERICO, *Riforma Ires: introduzione della tonnage tax*, in *Il Fisco*, 2004, pp. 36 e ss..

⁵¹ Per i profili sistematici della disciplina del *transfer pricing* nell'ordinamento italiano si vedano: E. DELLA VALLE, *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009, pp. 133 e ss.; R. CORDEIRO GUERRA, *La disciplina del transfer price nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, pp. 421 e ss.. Per un raffronto internazionale si veda: G. COTTANI, *Italian Transfer Pricing Legislation: An International Perspective*, in *Bulletin for International Taxation*, 2010, p. 463 ss..

⁵² L'incremento fittizio del corrispettivo dovuto in relazione a cessioni di beni o prestazioni di servizi infragruppo poste in essere da soggetti che optano per il regime della *tonnage tax*, per i quali

al caso della *tonnage tax*, non vi siano altri casi in cui l'ordinamento impone il calcolo del valore delle transazioni infragruppo applicando il criterio del valore normale⁵³, recentemente la Corte di Cassazione⁵⁴ ha sostenuto che l'obbligo di determinazione in base al valore normale (ex articolo 9 del Tuir) delle transazioni infragruppo, sulla base del rinvio operato dall'articolo 110 comma 7 che disciplina il *transfer pricing* “internazionale”, “costituisce una clausola antielusiva che non solo trova radici nei principi comunitari in tema di abuso del diritto, ma anche immanenza in settori del diritto tributario nazionale⁵⁵”.

Tale principio di carattere generale è stato ribadito nei seguenti termini dalla Suprema Corte⁵⁶: “Per la valutazione a fini fiscali delle manovre sui prezzi di trasferimento interni, costituenti il c.d. *transfer pricing* domestico, va applicato il principio, avente valore generale, stabilito dal D.P.R. n. 917 del 1986, art. 9, che non ha soltanto valore contabile e che impone, quale criterio valutativo, il riferimento al normale valore di mercato per corrispettivi e altri proventi, presi in considerazione dal contribuente”. La posizione della Corte di Cassazione è stata oggetto di critica da parte della dottrina⁵⁷, che considera l'articolo 9 del Tuir come una disposizione di chiusura, applicabile nei rari casi di mancanza di corrispettivo monetario piuttosto che nei casi in cui il corrispettivo venga determinato in fun-

il maggior corrispettivo pattuito dalle parti sarebbe irrilevante ai fini fiscali, genererebbe infatti un indebito vantaggio fiscale in capo al soggetto destinatario della fornitura di beni o servizi, qualora quest'ultimo determini l'Ires secondo le regole ordinarie.

⁵³ Per un approfondimento sul tema del valore normale nell'ambito del sistema delle imposte sui redditi si veda: L. CARPENTIERI, *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Milano, 1997.

⁵⁴ Cfr. Corte di Cassazione Civile, sentenza n. 17955 del 2013. Per un'analisi approfondita della sentenza si veda: L. CARPENTIERI, *Valore normale e transfer pricing “interno” ovvero alla ricerca dell'arma accertativa perduta*, in Riv. Dir. Trib., 2013, pp. 448 e ss.. P. BORIA, *Il transfer pricing interno come possibile operazione elusiva e l'abuso del diritto*, in Riv. Dir. Trib., 2013, pp. 427 e ss..

⁵⁵ Cfr. Corte di Cassazione Civile, sentenza n. 22023 del 2006.

⁵⁶ Cfr. Corte di Cassazione Civile, sentenza n. 17955 del 2013.

⁵⁷ Cfr. L. CARPENTIERI, R. LUPI, D. STEVANATO, «*Transfer pricing interno*» tra abuso del diritto e valore normale, in Dial. Trib., 2013.

zione di un vantaggio tributario. Tuttavia, secondo la medesima dottrina, il fenomeno dell'alterazione dei prezzi delle transazioni infragruppo tra imprese residenti si colloca nella fattispecie dell'abuso del diritto, nell'ambito del quale potrebbe essere contestato al contribuente “l'abuso del diritto di determinare liberamente i corrispettivi”.

Il problema relativo al “regime fiscale” delle transazioni infragruppo è senz'altro più rilevante nel caso in cui esso abbia ad oggetto operazioni tra società che non fanno parte del consolidato fiscale. In quest'ultimo caso, infatti, fatto salvo quanto si dirà più avanti, la somma algebrica dei redditi e delle perdite del gruppo può avere spesso l'effetto di neutralizzare il risparmio fiscale derivante dall'alterazione dei prezzi posta in essere dalle società del gruppo.

Le contestazioni aventi ad oggetto la congruità del corrispettivo pattuito nell'ambito di una prestazione di servizi e/o di una cessione di beni infragruppo, rispetto al “valore normale” dell'operazione economica posta in essere, rientrano generalmente nel filone giurisprudenziale dell'inerenza “qualitativa”, al quale si è aggiunto, in un secondo momento, quello dell'inerenza “quantitativa”.

Con l'approvazione della legge finanziaria per il 2008 sono state abrogate una serie di disposizioni⁵⁸ che agevolavano la circolazione dei beni e dei dividendi nell'ambito del perimetro di consolidamento. Si tratta, in particolare, dell'abrogazione delle cd. rettifiche di consolidamento. Come risulta dalla Relazione illustra-

⁵⁸ Le plusvalenze relative ai beni trasferiti in regime di neutralità nell'ambito del gruppo, invece, non assumevano rilevanza nel momento in cui la società consolidante determinava l'imponibile di gruppo da assoggettare ad imposizione (Cfr. vecchia versione articolo 123 del Tuir). Tale rettifica riguardava unicamente il modello CNM e non la dichiarazione della società cedente che avrebbe dovuto regolarmente dichiarare la plusvalenza realizzata. Dall'altro lato, la società cessionaria avrebbe dovuto recuperare a tassazione la quota di ammortamenti corrispondente alla differenza tra il valore di libro e quello fiscalmente riconosciuto (pari al prezzo di acquisto). In altri termini, la possibilità di beneficiare della neutralità del trasferimento infragruppo escludeva la possibilità di beneficiare di un “affrancamento gratuito” dei beni trasferiti tramite l'ammortamento della quota corrispondente alla plusvalenza non tassata.

tiva alla legge finanziaria per il 2008 in molti casi, e anche quando se ne discostano, “gli interventi operati prendono spunto dai lavori della Commissione di studio sulla riforma dell'IRES presieduta dal prof. Biasco”.

Prima delle modifiche apportate dalla legge *de qua*, i dividendi distribuiti da società che aderivano al consolidato fiscale erano esclusi da tassazione al 100% (anziché al 95%) in capo alla società “madre”⁵⁹. Secondo i risultati raggiunti dalla Commissione Biasco, la norma che prevedeva l'integrale esenzione per dividendi e plusvalenze, sebbene per vie diverse, si giustificava nell'originaria formulazione con la novità del regime, ma non era più necessaria “alla luce della crescente familiarizzazione che le imprese mostrano verso di esso e alla luce del requisito della percentuale di possesso, tra i meno stringenti nei paesi europei per l'adesione al consolidato nazionale”. Fra l'altro, secondo la Commissione, tale regime di tassazione avrebbe finito per premiare le piramidi societarie.

2.6 La nozione di dividendo nel diritto tributario italiano

La riforma del diritto societario approvata con il decreto legislativo n. 6 del 2003 ha determinato la necessità⁶⁰ di adeguare il regime fiscale di tassazione degli utili da partecipazione in quanto il numero di strumenti finanziari che le società possono emettere per finanziarie la propria attività (*equity*, *debt* ed ibridi) è

⁵⁹ Cfr. vecchia versione articolo 122, comma 1 del Tuir.

⁶⁰ Sul punto si veda F. GALLO, *Riforma del diritto societario e imposta sul reddito*, in Giur. Comm., 2004, p. 272. A tal proposito l'Autore rileva che: “Il rapporto tra il diritto tributario dell'impresa e il nuovo diritto societario si iscrive nel più ampio quadro dei rapporti tra il diritto tributario e il codice civile, tra le categorie civilistiche e quelle fiscali. Con la particolarità però che, nelle fasi di transizione legislativa come queste, le problematiche relative alle interrelazioni tra le norme fiscali e quelle societarie si pongono, per il carattere strumentale delle prime e per il sopravvenire delle seconde, non in termini di prevalenza delle une sulle altre o di convergenza e paritetività tra norme coesistenti, bensì in termini di reidentificazione della fattispecie imponibile; che è come dire della ricostruzione del presupposto di imposta in funzione delle nuove fattispecie civilistiche. Rilevano, quindi, soprattutto i profili attinenti all'attività di produzione di leggi piuttosto che gli aspetti strettamente interpretativi”.

notevolmente aumentato, sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo. A tal proposito, il legislatore ha modificato la disciplina fiscale dei redditi di capitale⁶¹ recependo buona parte delle indicazioni fornite dalla commissione incaricata di studiare le misure di coordinamento presieduta dal Prof. Franco Gallo.

Il corretto inquadramento fiscale della remunerazione collegata alla detenzione di uno strumento finanziario è rilevante in quanto le somme erogate a titolo di dividendo in favore dei soci non sono deducibili per il soggetto pagatore mentre sono parzialmente⁶² imponibili per il soggetto percettore ovvero soggette a ritenute alla fonte a titolo d'imposta⁶³. Al contrario, le somme erogate a titolo di interesse sono generalmente deducibili⁶⁴ per il soggetto pagatore e generalmente imponibili⁶⁵ per il soggetto beneficiario di tali flussi reddituali.

Con la riforma del diritto societario, che ha ammesso la possibilità di emettere *strumenti finanziari partecipativi* accanto alle due tradizionali categorie

⁶¹ In precedenza, il Governo aveva modificato il regime di tassazione dei redditi di capitale e dei redditi diversi di natura finanziaria tramite l'emanazione del decreto legislativo n. 461 del 1997, che aveva dato attuazione ai principi contenuti nell'articolo 3, comma 160, della legge delega n. 662 del 1996. Per un approfondimento sui profili internazionali di tale riforma si veda: F. MARCHETTI, *Il regime fiscale in Italia dei dividendi, interessi, capital gains e royalties destinati a soggetti non residenti*, in AA.VV., (coordinato da V. UCKMAR), Corso di diritto tributario internazionale, Cedam, 1999, pp. 103-120.

⁶² Fatto salvo quanto si dirà più avanti per i dividendi provenienti da Paesi black list.

⁶³ Come nel caso, ad esempio, degli utili percepiti da persone fisiche non imprenditori in relazione alla detenzione di partecipazioni non qualificate detenute nel regime del risparmio amministrato. In tal caso l'aliquota applicabile sarà pari al 26%.

⁶⁴ Per i soggetti IRES il regime di deducibilità degli interessi passivi è disciplinato dall'articolo 96 del Tuir, secondo cui: "Gli interessi passivi e gli oneri assimilati, diversi da quelli compresi nel costo dei beni ai sensi del comma 1, lettera b), dell'articolo 110, sono deducibili in ciascun periodo d'imposta fino a concorrenza degli interessi attivi e proventi assimilati. L'eccedenza è deducibile nel limite del 30 per cento del risultato operativo lordo della gestione caratteristica".

⁶⁵ Le maggiori criticità da un punto di vista fiscale sorgono nel momento in cui il soggetto che percepisce somme erogate a titolo di interessi sia residente in uno Stato nel quale non è prevista alcuna tassazione, ovvero la tassazione agevolata di tali componenti di reddito. In alcuni casi, al fine di ovviare alla perdita di gettito che ne deriverebbe per l'Erario è prevista l'applicazione di una ritenuta alla fonte da parte del soggetto pagatore italiano. Qualora invece il pagamento di interessi ricada nell'ambito di applicazione della direttiva interessi-canonici ovvero di una Convenzione contro le doppie imposizioni con uno Stato estero che non prevede alcuna ritenuta in uscita, la perdita di gettito per l'Erario italiano sarà definitiva, in quanto, in entrambi i casi, non sarà effettuata alcuna ritenuta in relazione agli interessi corrisposti al soggetto estero.

costituite dai titoli di partecipazione al capitale ed ai titoli di debito, si è aggiunta quindi una terza categoria di strumenti finanziari, definiti *ibridi*, che presentano alcune caratteristiche tipiche dei titoli di debito ed alcune tipiche dei titoli di partecipazione al capitale. In tale contesto, il legislatore è chiamato a strutturare le norme tributarie in modo da escludere la possibilità che i contribuenti possano agevolmente creare strumenti finanziari ad hoc per sfruttare indebitamente eventuali lacune presenti nel sistema tributario⁶⁶.

Nell'ordinamento tributario italiano, le norme che disciplinano la tassazione dei dividendi non fanno riferimento al termine letterale “dividendo”, bensì alla più ampia nozione di “utili”, di cui i dividendi rappresentano una quota, quale riflesso individuale del risultato complessivo⁶⁷.

L'articolo 44, comma 1, lettera e) del Tuir, qualifica come *utili da partecipazione in senso proprio* “gli utili derivanti dalla partecipazione al capitale o al patrimonio di società ed enti soggetti all'imposta sul reddito delle società”⁶⁸. Ai fini della suddetta qualificazione non è quindi sufficiente una mera partecipazione

⁶⁶ Cfr. in tal senso G. MELIS, *La nozione di «dividendo» tra normativa tributaria ed evoluzione del diritto delle società*, in Dir. Prat. Trib., 2013, p. 1031. L'Autore, a tal proposito rileva che: “Il compito del legislatore che confeziona definizioni e formula fattispecie impositive si complica, trovandosi esso di fronte alla duplice necessità da un lato di colmare ogni possibile lacuna in ordine alla tassazione del risultato economico derivante da nuovi strumenti finanziari e, dall'altro, di evitare che il contribuente, anche attraverso una diversa qualificazione del reddito, riesca a sfruttare eventuali asimmetrie dell'ordinamento nel trattamento di emittente e sottoscrittore (ad esempio, derivanti dal binomio «deducibilità/non imponibilità totale o parziale») o più in generale a trarre vantaggio, con modalità *lato sensu* disapprovate dal «sistema», del più vantaggioso trattamento tributario previsto per l'una anziché per l'altra categoria reddituale (ad esempio, mediante la trasformazione del reddito in plusvalenze totalmente o parzialmente esenti)”.

⁶⁷ Cfr. G. MELIS, *La nozione di «dividendo» tra normativa tributaria ed evoluzione del diritto delle società*, cit..

⁶⁸ Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 53, comma 2, lettera d), del Tuir, che prevede che le partecipazioni agli utili spettanti ai promotori e ai soci fondatori di società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata siano qualificate come redditi di lavoro autonomo anziché di capitale.

agli utili di una società, ma è necessario un vero e proprio rapporto di partecipazione al capitale o al patrimonio⁶⁹.

Il successivo comma 2, lettera a) del medesimo articolo 44, estende il regime fiscale applicabile ai dividendi percepiti a seguito della detenzione di azioni, anche ai flussi reddituali derivanti dai titoli e dagli strumenti finanziari emessi da società ed enti residenti in Italia⁷⁰ la cui remunerazione sia costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi⁷¹.

⁶⁹ Sul punto si veda G. ESCALAR, *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 Rass. Trib., 2003, che a tal proposito rileva che: "Per effetto della nuova formulazione della lettera e) dell'art. 44, comma 1, del nuovo Tuir risulta dunque confermato che non sono riconducibili fra gli utili da partecipazione i proventi derivanti dalle partecipazioni agli utili che non trovino contropartita in una partecipazione al capitale o al patrimonio. È questo il caso degli strumenti finanziari che assicurino una partecipazione agli utili della società emittente, quali in particolare i titoli emessi a seguito dell'apporto di capitale effettuato sulla base di un rapporto di associazione in partecipazione o cointeressenza. I redditi derivanti da tali titoli non possono ritenersi qualificabili come redditi di capitale ai sensi della lettera e) dell'art. 44, comma 1, del nuovo Tuir, perché non assicurano una partecipazione al capitale o al patrimonio. In tal caso, infatti, il sottoscrittore non può vantare alcun diritto sul capitale sociale ovvero sul patrimonio della società emittente, perché è titolare del solo diritto alla restituzione del capitale apportato e al pagamento della quota di utili di sua spettanza." Sul medesimo argomento si veda, inoltre, M. PIAZZA, *Azioni, obbligazioni e strumenti finanziari partecipativi nella riforma fiscale*, in Il Fisco, 2004, p. 1-620, il quale a tal proposito rileva che: "Tuttavia gli strumenti finanziari partecipativi emessi a fronte dell'apporto di opere e servizi, possono venire assimilati alle azioni o alle quote di società a responsabilità limitata dall'art. 44, comma 2, lettera a), del testo unico, il quale dispone che "si considerano similari alle azioni i titoli e gli strumenti finanziari la cui remunerazione è costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi". La relazione governativa precisa, in proposito, che "da ciò consegue che i proventi relativi a tali titoli o strumenti finanziari sono considerati utili e le plus/minusvalenze derivanti dalla loro cessione sono considerate come relative alla cessione di partecipazioni sociali".

⁷⁰ Limitatamente ai soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a) e b) del Tuir. Per i soggetti di cui alla lettera d) è prevista un'apposita disciplina oggetto di analisi nel presente paragrafo.

⁷¹ Come rilevato dalla dottrina, il legislatore considera "come «assimilati alle azioni» tutti gli strumenti finanziari, anche di mero finanziamento e dunque indipendentemente dalla natura dell'apporto, la cui remunerazione sia totalmente commisurata ai risultati dell'attività di impresa; risultati peraltro riferibili alla stessa società emittente, ad altra società del gruppo o all'affare in relazione al quale lo strumento finanziario è stato emesso. Si tratta di strumenti definiti convenzionalmente, in ambito tributario, «strumenti finanziari di natura partecipativa», ma non nel senso civilistico degli «strumenti finanziari partecipativi» quale partecipazione al rischio di impresa, bensì nel senso di partecipazione (come detto, esclusiva) ai risultati dell'attività di impresa". In tal senso

Il fatto che il legislatore assimili da un punto di vista fiscale i titoli la cui remunerazione è legata all'andamento della singola società del gruppo a quelli la cui remunerazione dipende dai risultati economici delle altre società del gruppo è un ulteriore riconoscimento della “rilevanza fiscale” del gruppo di imprese nell'ambito della tassazione diretta. Da un punto di vista sistematico, inoltre, il venir meno del legame tra investimento ed i risultati economici del soggetto emittente mina alla base la nozione tradizionale di capitale di rischio⁷².

Nel caso in cui i predetti titoli e strumenti finanziari siano emessi da soggetti non residenti⁷³, essi 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”. Si tratta di una norma che ha un’evidente finalità antielusiva e che contrasta l'utilizzo transfrontaliero di strumenti finanziari ibridi al fine di sfruttare il disallineamento tra i sistemi fiscali di due Stati⁷⁴.

2.7 Le modalità di tassazione dei dividendi

L’introduzione dell’IRES nell’ordinamento tributario italiano ha capovolto il sistema di tassazione dei dividendi in quanto il sistema di “imputazione del dividendo”, che considerava il socio come effettivo possessore dell’utile prodotto

si veda Cfr. G. MELIS, *La nozione di «dividendo» tra normativa tributaria ed evoluzione del diritto delle società*, cit..

⁷² Cfr. P. PICCONE FERRAROTTI, *La nozione di utili da partecipazione e contiguità con le altre tipologie di redditi di capitale*, in AA.VV. (a cura di G. MAISTO), *La tassazione dei dividendi intersocietari. Temi attuali di diritto tributario italiano, dell’Unione Europea e delle convenzioni internazionali*, Milano, 2011, p. 45.

⁷³ Ai sensi dell’articolo 73, comma 1, lettera d) del Tuir.

⁷⁴ Cfr. articolo 44, comma 2, lettera a del Tuir. Si tratta della condizione posta dall’articolo 89, comma 3 del Tuir, ai fini dell’applicazione ai dividendi esteri del medesimo regime fiscale applicabile ai dividendi di fonte italiana.

dalla società, è stato sostituito dal sistema dell'esenzione. Il “nuovo” sistema di tassazione dei dividendi prevede, infatti, che la società sia tassata sul reddito prodotto e che il socio, una volta percepito il dividendo, sconti una tassazione “minima”, salvo quanto si dirà più avanti per i soci che non sono soggetti passivi IRES. La relazione illustrativa al decreto Ires, a tal proposito, chiarisce che l'adozione del sistema dell'esclusione del dividendo dall'imponibile del socio tende “a rendere definitivo il prelievo al momento della produzione e, quindi, presuppone una tassazione “congrua” dell'utile societario in capo alla società erogante”. Una delle principali motivazioni che ha dettato tale modifica è costituita dal fatto che il precedente sistema, che prevedeva il credito d'imposta in capo al socio, si era reso concretamente applicabile solo per i dividendi provenienti da società residenti e non per quelli provenienti da società estere. Considerato che l'evoluzione dell'economia globale ha reso sempre più comuni le situazioni in cui il socio e la società risiedono in due Stati diversi, la modifica dell'intero sistema di tassazione dei dividendi ai fini di non ostacolare le operazioni *cross-border* era quanto mai necessaria. La relazione illustrativa alla legge delega, a tal proposito, ricordava che l'Italia era uno dei pochissimi Paesi industriali che ancora riconoscevano un credito d'imposta pieno e rimborsabile sui dividendi distribuiti a soci che fossero stati, a loro volta, società di capitali. Il passaggio dal metodo del credito d'imposta a quello dell'esenzione è in linea, inoltre, con le soluzioni adottate a livello europeo per eliminare la doppia imposizione sui dividendi distribuiti da società che rientrano nel campo di applicazione della direttiva madre-figlia.

Accanto all'introduzione generalizzata del metodo dell'esenzione, sono state introdotte una serie di deroghe a tale principio generale per evitare l'utilizzo a

fini elusivi di tale regime di tassazione, soprattutto per quanto riguarda i dividendi provenienti da Paesi *black list*. In tal caso, infatti, spesso il reddito prodotto dalle società localizzate in tali territori non è ivi sottoposto a tassazione e la percezione dei dividendi provenienti da tali soggetti esteri potrebbe permettere ai soci residenti italiani di usufruire di un'indebita doppia non imposizione, qualora la tassazione avvenga nella stessa misura prevista per i dividendi domestici (imponibili solo nella misura del 5% del loro ammontare). Al fine di evitare tali fenomeni, e per limitare i vantaggi finanziari che potrebbero derivare dalla decisione di rinviare *sine die* la distribuzione e quindi la tassazione in Italia dell'utile prodotto in Paesi *black list*, sono stati introdotti essenzialmente due sistemi di tassazione degli utili prodotti in tali territori: a) per quanto riguarda gli utili prodotti da società controllate e collegate estere, residenti in Paesi *black list*, in deroga ai principi generali di tassazione, è stato previsto che il reddito prodotto da tali soggetti debba essere tassato per trasparenza in Italia, indipendentemente dalla percezione del dividendo⁷⁵. Nel momento in cui il socio residente in Italia percepisce un dividendo relativo ad un reddito prodotto dalla società estera già tassato per trasparenza, non dovrà sottoporlo di nuovo ad imposizione; b) per quanto riguarda i dividendi provenienti da società, anche non controllate o collegate, ma residenti in Paesi *black list*, la loro tassazione in Italia, fatto salvo quanto già detto al punto a), avviene generalmente in una misura pari al 100% del loro ammontare, fatta salva la possibilità, anche in questo caso, di richiedere la disapplicazione di tale disciplina antielusiva tramite l'istituto dell'interpello. Esistono ulteriori misure di contrasto al

⁷⁵ Tramite l'istituto dell'interpello è comunque possibile richiedere la disapplicazione di tale disciplina antielusiva.

fenomeno della localizzazione di utili in Paesi black list, oggetto di analisi più avanti.

Infine, per evitare abusi nell'utilizzo dei contratti di associazione in partecipazione, è stato modificato il regime fiscale di tali contratti stabilendo che non è deducibile in capo all'associante qualsiasi remunerazione dovuta nell'ambito di tali accordi, allorché sia previsto un apporto diverso da quello di opere e servizi⁷⁶.

2.7.1 La tassazione dei dividendi domestici

Gli utili da partecipazione percepiti da società di capitali sono assoggettati ad un regime di imposizione che dipende dai principi contabili utilizzati dal soggetto passivo per la redazione del bilancio.

Le società di capitali e gli enti commerciali residenti che utilizzano i principi contabili nazionali e che percepiscono utili distribuiti dalle società ed enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a), b) e c) del Tuir, devono sottoporre a tassazione tali componenti positivi di reddito nella misura del 5% del loro ammontare, ai sensi dell'articolo 89, comma 2 del Tuir⁷⁷. Per tali soggetti il principio di tassazione applicabile ai dividendi è quello di cassa, in deroga alle ordinarie rego-

⁷⁶ Come rilevato dalla dottrina, l'estensione del regime fiscale degli utili delle azioni anche ai contratti di associazione in partecipazione e cointeressenza sarebbe distorsiva. In tal senso di veda: G. ESCALAR, *Il nuovo regime di tassazione degli utili da partecipazione e dei proventi equiparati nel decreto legislativo di "riforma dell'imposizione sul reddito delle società"*, cit.. A tal proposito, l'Autore rileva che: "L'estensione di tale regime, comportando la sottoposizione della remunerazione di strumenti finanziari e contratti che comunque non sono rappresentativi di partecipazioni ad un trattamento fiscale peggiore rispetto a quello a cui è sottoposta la remunerazione del capitale di debito, potrebbe di fatto precludere il loro utilizzo da parte delle imprese. Con il risultato di disattendere uno dei principali obiettivi della riforma del diritto societario, e cioè consentire alle imprese di disporre di nuovi strumenti di finanziamento che prevedano una remunerazione collegata al loro andamento economico, invece che all'andamento del costo del denaro".

⁷⁷ Per un approfondimento sui profili sistematici di tale disciplina si veda: S. CAPOLUPO, *Alcune considerazioni sulla tassazione dei dividendi*, in *Il Fisco*, 2004, p. 1-8007.

le del reddito d'impresa che prevedono la tassazione dei componenti positivi di reddito per competenza. Il regime di esclusione, pari al 95% del dividendo percepito, non è subordinato ad alcuna condizione e pertanto si applica anche se gli utili percepiti non sono stati assoggettati ad imposta dalla società distributrice⁷⁸.

Per i soggetti che redigono il bilancio utilizzando i principi contabili internazionali, in deroga ai principi ordinariamente applicabili in base all'articolo 89 comma 2 del Tuir, i dividendi relativi a partecipazioni classificate come titoli detenuti per la negoziazione concorrono alla determinazione del reddito d'impresa nella misura del 100% ai sensi del successivo comma 2-bis del medesimo articolo 89. In tal caso, infatti, il fatto che la valutazione a *fair value* di tali strumenti finanziari abbia effetto anche ai fini della determinazione del reddito, in base a quanto previsto dall'articolo 94 del Tuir, evita il rischio della doppia tassazione dell'utile. Per i soggetti IAS che detengono tali strumenti finanziari sono quindi venuti meno i problemi relativi al “*dividend washing*”, disciplinato per gli altri soggetti dall'art. 109, commi 3-bis, 3-ter e 3-quater, del Tuir. La rilevanza ai fini dell'IRES dell'intero ammontare degli utili non genera più la problematica relativa ad una compensazione “elusiva” delle minusvalenze relative alla cessioni di tali titoli. Gli utili derivanti da azioni detenute da soggetti IAS e classificate come immobilizzazioni finanziarie rientrano, invece, nell'ordinario regime di tassazione, essendo imponibili solo nella misura del 5%.

⁷⁸ Cfr. V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, C. CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale*, II ed., cit., p. 274.

2.7.2 La tassazione dei dividendi in uscita

La disciplina della tassazione dei dividendi domestici percepiti da soggetti non residenti è contenuta nell'articolo 27 del d.P.R. n. 600 del 1973⁷⁹ e prevede, in generale, l'applicazione di una ritenuta alla fonte a titolo d'imposta del 26 per cento, dal 1° luglio 2014. Si tratta di una norma che è soggetta a numerose deroghe in quanto l'effettivo ammontare della ritenuta deve essere determinato in base alla natura giuridica ed allo Stato di residenza del soggetto percettore. Le società estere che rientrano nel campo di applicazione della direttiva madre-figlia^{80 81}, infatti, qualora siano rispettati i parametri fissati dall'articolo 27-bis del d.P.R. n. 600 del 1973⁸², possono richiedere la disapplicazione della suddetta ritenuta e sottoporre così ad imposizione il dividendo nel proprio Stato di residenza.

Le società residenti nell'Unione Europea, ovvero nello Spazio Economico Europeo⁸³, che non dovessero rientrare nel campo di applicazione della direttiva madre-figlia, sono sottoposte all'applicazione di una ritenuta dell'1,375% sugli utili corrisposti da soggetti Ires residenti in Italia. In tal caso, il previgente regime di tassazione applicabile nei confronti di tali soggetti è stato emendato in quanto non

⁷⁹ Per un approfondimento sui rapporti tra le ritenute sui dividendi in uscita ed il diritto dell'Unione Europea, si veda: P. PISTONE, *La incompatibilità della ritenuta sui dividendi in uscita con il diritto europeo (in parte) ingiustamente giustificata*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2010, pp. 509-515.

⁸⁰ Si tratta della Direttiva 2011/96/UE.

⁸¹ Sui rapporti tra direttiva madre-figlia e credito d'imposta sia consentito il rinvio a V. TAMBURRO, *L'opzione per il riconoscimento del credito d'imposta sui dividendi esclude l'applicazione della Direttiva "Madre-Figlia": considerazioni a seguito del recente pronunciamento della Corte di Cassazione*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2012, pp. 813-823.

⁸² Si tratta dei seguenti parametri, previsti dall'articolo 27-bis, comma 1, del d.P.R. n. 600/1973:

“a) rivestono una delle forme previste nell'allegato della direttiva n. 435/90/CEE del Consiglio del 23 luglio 1990;

b) risiedono, ai fini fiscali, in uno Stato membro dell'Unione europea, senza essere considerate, ai sensi di una Convenzione in materia di doppia imposizione sui redditi con uno Stato terzo, residenti al di fuori dell'Unione europea;

c) sono soggette, nello Stato di residenza, senza fruire di regimi di opzione o di esonero che non siano territorialmente o temporalmente limitati, ad una delle imposte indicate nella predetta direttiva;

d) la partecipazione sia detenuta ininterrottamente per almeno un anno”.

⁸³ Limitatamente agli Stati inclusi nella cd. *white list* di cui all'articolo 168 bis del Tuir.

conforme ai principi fissati dagli articoli 49 e 54 del TFUE. A tal proposito, il 16 dicembre 2006, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella sentenza relativa al caso *Denkavit*⁸⁴, aveva ritenuto il regime tributario francese di tassazione dei dividendi in uscita in conflitto con la libertà di stabilimento garantita dagli articoli 49 e 54 del TFUE. Un altro aspetto importante trattato nella sentenza *Denkavit* attiene al rapporto tra le Convenzioni contro le doppie imposizioni ed il diritto dell'Unione Europea. A tal proposito, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha stabilito che tali accordi bilaterali non possono essere invocati per sfuggire agli obblighi incombenti su uno Stato membro in forza del TFUE.

2.7.3 La tassazione dei dividendi in entrata

La disciplina generale della tassazione dei dividendi di fonte estera percepiti da soggetti passivi Ires residenti in Italia è contenuta nell'articolo 89, comma 3 del Tuir. La regola generale prevede che i dividendi provenienti da società estere siano assoggettati allo stesso regime di quelli corrisposti da società residenti in Italia, già oggetto di analisi. Al fine di contrastare il fenomeno della doppia non imposizione internazionale, sono previste due importanti deroghe al predetto re-

⁸⁴ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Causa C-170/05, 14 dicembre 2006, *Denkavit*. I principi fissati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tale sentenza, sono i seguenti:

“1) Gli artt. 43 CE e 48 CE ostano ad una normativa nazionale che, in quanto fa gravare l'onere di un'imposizione sui dividendi su una società madre non residente, mentre ne dispensa quasi totalmente le società madri residenti, costituisce una restrizione discriminatoria alla libertà di stabilimento.

2) Gli artt. 43 CE e 48 CE ostano ad una normativa nazionale che preveda, solo per le società madri non residenti, un'imposizione mediante ritenuta alla fonte sui dividendi distribuiti dalle consociate residenti, quand'anche una convenzione fiscale tra lo Stato membro interessato ed un altro Stato membro, che autorizza tale ritenuta alla fonte, preveda la possibilità di imputare all'imposta dovuta in tale altro Stato l'onere sostenuto in base a tale normativa nazionale, quando una società madre versa nell'impossibilità, in quest'ultimo Stato, di procedere all'imputazione prevista dalla detta convenzione”.

gime ordinario. In primo luogo, i proventi finanziari derivanti dalla partecipazione al capitale o al patrimonio di soggetti non residenti si considerano simili alle azioni, e quindi sottoposti allo stesso regime di tassazione applicabile ai dividendi di fonte italiana, a condizione che la relativa remunerazione sia “totalmente in-deducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente”, in base al combinato disposto degli articoli 89, comma 2 del Tuir e 44, comma 2 del Tuir.

Tale disposizione, che ha anticipato in un certo senso le modifiche recentemente apportate alla direttiva madre-figlia, ha sostanzialmente natura antielusi-va. Considerato che alcuni ordinamenti possono ammettere la deducibilità dei di-videndi distribuiti ai soci, il legislatore italiano ha inteso evitare che tale circo- stanza possa essere utilizzata, anche in modo involontario, per dar vita a fenomeni di doppia non imposizione internazionale o più correttamente, utilizzando la ter- minologia adottata nell'Action Plan elaborato dall'OCSE in relazione al progetto BEPS, a fenomeni di deduzione/non inclusione.

La seconda deroga al regime generale di imposizione riguarda i dividendi prove- nienti da Paesi *black list*, che saranno oggetto di analisi nel paragrafo successivo.

2.7.4 La tassazione dei dividendi provenienti da Paesi black list

Le società residenti in Italia che detengono indirettamente partecipazioni in società residenti in Paesi *black list* devono assolvere ad importanti oneri docu- mentali al fine di evitare o limitare l'applicazione della disposizione, prevista dall'articolo 89 comma 3 del Tuir, che prevede una tassazione al 100% dei divi-

dendi provenienti da Paesi *black list*⁸⁵. Come già accennato in precedenza, tale regime di tassazione si basa sulla presunzione relativa che tali dividendi derivino da utili che hanno subito una tassazione nulla o molto bassa nel Paese della fonte.

Nella prima versione della norma, entrata in vigore il 1° gennaio 2004, il regime di tassazione al 100%, contenuto nell'articolo 89, comma 3 del Tuir, trovava applicazione esclusivamente con riferimento ai dividendi **distribuiti** da società residenti in Paesi *black list* e percepiti da soggetti passivi Ires residenti in Italia. In altre parole, l'interposizione di un terzo soggetto nella percezione di tali componenti di reddito, magari residente nell'Unione Europea, non avrebbe determinato l'automatica applicazione della suddetta norma antielusiva⁸⁶. Lo strumento più adeguato di contrasto all'utilizzo di tali schemi elusivi sarebbe stato l'articolo 37-bis del d.P.R. n. 600 del 1973, da applicare secondo un'analisi "*case by case*". Il quadro normativo non era tuttavia coerente con il regime di tassazione applicabile ai dividendi, provenienti da società residenti in Paesi *black list*, percepiti da persone fisiche. L'originaria versione dell'articolo 47, comma 4 del Tuir⁸⁷, infatti, ai fini dell'applicazione del regime di tassazione al 100% non faceva riferimento

⁸⁵ Sul tema si veda: V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, C. CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale*, cit., p. 269 ss.; M. GIACONIA, A. PREGAGLIA, *L'Agenzia delle entrate illustra la disciplina dei dividendi da stati o territori «black-list»*, in *Corr. Trib.*, 2010, p. 3466. E. MIGNARRI, *Trattamento fiscale dei dividendi di fonte estera*, in *Il Fisco*, 2010, pp. 1-6490; E. MIGNARRI, *Trattamento fiscale dei dividendi di fonte estera: la disciplina in vigore e le problematiche interpretative e applicative*, in *Il Fisco*, 2007, pp. 1-5448; F. GHISELLI, *Gli utili "provenienti" da società residenti in Paesi a fiscalità privilegiata*, in *Il Fisco*, 2006, pp. 1-6829.

⁸⁶ Sul punto si veda anche: M. BARGAGLI, M. THIONE, *Tassabilità dei dividendi provenienti indirettamente da "black list": problematiche applicative*, in *Il Fisco*, 2011, pp. 3656 e ss.. Sul punto, gli Autori rilevano che: "Sarebbe stato, ad esempio, sufficiente inserire nella catena partecipativa una sub-holding olandese tra la "figlia" ubicata alle Isole Cayman e la madre italiana, per ottenere la detassazione dei dividendi provenienti dal Paese "black list". In tale ipotesi, l'unico strumento utilizzabile dall'Amministrazione finanziaria per contrastare manovre elusive sarebbe stato, eventualmente, l'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 al ricorrere dei presupposti applicativi ivi previsti. Sul punto si era espressa anche Assonime, con la Circolare n. 32 del 2004, ritenendo che, per i contribuenti che non rientravano nel regime applicativo del regime CFC (*Controlled foreign companies*), la disciplina della tassazione piena del dividendo avrebbe dovuto operare solo con riferimento agli utili direttamente distribuiti da imprese e territori a fiscalità privilegiata".

⁸⁷ In vigore dal 1° gennaio 2004.

ai dividendi “**distribuiti**” da società *black list* ma a quelli “**provenienti**” da società *black list*. Tale disallineamento aveva creato non pochi dubbi interpretativi. Con l'approvazione del decreto correttivo Ires⁸⁸ l'articolo 47, comma 4 del Tuir era stato modificato per allineare il regime impositivo dei dividendi *black list* percepiti dalle persone fisiche rispetto a quello applicabile ai dividendi *black list* percepiti da soggetti passivi Ires. La sostituzione del termine “provenienti” con il termine “corrisposti” chiariva che la norma non sarebbe stata applicabile per i dividendi indirettamente provenienti da un Paese *black list*.

A distanza di un solo anno, con l'approvazione del decreto legge n. 223 del 2006, il legislatore modificava di nuovo il regime di tassazione di tali dividendi, prevedendo l'applicabilità di tale norma anche ai dividendi “**provenienti**” da Paesi *black list*.

La dottrina⁸⁹, riconoscendo che tale norma assume una funzione “anti-interposizione” si è interrogata sulla portata applicativa della nuova disposizione⁹⁰, ritenendo che l'indagine sulla provenienza di tutte le fonti reddituali della società erogante frusterebbe le esigenze di forfetizzazione e di semplificazione alla base del criterio dell'esenzione degli utili di società non residenti⁹¹. L'individu-

⁸⁸ Si tratta del decreto legislativo n. 247 del 2005.

⁸⁹ L.R. CORRADO, R. LUPI, *Cautele contro le esenzioni di dividendi esteri: perché cambiare da «corrisposti» a «provenienti»?*, in Dial. Trib., 2012, p. 328.

⁹⁰ Come rilevato da M. BARGAGLI, M. THIONE, *Tassabilità dei dividendi provenienti indirettamente da “black list”: problematiche applicative*, cit., in dottrina ci si è chiesti, nello specifico: “se la sostituzione della parola “corrisposti” con quella “provenienti” abbia realmente modificato il raggio d'azione della disposizione normativa e se ciò corrisponda all'intento del legislatore. Gli interrogativi elaborati sono i seguenti: “è davvero possibile che l'espressione ‘provenienti’ possa consentire l'espansione del campo di applicazione della norma nel senso che il legislatore e l'Agenzia delle Entrate vorrebbero?”. E ancora: “dal contenuto della nota non si può dire che l'intenzione del legislatore non sia chiara. Ma questa intenzione trova davvero riscontro nella lettera della norma? Possiamo dire che l'enunciato ha solo il limite della ‘vaghezza’ per cui si impone l'obbligo di dare ‘credito’ e priorità alla sua ratio?”. In tal senso si veda, inoltre: F. GHISELLI, *Gli utili “provenienti” da società residenti in Paesi a fiscalità privilegiata*, cit..

⁹¹ L.R. CORRADO, R. LUPI, *Cautele contro le esenzioni di dividendi esteri: perché cambiare da «corrisposti» a «provenienti»?*, cit., p. 330, secondo cui: “La mediazione tra precisione, semplici-

azione dei vari luoghi di produzione dei redditi, ai fini dell'applicazione della normativa *de qua*, comporterebbe una “parcellizzazione dell'utile unitario della società erogante”⁹².

Oltre al problema legato all'individuazione del luogo di produzione degli utili *black list*, non secondaria appare la questione legata ai profili temporali di applicazione della norma. Per quanto riguarda le riserve di utili formatesi in una data antecedente al 4 luglio 2006⁹³, ossia prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito⁹⁴ che nel caso di distribuzione di dividendi relativi ad utili a riserve costituite in Paesi *black list* in periodi d'imposta in cui non c'è stata alcuna tassazione per trasparenza in base alla normativa CFC, gli stessi concorrono alla determinazione del reddito imponibile per l'intero ammontare ai sensi degli articoli 47, comma 4, e 89, comma 3, del Tuir. Inoltre, secondo l'Amministrazione Finanziaria, nel caso in cui la società *conduit* residente in uno Stato *white list* distribuisca dividendi provenienti da riserve pregresse che si sono formate anche attraverso la percezione di dividendi provenienti da Paesi *black list*, la società *conduit* deve “documentare di volta in volta la provenienza degli utili (se da Stati o territori a fiscalità privilegiata, o meno) distribuiti al socio residente. In altri termini, in base ad una ricostruzione analitica della

tà, certezza dei rapporti giuridici, effettività, ed altri profili di determinazione della ricchezza ai fini tributari si è stabilizzata guardando alla società erogatrice dei redditi. Questa soluzione può essere corretta, in modo da evitare facili stratagemmi basati sull'interposizione di società *conduit* in Paesi a fiscalità ordinaria, ma non può essere stravolta e rimessa in discussione, inseguendo rideterminazioni materiali del luogo fisico di produzione dei vari redditi, che contraddirebbero la premessa”.

⁹² In tal senso L.R. CORRADO, R. LUPI, *Cautele contro le esenzioni di dividendi esteri: perché cambiare da «corrisposti» a «provenienti»?», cit., p. 331.*

⁹³ Si tratta della data in cui sono entrate in vigore le modifiche introdotte dal decreto legge n. 223/2006, che ha esteso l'applicazione della norma antielusiva anche ai dividendi provenienti da Paesi *black list*.

⁹⁴ Cfr. Circolare n. 51/E del 2010. Nella stessa circolare l'Agenzia delle Entrate ha ricordato che: “concorrono, comunque, per l'intero ammontare alla formazione del reddito imponibile del socio residente i dividendi provenienti da una sua partecipata estera nei confronti della quale sia stata ottenuta la disapplicazione della *CFC rule* a seguito della dimostrazione della prima esimente”.

provenienza degli utili distribuiti al socio residente dalla *conduit white*, si renderà applicabile il regime di imposizione integrale nel caso di utili di provenienza *black list*, ovvero di parziale imponibilità per gli utili non provenienti da territori o Stati a fiscalità privilegiata⁹⁵.

La Commissione Tributaria Provinciale di Milano, nella sentenza n. 1527 del 2014⁹⁶ ha affrontato, tra l'altro, il regime di tassazione di dividendi percepiti da una società controllata lussemburghese, ma provenienti da Paesi *black list* (nel caso di specie si trattava di Hong Kong). Nel caso di specie l'Ufficio ha ritenuto che l'esimente di cui all'art. 167, comma 5, lettera a), del Tuir (requisito della commercialità)⁹⁷, non era operante nel caso *de quo* poiché la norma richiede l'esistenza della esimente di cui alla lettera b) dello stesso articolo e non quella prevista dalla lettera a)⁹⁸. Nelle motivazioni della sentenza i giudici hanno ritenuto che dalla documentazione fornita dal contribuente, che aveva anche presentato un'istanza di interpello nel corso della verifica⁹⁹, risultava soddisfatta anche l'esimen-

⁹⁵ Cfr. Circolare n. 51/E del 2010 § 8.1.

⁹⁶ Cfr. Commissione Tributaria Provinciale di Milano Sez. I, Sent. n. 1527 del 14 febbraio 2014.

⁹⁷ La sussistenza di tale esimente era stata comprovata dal contribuente a seguito della presentazione di un'apposita istanza di interpello per richiedere la disapplicazione della disciplina in materia di CFC. Come risulta dalla sentenza, infatti: l'Ufficio ha ritenuto che l'esimente di cui all'art. 167 del TUIR 917/1986, comma 5, lettera a) era stata "ritenuta esistente a seguito di risposta a quesito di interpello inoltrato dalla ricorrente alla Amministrazione Finanziaria".

⁹⁸ Cfr. articolo 89, comma 3 del Tuir: 3. "Qualora si verifichi la condizione di cui all'articolo 44, comma 2, lettera a), ultimo periodo, l'esclusione di cui al comma 2 si applica agli utili provenienti dai soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera d), e alle remunerazioni derivanti da contratti di cui all'articolo 109, comma 9, lettera b), stipulati con tali soggetti residenti negli Stati o territori di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, o, se ivi non residenti, relativamente ai quali, a seguito dell'esercizio dell'interpello secondo le modalità del comma 5, lettera b), dell'articolo 167, siano rispettate le condizioni di cui alla lettera c) del comma 1 dell'articolo 8".

⁹⁹ Come risulta dalla sentenza, infatti: "In merito alla seconda ripresa relativa alla esclusione dal reddito di dividendi interamente provenienti da paesi *black list*, ancorché in via indiretta, in violazione all'art 89, comma 3, del TUIR 917/1986, occorre osservare che la ricorrente ha presentato istanza di interpello con la quale è stata richiesta la disapplicazione della disciplina di tassazione integrale dei dividendi ai sensi dell'art. 89, comma 3, del TUIR ricevendo una risposta di inammissibilità da parte dell'Ufficio conseguente al fatto che l'istanza interferiva con l'esercizio dei poteri accertativi in atto. Tale risposta veniva impugnata presso la competente Commissione Tributaria di Roma che con sentenza 398/13/13 accoglieva le eccezioni della ricorrente ritenendo verificata la

te di cui alla predetta lettera b), in quanto la localizzazione della società controllata indirettamente ad Hong Kong si era resa necessaria per finalità economiche rappresentate dal fatto che la costruzione dei beni prodotti dalla società italiana “è localizzata quasi esclusivamente nei paesi dell'estremo oriente ed effettuata da società che agiscono sotto il controllo e la supervisione di società localizzate in Hong Kong appartenenti a grandi gruppi operanti nel settore”.

2.8 Considerazioni sistematiche in relazione al doppio regime di circolazione delle partecipazioni

Al passaggio dal metodo del credito d'imposta a quello dell'esenzione, ha fatto da *pendant*¹⁰⁰ nel nostro ordinamento l'introduzione del regime della *participation exemption*. Con l'introduzione dell'Ires, infatti, le plusvalenze su partecipazioni che rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 87 del Tuir non concorrono alla formazione del reddito imponibile in quanto esenti nella misura del 95%. La sostanziale detassazione di tali plusvalenze evita che il medesimo utile latente, incorporato nel valore della partecipazione ceduta, venga tassato due volte, ossia una volta in capo al cedente, sotto forma di plusvalenza e la seconda volta in capo alla società ceduta, che dovrà provvedere al versamento delle imposte dovute sull'utile latente ancora non soggetto ad imposizione. Considerato che il prezzo della partecipazione non sempre incorpora un utile latente che verrà realiz-

condizione che anche nei paesi a fiscalità privilegiata (nel caso specifico Hong Kong) nei quali esiste un regime fiscale particolarmente lieve e prossimo allo zero, la presenza di un livello di tassazione prossimo a quello del paese “no black list” induce a ritenere che non è il risparmio fiscale la principale motivazione della localizzazione dell'attività produttiva estera”.

¹⁰⁰ Cfr. L. SALVINI, *Diritto Societario e Diritto Tributario: dieci anni dalle riforme*, cit., p. 701.

zato nell'immediato futuro, in dottrina¹⁰¹ è stato proposto di distinguere la quota parte di plusvalore latente relativo ad utili effettivamente realizzati (che dovrebbe essere detassata) da quella rappresentativa di valori solo latenti rispetto ai beni della società ovvero aspettative di utili futuri in capo agli acquirenti (che dovrebbe essere tassata). Un'altra parte della dottrina¹⁰² ha invece proposto di adottare il criterio del requisito del possesso di una quota minima della partecipazione con quello, attualmente in vigore, che attiene all'iscrizione della stessa tra le immobilizzazioni finanziarie. A tal proposito è stato osservato¹⁰³ che adottando tale soluzione risulterebbero modificati gli obiettivi di fondo della riforma Ires in quanto anziché migliorare il sistema si introdurrebbe un regime di favore per gli azionisti di maggioranza, escludendo sistematicamente gli azionisti di minoranza da tale regime di tassazione delle plusvalenze. In tale contesto, a parere di chi scrive, una possibile soluzione di sistema, per le cessioni di partecipazioni detenute da meno di un anno, potrebbe essere costituita dalla detassazione al 95% della quota di utile già maturata nel periodo che va dall'inizio dell'anno alla data di cessione della partecipazione e non ancora tassata in capo alla società ceduta per ovvi motivi legati ai termini di presentazione della dichiarazione annuale dei redditi. In tal modo sarebbe garantita l'eliminazione della doppia imposizione del medesimo utile, sebbene nelle mani di due soggetti diversi. All'introduzione di tale regime dovrebbe fare da corollario una modifica del regime di trasparenza fiscale in quanto,

¹⁰¹ Cfr. T. DI TANNO, *Linee guida per una possibile riforma dell'imposizione societaria*, in Dial. Dir. Trib., 2006.

¹⁰² Cfr. G. FERRANTI, *Le possibili correzioni alla participation exemption*, in Dial. Dir. Trib., 2006.

¹⁰³ Cfr. L. CARPENTIERI, *Le prospettive evolutive dell'Ires: la participation exemption*, in Riv. Dir. Trib., 2007, pp. 371 e ss..

in caso contrario, potrebbero verificarsi insidiosi fenomeni elusivi qualora un gruppo di società ponga in essere le operazioni di seguito descritte.

Si pensi al seguente caso. La società Alfa, partecipata al 100% dal socio Beta, presenta al 30 giugno un utile infrannuale pari a 1.000. In pari data la società Beta provvede alla cessione delle quote nella società Alfa al prezzo di 1.000, usufruendo del regime *Pex*, a due società neo-costituite, che chiameremo Gamma e Delta, le quali acquistano rispettivamente il 50% del capitale della società Alfa. In base a quanto previsto dall'articolo 115, comma 1 del Tuir, la società Alfa, appena ceduta, non potrebbe optare per il regime di trasparenza fiscale con i soci Gamma e Delta in quanto i requisiti formali (quota di partecipazione agli utili eccetera) non sarebbero rispettati in capo ai nuovi soci. La predetta norma prevede, infatti, che i requisiti per l'adesione al regime della trasparenza fiscale devono "sussistere a partire dal primo giorno del periodo d'imposta della partecipata in cui si esercita l'opzione". Qualora la società Alfa modificasse nel corso del periodo d'imposta la decorrenza dell'esercizio solare, fissandola ad esempio alla data del 1° settembre, il requisito di cui sopra sarebbe integrato e sarebbe possibile optare per il regime di trasparenza fiscale di cui all'articolo 115 del Tuir. Siccome non è prevista alcuna disposizione che impone l'identità dell'esercizio d'imposta in capo ai soggetti partecipanti a tale regime, è evidente che nel caso *de quo* potrebbe essere sfruttata tale ulteriore asimmetria del sistema per porre in essere il seguente disegno elusivo: a) modifica della decorrenza dell'anno solare in capo alla società Alfa, che decorrerebbe dal 1° settembre; b) adozione del regime di trasparenza fiscale tra le società Alfa, Gamma e Delta; c) distribuzione dell'utile civilistico di Alfa in favore dei soci Gamma e Delta nell'esercizio $n+1$; d) cessione delle partici-

zioni detenute nella società Alfa, ad opera delle società Gamma e Delta ad un prezzo di 10, dopo la riscossione dell'utile. Il risultato finale di tale operazione sarebbe una quasi totale detassazione del reddito d'impresa pari a 1.000, in quanto la minusvalenza che i soci Gamma e Delta andrebbero a realizzare dalla vendita della quota nella società Alfa verrebbe compensata con l'utile imputato per trasparenza da Alfa. Tale minusvalenza dovrebbe essere deducibile, in quanto, a tal fine, la norma anti *dividend washing*, ossia l'articolo 109, comma 3-bis del Tuir non dovrebbe trovare applicazione. Secondo tale disposizione, infatti, "le minusvalenze realizzate ai sensi dell'articolo 101 sulle azioni, quote e strumenti finanziari similari alle azioni che non possiedono i requisiti di cui all'articolo 87 non rilevano fino a concorrenza dell'importo non imponibile dei dividendi, ovvero dei loro acconti, percepiti nei trentasei mesi precedenti il realizzo". In tal caso, interpretando letteralmente tale disposizione, il dividendo ricevuto in tale contesto (ossia nel regime di trasparenza) sarebbe imponibile (sebbene venga di fatto compensato con la minusvalenza realizzata a seguito della cessione della partecipazione) e quindi la norma anti *dividend washing* non dovrebbe trovare applicazione. Va da sé che in tal caso troverebbe applicazione sicuramente l'articolo 37-bis del d.P.R. n. 600/1973 nei confronti delle società Gamma e Delta. In un'ottica di contrasto all'elusione fiscale, tale problema potrebbe essere risolto adottando le seguenti soluzioni, tra loro complementari: a) modifica dell'articolo 115, comma 1 del Tuir ed inserimento, sulla scorta di quanto già avviene nel regime del consolidato fiscale, di una previsione che subordini l'esercizio dell'opzione per la trasparenza fiscale all'identità dell'esercizio sociale tra i soggetti partecipanti a tale regime opzionale di tassazione. In tal caso verrebbe evitata la problematica relati-

va allo sfasamento dell'esercizio sociale tra i soggetti partecipanti alla trasparenza fiscale, che porterebbe alla compensazione del reddito d'impresa della società Alfa con le minusvalenze realizzate dai soci Gamma e Delta, tradendo in tal caso, sia lo spirito della *Pex* che quello della trasparenza, che hanno in comune l'obiettivo di evitare una doppia tassazione. La strumentalizzazione dei predetti regimi fiscali porterebbe ad un risultato disapprovato dal sistema, ma non contrastato in maniera efficace. La seconda ipotesi, che chiameremo b), potrebbe essere, sulla scorta di quanto avviene nell'ordinamento statunitense, quella di prevedere l'introduzione di uno speciale *ruling* per la modifica dell'esercizio solare. Secondo quanto previsto dalla sezione 442 dell'*Internal Revenue Code* statunitense¹⁰⁴, infatti, le società che intendano modificare il decorso del periodo d'imposta, devono preventivamente interpellare l'Amministrazione Finanziaria ai fini dell'ottenimento del nulla osta al cambio dell'esercizio solare. In tal modo, a parere di chi scrive, sarebbero colmate in maniera efficace le suddette "lacune" presenti nel sistema.

2.9 La tassazione dei gruppi

L'introduzione dell'istituto del consolidato fiscale nell'ordinamento italiano rappresenta una delle principali innovazioni introdotte nel sistema tributario dal decreto legislativo n. 344 del 2003. A tal proposito, nella relazione governativa di accompagnamento al decreto legislativo n. 344/2003 si legge che: "l'introduzione della tassazione consolidata concretizza il naturale riconoscimento fiscale del gruppo di imprese ed è atta a rendere il sistema tributario italiano omogeneo a quelli più efficienti in essere nei Paesi membri dell'Unione europea. Il gruppo, in-

¹⁰⁴ Cfr. § 482 dell'IRC: "If a taxpayer changes his annual accounting period, the new accounting period shall become the taxpayer's taxable year only if the change is approved by the Secretary".

fatti, costituisce da oramai molto tempo un fenomeno di notevole rilevanza, sia a livello nazionale che internazionale, che l'ordinamento italiano, contrariamente agli altri sistemi fiscali dei Paesi più evoluti, ha faticato a riconoscere”.

In ambito civilistico, con la formulazione dell'art. 2497 e seguenti del codice civile, il legislatore ha disciplinato il fenomeno della direzione e coordinamento di società, introducendo precise responsabilità in capo ai soggetti che agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime. Sia nel diritto commerciale che nel diritto tributario, pur lasciando immutata la soggettività delle singole società appartenenti ad un gruppo, il legislatore ha fatto un importante passo avanti nella regolamentazione del fenomeno dei gruppi di società.

2.9.1 Il consolidato fiscale

Nell'ambito del diritto tributario, la possibilità di compensare utili e perdite infragruppo, secondo i limiti e le condizioni previsti dalla legge, rappresenta sicuramente un vantaggio finanziario complessivo a livello di gruppo. La scelta del legislatore di prevedere un regime di consolidamento integrale dei risultati fiscali, che non tiene conto cioè della quota di partecipazione detenuta nella società consolidata, risponde ad esigenze di semplificazione dell'attività accertativa¹⁰⁵.

¹⁰⁵ In tal senso si veda, *ex pluribus*, M. BEGHIN, *Il consolidato nazionale*, in AA.VV. (a cura di F. TESAURO), *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, Bologna, 2007, pp. 558 ss. Secondo l'Autore, "L'aggregazione dei risultati fiscali delle singole società in capo ad un unico soggetto consente, in effetti, di evitare articolate operazioni di "scomposizione" dell'imponibile tra una pluralità di contribuenti (i soci di minoranza), tenendo conto che il soggetto chiamato alla determinazione dell'unico imponibile agisce in veste di società o ente controllante. La scelta di comporre i risultati fiscali delle società aderenti al consolidato nell'unica dichiarazione della capogruppo pare in tal modo assumere carattere ricognitivo della concentrazione, presso quest'ultima società, del potere direzionale, ancorché sganciato dalla titolarità giuridica del reddito".

Come si vedrà più avanti, l'adesione a tale regime fiscale comporta generalmente la stipula di un “contratto di consolidamento” tra le società del gruppo che assolve essenzialmente alle seguenti funzioni: a) consentire alle società che trasferiscono perdite fiscali alla capogruppo di ottenere in cambio una somma di denaro pari al vantaggio fiscale trasferito; b) obbligare le società che trasferiscono redditi alla consolidante a fornire a quest'ultima le risorse finanziarie necessarie al versamento delle imposte corrispondenti ai redditi trasferiti.

Prima dell'introduzione del regime fiscale del consolidato la “rilevanza fiscale” del gruppo era indirettamente riconosciuta dall'ordinamento in quanto le svalutazioni delle partecipazioni assumevano rilevanza anche ai fini fiscali. La distribuzione degli utili infragruppo aveva invece la funzione di permettere al socio di beneficiare del credito d'imposta relativamente all'Irpeg versata dalla società partecipata. Uno dei principali svantaggi di tale sistema era costituito dalla riduzione dell'attivo patrimoniale a seguito dell'operazione di svalutazione, con conseguente impatto negativo sul bilancio della società che effettuava tale svalutazione. Il trasferimento del credito d'imposta ai soci trovava invece un forte limite nel caso di distribuzione di dividendi a soci non residenti.

2.9.2 I soggetti ammessi in qualità di consolidanti

I soggetti che possono optare per il regime del consolidato nazionale in qualità di soggetto consolidante coincidono solo in parte con i soggetti passivi IRES. L'articolo 117 del Tuir, infatti, nell'individuare le società e gli enti che possono assumere la qualifica di “capogruppo” ai fini del consolidato nazionale, rinvia solo parzialmente all'elenco contenuto nell'articolo 73 del Tuir. Le società

e gli enti che assumono le forme giuridiche menzionate nell'articolo 73, commi 1 e 2 del Tuir, possono assumere la qualifica di società capogruppo senza particolari limitazioni.

Gli enti pubblici e privati diversi dalle società, i trust che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale nonché gli organismi di investimento collettivo del risparmio, residenti in Italia, ossia i soggetti menzionati nell'articolo 73, comma 3 del Tuir non possono invece assumere la qualifica di soggetto consolidante in quanto non sono espressamente richiamati dall'articolo 117 del Tuir.

Infine, possono aderire al consolidato nazionale in qualità di società consolidanti gli enti e le società non residenti in Italia (articolo 73, comma 1, lettera d del Tuir), a patto che:

a) Siano residenti in Paesi con i quali è in vigore un accordo per evitare la doppia imposizione;

b) esercitino in Italia un'attività d'impresa, così come definita dall'articolo 55 del Tuir, mediante una stabile organizzazione ex articolo 162 del Tuir¹⁰⁶. La partecipazione nelle società "consolidate" italiane deve essere detenuta dalla stabile organizzazione in Italia del soggetto estero.

¹⁰⁶ Il fatto che l'articolo 117 del Tuir, che individua i soggetti che possono aderire al consolidato in qualità di consolidanti, faccia riferimento alla nozione di stabile organizzazione contenuta nell'articolo 162 del Tuir in luogo di quella contenuta nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni potrebbe generare alcune asimmetrie. Si pensi al caso di una società che in base alla convenzione contro le doppie imposizioni in vigore con lo Stato estero si trovi sprovvista di stabile organizzazione nel territorio dello Stato, pur integrando i requisiti previsti dall'articolo 162 del Tuir. I dubbi interpretativi che possono sorgere in tali casi riguardano sia le concrete modalità con cui tale società può effettivamente aderire ad un consolidato fiscale in qualità di società consolidante che le modalità tecniche di aggregazione degli imponibili. Al contrario, una società che integri i presupposti ai fini della sussistenza della stabile organizzazione ai fini della convenzione contro le doppie imposizioni e non anche ai fini della normativa interna (ex articolo 162 del Tuir), non potrebbe aderire al regime del consolidato fiscale.

Le holding estere di “mero godimento”, qualora abbiano una stabile organizzazione in Italia non possono assumere la qualifica di società consolidante in quanto non svolgono un'attività d'impresa sul territorio dello Stato italiano¹⁰⁷.

Il fatto che l'articolo 117 del Tuir, che individua i soggetti che possono aderire al consolidato in qualità di consolidanti, faccia riferimento alla nozione di stabile organizzazione contenuta nell'articolo 162 del Tuir in luogo di quella contenuta nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni potrebbe generare alcune asimmetrie. Si pensi al caso di una società che in base alla convenzione contro le doppie imposizioni in vigore con lo Stato estero si trovi sprovvista di stabile organizzazione nel territorio dello Stato, pur integrando i requisiti previsti dall'articolo 162 del Tuir. I dubbi interpretativi che possono sorgere in tali casi riguardano sia le concrete modalità con cui tale società può effettivamente aderire ad un consolidato fiscale in qualità di società consolidante che le modalità tecniche di aggregazione degli imponibili. Al contrario, una società che integri i presupposti ai fini della sussistenza della stabile organizzazione ai fini della convenzione contro le doppie imposizioni e non anche ai fini della normativa interna (ex articolo 162 del Tuir), non potrebbe aderire al regime del consolidato fiscale¹⁰⁸.

2.9.3 I soggetti ammessi in qualità di consolidati

La platea dei soggetti che possono optare per il regime di consolidato fiscale nazionale in qualità di soggetti consolidati è più ristretta rispetto a quella dei soggetti che possono aderirvi in qualità di consolidanti. In base a quanto previsto dall'articolo 120, comma 1 del Tuir, infatti, possono accedere a tale regime di tas-

¹⁰⁷ Cfr. Circolare n. 54/E del 2004.

¹⁰⁸ Cfr. M. BEGHIN, *Il consolidato nazionale*, cit., pp. 585-586.

sazione, qualora risulti soddisfatto il requisito del controllo in capo alla società consolidante, le società che assumono le seguenti forme giuridiche:

- società per azioni;
- società in accomandita per azioni;
- società a responsabilità limitata.

Tale elenco deve ritenersi non tassativo in quanto possono essere incluse nel perimetro di consolidamento anche le società costituite all'estero secondo una forma giuridica omologa ad una delle suddette società, ma residenti fiscalmente in Italia ai sensi dell'articolo 73 del Tuir. Nella Risoluzione n. 123/E del 2005, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che una società costituita nei Paesi Bassi con la forma giuridica di B.V.¹⁰⁹ e fiscalmente residente in Italia può essere inclusa nel perimetro di consolidamento in qualità di consolidata¹¹⁰. Il venir meno della soggettività passiva ai fini Ires della società olandese renderebbe applicabili le disposizioni in materia di *exit tax* contenute nell'articolo 166 del Tuir. Qualora invece la società estera risultasse residente esclusivamente in Olanda a seguito di un'eventuale procedura amichevole bilaterale instaurata tra l'Italia ed i Paesi Bassi per dirimere una possibile questione di doppia residenza, l'opzione per l'accesso al regime del consolidato nazionale in qualità di controllata perderebbe efficacia con effetto *ex tunc*¹¹¹.

¹⁰⁹ La forma giuridica olandese *Besloten Vennotschap* (BV) corrisponde alla Srl italiana.

¹¹⁰ Peraltro, secondo l'Agenzia delle Entrate, "l'omogeneità delle società di diritto olandese B.V. rispetto alle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata è rinvenibile anche nelle Direttive CEE n. 434 del 23 luglio 1990 (relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi), e n. 435 del 23 luglio 1990 (concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi)".

¹¹¹ Cfr. Risoluzione n. 123/E del 2005.

Inoltre, sempre in base all'interpretazione fornita dall'Amministrazione Finanziaria¹¹², può aderire al consolidato fiscale anche una società estera che in virtù della presunzione contenuta nell'articolo 5-bis dell'articolo 73 del Tuir si considera, salvo prova contraria, residente in Italia. Anche in tale caso, la perdita della soggettività passiva ai fini Ires, che potrebbe ad esempio scaturire dal venir meno della suddetta presunzione relativa, renderebbe applicabili sia le disposizioni relative all'interruzione anticipata dal regime del consolidato fiscale nazionale (ex articolo 124 del Tuir) che quelle relative all'eventuale debenza della c.d. *exit tax*.

L'articolo 2, comma 1, del D.M. 9 giugno 2004 prevede che possono aderire al regime del consolidato nazionale, in qualità di società consolidate, anche le società residenti neo-costituite, qualora la costituzione avvenga entro la data entro cui deve essere presentata all'Agenzia delle Entrate la comunicazione di adesione a tale regime di tassazione¹¹³.

Infine, possono aderire a tale regime di tassazione le società risultanti da operazioni di trasformazione di cui agli articoli 170, comma 3, e 171, comma 2 del Tuir.

2.9.4 Il requisito del controllo: profili di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea

L'adesione al regime fiscale del consolidato nazionale è riservato esclusivamente alle società tra le quali intercorra un rapporto di controllo di diritto, così

¹¹² Cfr. Risoluzione n. 409/E del 2008.

¹¹³ A seguito delle modifiche apportate dal decreto legislativo n. 175/2014 all'articolo 119, comma 1, lettera d) del Tuir, a partire dall'anno d'imposta 2015 tale opzione dovrà essere esercitata in un apposito quadro del modello di dichiarazione presentato nel periodo d'imposta a decorrere dal quale si intende esercitare l'opzione. In altre parole, l'adesione al regime di consolidato fiscale per l'anno 2015 deve essere comunicata in sede di presentazione del modello Unico SC 2015 (relativo ai redditi dell'anno 2014) ossia entro il 30 settembre 2015.

come definito dall'articolo 2359, comma 1, n. 1, del codice civile, che recita: “Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria”. Secondo quanto previsto dal successivo comma 2 del medesimo articolo 2359, ai fini del calcolo della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea “si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi”.

L'articolo 120 del Tuir prevede che, oltre al requisito di cui sopra, è necessario che sussista anche una partecipazione agli utili in una percentuale superiore al 50 per cento, tenendo conto anche della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo. Da un punto di vista sistematico, la possibilità di inserire nel perimetro di consolidamento una società controllata è ammessa solo nel caso in cui risulti soddisfatto il requisito della sicurezza del voto. Come chiarito dall'Agenzia delle Entrate¹¹⁴, ai fini dell'individuazione dei soggetti che possono assumere la qualifica di “consolidati” è necessario che il controllo di diritto, anche indiretto, sussista già a partire dalla partecipata di primo livello. Ai fini del calcolo della percentuale di partecipazione al capitale e agli utili di bilancio delle varie società del gruppo si deve tener conto dell'effetto di demoltiplicazione¹¹⁵,

¹¹⁴ Cfr. Circolare n. 53/E del 2004. Secondo l'Agenzia delle Entrate, “il riferimento compiuto dal legislatore delegato alla situazione del controllo di diritto di cui all'articolo 2359, comma 1, n. 1), del codice civile, rende, infatti, validamente utilizzabili ai fini in esame soltanto le partecipazioni indirette detenute per il tramite di soggetti partecipati di “primo livello” che siano anche “consolidabili”, in quanto controllati di diritto (fatto salvo, tra l'altro, il caso contemplato dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto d'attuazione, esaminato nel paragrafo 3.1.). Pertanto, la possibilità di consolidare una società partecipata di “secondo livello” sussiste soltanto qualora la somma delle quote partecipative in essa detenute dal soggetto consolidante tramite proprie controllate di “primo livello” (o, a seconda dei casi, la quota partecipativa da esso detenuta tramite l'unica controllata di “primo livello”) conduca ad una partecipazione tale da configurare un controllo di diritto del consolidante anche nella partecipata di “secondo livello” (cfr. i successivi esempi nn. 4 e 5)”.

¹¹⁵ Si tratta di un procedimento “matematico”, che “sintetizza” la percentuale di partecipazione al capitale e agli utili nei confronti di una società controllata indirettamente. A titolo di esempio, qua-

anche se le società “interposte” nel controllo non hanno i requisiti per la tassazione di gruppo, ivi compresi i soggetti residenti in Paesi che consentono un adeguato scambio di informazioni¹¹⁶. Il fatto di consentire il consolidamento di società residenti fiscalmente in Italia, controllate indirettamente per il tramite di società estere, è conforme ai principi enunciati nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 12 giugno 2014, relativa alle cause riunite C-39/13, C-40/13 e C-41/13. In tale sentenza, la Corte ha stabilito che “gli articoli 49 TFUE e 54 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano alla normativa di uno Stato membro in forza della quale una società controllante residente può costituire un'entità fiscale unica con una controllata di secondo livello residente qualora la detenga tramite una o più società residenti, ma non può costituire tale entità qualora detenga detta controllata tramite società non residenti che non dispongono di una sede stabile in detto Stato membro”.

Lo stesso non può dirsi per la scelta, adottata dal legislatore italiano, di limitare la possibilità di assumere la qualifica di società consolidante alle sole società estere, residenti nell'Unione Europea, che svolgano un'attività commerciale

lora la società A detenga una quota del capitale sociale della società B pari all'80% e quest'ultima detenga una quota di partecipazione del 50% nel capitale di C, la percentuale di controllo di A nei confronti di C sarà pari al 40%. Nella Risoluzione n. 10/2005, l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto che non possono qualificarsi automaticamente come elusive le operazioni di riassetto delle partecipazioni poste in essere al fine di poter inserire nel perimetro di consolidamento le società che si trovano all'estremità della catena societaria. In ogni caso, secondo l'Amministrazione Finanziaria, resta ferma la possibilità di sindacare l'elusività di tali operazioni in relazione all'esame specifico del singolo caso concreto in base ad una valutazione dell'operazione posta in essere nel suo complesso. Nel gruppi caratterizzati da numerose società controllate "verticalmente", una valida alternativa per usufruire dei benefici del consolidato fiscale potrebbe essere quella di creare più gruppi verticali, depotenziando di fatto l'effetto del demoltiplicatore. Nell'esempio esposto in precedenza il "frazionamento verticale" del gruppo (in più consolidati) non sarebbe possibile in quanto l'articolo 119, comma 1, del Tuir prevede che ciascuna società possa partecipare una sola volta e solo in qualità di controllante o solo in qualità di controllata. Qualora la società C acquisti le partecipazioni ed eserciti il controllo diretto nei confronti di una nuova società D ex articolo 2359, comma 1, lettera 1 del Tuir, sarebbe ammessa la creazione di un "nuovo consolidato", a patto che anche la percentuale di partecipazione all'utile sia in entrambi i casi superiore al 50%. Il primo consolidato sarebbe composto dalle società A e B ed il secondo dalle società C e D.

¹¹⁶ Cfr. articolo 1, comma 1, lettera b), D. M. 9 giugno 2004.

in Italia per il tramite di una stabile organizzazione. Nella predetta sentenza, infatti, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha elaborato un ulteriore importante principio in materia di tassazione consolidata.

Secondo la Corte, infatti, “gli articoli 49 TFUE e 54 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano alla normativa di uno Stato membro in forza della quale un regime di entità fiscale unica viene concesso a una società controllante residente che detiene controllate residenti, ma viene escluso per società sorelle residenti la cui società controllante comune non abbia la sua sede in tale Stato membro e non disponga ivi di una sede stabile”. Tale pronunciamento si pone in linea con quanto stabilito in occasione dell'emanazione della sentenza relativa al caso *Papillon*. In tale occasione era stato dichiarato non conforme al diritto dell'Unione Europea il sistema fiscale di consolidamento francese¹¹⁷, in quanto le società ivi residenti, che detenevano controllate indirette residenti tramite società controllate residenti in un altro Stato membro, non potevano fornire idonea documentazione per dimostrare l'assenza di un rischio di doppia contabilizzazione delle perdite. Dopo la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la disposizione contenuta nel *Code général des impôts* francese è stata emendata ed ora ammette la possibilità di consolidare società residenti in Francia controllate indirettamente anche per il tramite di società estere, residenti nell'Unione Europea

¹¹⁷ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Causa C-418/07, *Papillon*, sentenza del 27 novembre 2008. In tale sentenza, avente ad oggetto il consolidato fiscale francese, il conflitto tra le norme interne dell'ordinamento francese ed il diritto dell'Unione Europea nasceva dal fatto che non era ammessa la possibilità di inserire nel perimetro di consolidamento le società francesi controllate indirettamente tramite società estere, residenti nel territorio dell'Unione Europea.

ovvero in uno Stato dello Spazio Economico Europeo che abbia stipulato con la Francia una convenzione contro le doppie imposizioni¹¹⁸.

2.9.5 Le modalità di esercizio dell'opzione e la regolazione dei rapporti interni

La natura opzionale del regime di tassazione *de quo* implica che le società che intendono aderirvi debbano manifestare la volontà di esercitare tale opzione sia alla società consolidante che all'Amministrazione Finanziaria. Si tratta di un'opzione bilaterale, in quanto l'articolo 117, comma 1, del Tuir prevede che sia esercitata congiuntamente dalla società controllante e la società controllata. Il fatto che l'opzione debba essere esercitata bilateralmente non dà luogo alla nascita di più consolidati, ma ad un unico regime di tassazione di gruppo a cui faranno riferimento tutte le società controllate che abbiano esercitato l'opzione bilaterale con la società controllante. Trattandosi di una scelta avente natura bilaterale, in dottrina si è posto il problema relativo all'individuazione dell'organo sociale competente a deliberare tale decisione.

¹¹⁸ L'articolo 223A, comma 1, secondo periodo, del *Code général des impôts* prevede infatti che: "*Une société, également désignée par les mots : "société mère", dont le capital est détenu, de manière continue au cours de l'exercice, à 95 % au moins par une société ou un établissement stable soumis à un impôt équivalent à l'impôt sur les sociétés dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, ci-après désigné par les mots : "entité mère non résidente", directement ou indirectement par l'intermédiaire de sociétés ou d'établissements stables détenus à 95 % au moins par l'entité mère non résidente et soumis à un impôt équivalent à l'impôt sur les sociétés dans les mêmes Etats, ci-après désignés par les mots : "sociétés étrangères", peut aussi se constituer seule redevable de l'impôt sur les sociétés dû sur l'ensemble des résultats du groupe formé par elle-même et les sociétés détenues par l'entité mère non résidente dans les conditions prévues au premier alinéa du présent I, directement ou indirectement par l'intermédiaire de la société mère, de sociétés étrangères, de sociétés intermédiaires ou de sociétés membres du groupe*". Come risulta dal tenore della norma, la percentuale prevista in Francia, ai fini dell'opzione per il consolidato fiscale, è molto più alta rispetto a quella prevista in Italia, essendo richiesta una partecipazione al capitale sociale almeno pari al 95%.

Secondo la dottrina maggioritaria¹¹⁹ tale decisione compete all'organo amministrativo, trattandosi di un atto che ricade nell'ambito dell'attività gestionale. Un'altra parte della dottrina¹²⁰ ritiene che la decisione in merito all'adesione al consolidato fiscale spetti all'assemblea straordinaria, in quanto sarebbe in tal modo garantita una maggiore tutela delle minoranze.

Nel momento in cui una società decide di aderire al consolidato fiscale normalmente provvede anche alla stipula di appositi accordi che regolamentano il trasferimento infragruppo dei vantaggi derivanti dall'adesione al consolidato.

Secondo la Commissione per i Principi Contabili dei Consigli Nazionali dei Dottori Commercialisti e Ragionieri tali accordi standardizzati possono essere inseriti in un "regolamento della tassazione di gruppo" o "contratto di adesione alla tassazione di gruppo", valido per tutte le società aderenti¹²¹.

Trattandosi di accordi non regolamentati dalla legge, la struttura di tali contratti può essere modellata in base all'autonomia contrattuale concessa dalla legge alle parti in causa. La loro rilevanza resta confinata nel diritto privato. Uno dei confini più importanti è rappresentato dalle disposizioni civilistiche previste dagli articoli 2497 e seguenti del codice civile. In base a quanto previsto dall'articolo 2497, infatti, "Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei con-

¹¹⁹ Cfr. L. BARONE, R. LUPI, D. STEVANATO, A. ZOPPINI, *Accordi di consolidamento tra diritto civile e diritto tributario*, in *Dial. Trib.*, 2004, p. 1336.

¹²⁰ Cfr. G. GAFFURI, *Il consolidato domestico nella disciplina dell'imposta riformata sulle società*, in *Trib. Imp.*, 2004, p. 23.

¹²¹ Cfr. Documento del 20 febbraio 2006, *La rilevazione della fiscalità corrente e differita nel bilancio delle imprese che aderiscono alla disciplina del consolidato fiscale nazionale*, in "il fisco" n. 12/2006, fascicolo n. 2, p. 1741.

fronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società". Come rilevato dalla dottrina¹²², la compensazione del vantaggio fiscale trasferito a seguito dell'opzione per il consolidato fiscale sarebbe addirittura necessaria al fine di evitare situazioni di indebito arricchimento in capo alla società che trasferisce i redditi da sottoporre a tassazione. Al contrario, la società che trasferisce le proprie perdite fiscali al consolidato, perdendo il diritto ad una futura compensazione delle stesse, dovrebbe essere remunerata in una misura almeno pari alle minori imposte che la società capogruppo si troverà a versare grazie all'utilizzo in compensazione delle perdite trasferite dalla società consolidata. In altri ordinamenti, come ad esempio in Germania, la stipula del contratto di consolidamento, al fine di tutelare i soci di minoranza delle società che partecipano al consolidato, è addirittura richiesto come condizione essenziale ai fini dell'opzione per il regime del consolidato fiscale¹²³.

¹²² Cfr. G. ZIZZO, *Osservazioni in tema di consolidato nazionale*, in Riv. Dir. Trib., 2004 p. 635.

¹²³ Cfr. P. MARONGIU, *Aspetti comparati del consolidato fiscale: la disciplina tedesca*, in Fisc. Int., 2005, pp. 205 e ss. A tal proposito l'Autrice rileva che: "Il contratto di trasferimento di utili diviene efficace solo a seguito dell'annotazione nel registro delle imprese, annotazione che segna il momento in cui l'*Organschaft* prende "vita". Inoltre, "il contratto di trasferimento di utili deve contenere a pena di nullità dal punto di vista civilistico e di irrilevanza dal punto di vista fiscale l'indicazione di quanto sarà corrisposto ai soci esterni delle società organo (*Außenstehende Gesellschafter*) a titolo di conguaglio per l'eventuale pregiudizio derivante dall'annessione alla società capogruppo. La dazione di tale somma, a prescindere dal fatto che avvenga ad opera delle società organo o della capogruppo, non determina una diminuzione del reddito globale del gruppo, né costituisce un costo deducibile per la società che eroga il conguaglio. Per contro, in capo alla società organo ricevente, la somma percepita a titolo di compensazione costituirà reddito imponibile per i 3/4 dell'ammontare effettivamente pagato".

2.9.6 Soggetti esclusi

Le società che usufruiscono di un'aliquota Ires ridotta non possono aderire al consolidato fiscale. In base a quanto previsto dall'articolo 126 del Tuir, inoltre, non possono esercitare tale opzione le società in liquidazione coatta amministrativa, ovvero quelle per le quali è intervenuta la dichiarazione di fallimento. L'articolo 4, comma 1, lettera b) del D.M. 9 giugno 2004 ha esteso il divieto di inclusione nel perimetro di consolidamento anche alle società soggette alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza. Le società di capitali che optano per il regime opzionale della trasparenza fiscale ex articolo 115 del Tuir (in qualità di società partecipata) non possono aderire al consolidato fiscale. Tale limitazione non vale per i soci di società di capitale "trasparenti".

2.9.7 La dichiarazione di gruppo

La società consolidante, secondo quanto previsto dall'articolo 122 del Tuir, "presenta la dichiarazione dei redditi del consolidato, calcolando il reddito complessivo globale risultante dalla somma algebrica dei redditi complessivi netti dichiarati da ciascuna delle società partecipanti al regime del consolidato e procedendo alla liquidazione dell'imposta di gruppo" secondo quanto previsto dal D.M. 9 giugno 2004 ed in base alle disposizioni contenute nel provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate che annualmente approva le dichiarazioni dei redditi. L'obbligo *de quo* ha ad oggetto un atto che, oltre ad avere rilevanza esterna, ha anche una valenza autonoma rispetto alle dichiarazioni delle società che parteci-

pano al consolidato¹²⁴. La società consolidante può essere considerata soggetto passivo “d'imposta” mentre le società consolidate possono essere definite come soggetti passivi “d'accertamento”¹²⁵. Nel caso in cui la società consolidante ometta la presentazione della “dichiarazione di gruppo”, ossia del modello CNM, tale inadempimento non determina la cessazione del regime di tassazione in commento ma fa venir meno la possibilità di riportare in avanti le eventuali perdite che dovessero risultare dalla somma algebrica dei risultati reddituali di tutte le società partecipanti al consolidato¹²⁶. In tal caso sarà l’Agenzia delle Entrate ad emanare l’atto di accertamento nei confronti della società consolidata, tenendo conto dei dati contenuti nel quadro GN delle dichiarazioni presentate dalle società che hanno optato per il regime di consolidamento.

Per quanto riguarda il regime di responsabilità solidale in relazione agli avvisi di accertamento emanati nei confronti di società partecipanti al consolidato, la prima versione dell’articolo 127 del Tuir, che prevedeva un regime di respon-

¹²⁴ “Nel meccanismo in esame, infatti, la quantificazione e dichiarazione del reddito da parte delle controllate non esaurisce la fase di determinazione dell'imponibile, posto che oggetto d'imposizione è un reddito complessivo globale che è frutto non solo della somma algebrica dei redditi determinati dalle controllate, ma anche delle ulteriori variazioni previste in sede di determinazione globale. Di conseguenza, tra le dichiarazioni delle controllate e la dichiarazione del consolidato v'è bensì un rapporto di dipendenza, ma, a differenza di quanto accade per le società di persone, non si tratta di una dipendenza esaustiva: la liquidazione dell'imponibile prosegue presso il soggetto controllante con un'ulteriore fase di determinazione in parte autonoma”. In tal senso si veda A. FANTOZZI, *I rapporti di gruppo*, in AA.VV. (a cura di P. RUSSO), *La riforma dell'imposta sulle società*, cit..

¹²⁵ Per un approfondimento sulla nuova disciplina dell'accertamento nel consolidato nazionale si veda: L. SALVINI, *Atto di accertamento «unico» per la rettifica dei redditi dei soggetti aderenti al consolidato*, in *Corr. Trib.*, 2011, pp. 2824 e ss.. L. SALVINI, *Accertamento, adesione e altre forme di definizione nel consolidato nazionale*, in *Corr. Trib.*, 2010, pp. 3073 e ss.. Per un approfondimento sulla precedente disciplina dell'accertamento nel consolidato nazionale si veda: A. TOMASSINI, *La responsabilità per imposte e sanzioni nel consolidato nazionale nella dinamica del procedimento di accertamento*, in *Rass. Trib.*, 2008, p. 375. G. TINELLI, *Consolidato al bivio verifica*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 giugno 2004, p. 24.

¹²⁶ Nella Risoluzione n. 167 del 2008 l’Agenzia delle Entrate ha affrontato tale questione ed ha ritenuto non possibile il riporto delle perdite risultanti dal consolidato in quanto, in base a quanto previsto dall’art. 9, comma 2, del D. M. 9 giugno 2004, “le perdite fiscali riportabili secondo le modalità di cui ai commi 1 e 2 dell’art. 84 sono soltanto quelle “risultanti dalla dichiarazione dei redditi di cui al comma 1” (i.e., la “dichiarazione dei redditi del consolidato” modello CNM di cui all’articolo 122 del TUIR)”.

sabilità solidale particolarmente esteso tra le società appartenenti al perimetro di consolidamento¹²⁷, aveva destato più di una perplessità in dottrina¹²⁸. Le principali criticità di tale regime di responsabilità solidale sono state rimosse dal cosiddetto “correttivo Ires¹²⁹”, che ha distribuito più equamente la responsabilità solidale in capo ai soggetti partecipanti al consolidato. Le società consolidate sono ora responsabili in solido solo per le eventuali maggiori imposte, sanzioni ed interessi riconducibili al proprio reddito e non anche, come avveniva nella versione originaria della norma, per le maggiori somme dovute in relazione a violazioni effettuate da altre società appartenenti al perimetro di consolidamento.

L’attuale regime di responsabilità della consolidante è ora articolabile in tre livelli¹³⁰:

- in primo luogo, la società consolidante è responsabile per la determinazione del proprio reddito;
- in secondo luogo, la società consolidante è responsabile per la sua natura di soggetto tenuto alla presentazione della dichiarazione di gruppo;
- in terzo luogo, è ora vigente un regime di responsabilità solidale con le società consolidate che riguarda le sanzioni riferibili ai redditi propri di queste ultime. Nell’ambito del controllo formale delle dichiarazioni previsto

¹²⁷ Nella versione iniziale dell’articolo 127 del Tuir, infatti, le società consolidate erano responsabili anche per le violazioni effettuate da altre società consolidate.

¹²⁸ Cfr. G. TINELLI, *Troppi pesi per la controllante*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 luglio 2004, p. 21. Come rilevato dall’Autore, infatti, la responsabilità solidale in materia di sanzioni prevista dall’originaria versione dell’articolo 127, comma 1, del Tuir si poneva in conflitto con la riferibilità della sanzione al soggetto che beneficia della violazione. Dubbi in merito alla conformità costituzionale della disposizione contenuta nell’originaria versione dell’articolo 127 del Tuir, per eccesso di delega, venivano sollevati da: G. MARONGIU, P. MARONGIU, *Il consolidato fiscale domestico nello “schema di decreto” fra proposte di disciplina generale e dubbi di costituzionalità in tema di responsabilità solidale*, in *Il Fisco*, 2003, p. 1-6363. A tal proposito gli Autori osservano che mentre la legge delega aveva limitato la solidarietà agli obblighi tributari, il decreto delegato la estendeva anche alle sanzioni.

¹²⁹ Cfr. Articolo 8, comma 6, del decreto legislativo n. 247 del 2005.

¹³⁰ In tal senso si veda anche: D. CASALE, *Il consolidato nazionale*, in AA. VV. (a cura di C. BUCICICO), *La tassazione dei gruppi d’impresa*, 2014, Maggioli Editore, p. 175.

dall'articolo 36-ter del d.P.R. n. 600 del 1973, ovvero in sede di liquidazione, l'accertamento di un maggior reddito in capo alla consolidata determinerà la responsabilità solidale della consolidante con riferimento alle maggiori imposte, sanzioni ed interessi dovuti. Tale responsabilità non si estende alle altre società rientranti nel perimetro di consolidamento.

Le società consolidate, invece, sono responsabili solo con riferimento alle imposte e sanzioni riconducibili al proprio reddito.

La disposizione contenuta nell'articolo 127, comma 4 del Tuir, disciplina l'istituto della rivalsa nei rapporti interni tra società consolidante e società consolidate ed ha il diritto di tutelare il diritto di difesa delle società consolidate. In forza di tale disposizione, infatti, l'eventuale rivalsa della società o ente controllante nei confronti delle società controllate deve essere esercitata entro il ventesimo giorno successivo alla data di notifica dell'atto impositivo nei confronti della consolidante, anche nel caso in cui tale notifica venga effettuata alla consolidante nella sua qualità di domiciliatario ex articolo 119 del Tuir.

CAPITOLO TERZO

SISTEMA DI TASSAZIONE DEGLI UTILI SOCIETARI NEI GRUPPI DI SOCIETÀ NEL DIRITTO STATUNITENSE

SOMMARIO: 3.1. La corporate income tax; 3.1.2 Il carattere progressivo dell'imposta; 3.2 Soggetti passivi; 3.3 La residenza fiscale; 3.4 Le transazioni infragruppo; 3.4.1 Le modalità di rettifica delle transazioni infragruppo; 3.5. La definizione di dividendo nel diritto commerciale statunitense; 3.6 La nozione di dividendo nel diritto tributario statunitense; 3.6.1 La nozione di Earnings and profits; 3.7 Le modalità di tassazione dei dividendi; 3.7.1 La tassazione dei dividendi domestici; 3.7.2. La tassazione dei dividendi in entrata; 3.7.3 I Securities Loans; 3.7.4 Dividend Waivers; 3.7.5 Le operazioni di earning stripping; 3.7.6 Le cosiddette “Constructive distributions”; 3.8 La tassazione dei profitti non distribuiti; 3.8.1 Imposta sull' accumulated taxable income; 3.8.2 L'applicazione dell' Imposta sull' “accumulated taxable income” nei confronti di società partecipate da soci non residenti; 3.9 La classificazione degli strumenti finanziari ibridi; 3.10 Il regime delle perdite fiscali; 3.11 La tassazione degli utili nelle S Corporation; 3.12 Il trattamento fiscale delle partnership; 3.13 La tassazione dei gruppi: il consolidato fiscale; 3.13.1 L'inclusione delle società estere nel consolidato fiscale; 3.13.2 La durata dell'opzione e la regola dell'all in.; 3.13.4 Il regime di responsabilità delle società che aderiscono al consolidato; 3.13.5 La tassazione dei dividendi nell'ambito del consolidato fiscale; 3.14 La Check the Box Regulation; 3.14.1 Profili procedurali relativi alla Check-the-box Regulation; 3.15. Le forme giuridiche attraverso cui le società statunitensi possono svolgere la propria attività all'estero; 3.15.1 Stabile organizzazione; 3.15.2 Foreign Corporation; 3.15.3 Passive Foreign Investment Company; 3.15.4 Partnership; 3.15.5 Domestic Subsidiary; 3.15.6 Domestic International Sales Corporation (DISC); 3.16 La politica degli Stati Uniti in materia di Convenzioni contro le doppie imposizioni; 3.17 Il trattamento fiscale delle partnership nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni.

3.1. La corporate income tax

Il reddito prodotto dalle società è oggetto di tassazione negli Stati Uniti sin dal lontano 1894. La prima legge che aveva istituito l'imposta federale sui redditi prodotti dalle società fu dichiarata incostituzionale nel 1895. Nella sentenza relativa al caso *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Company*, la Suprema Corte degli Stati Uniti stabilì, a tal proposito, che l'imposta federale sui redditi delle società, che trovava applicazione anche sui redditi prodotti a seguito della locazione di proprietà immobiliari, era in contrasto con l'articolo 1, paragrafo 9, periodo 4 della Costituzione, che vietava l'imposizione di un'imposta diretta sui redditi senza prevedere una ripartizione del gettito tra i vari Stati in proporzione alla popolazione di ciascuno Stato. Con l'approvazione del *Payne-Aldrich Tariff Act* del 1909, il Congresso introdusse una nuova imposta sul reddito delle società¹³¹, avente come presupposto impositivo lo svolgimento di un'attività d'impresa da parte di una *corporation*. La legittimità costituzionale di tale imposta è stata confermata dalla Suprema Corte degli Stati Uniti, che nella sentenza relativa al caso *Flint v. Stone Tracy Co.*, affermando che l'imposta *de qua* avesse la natura di accisa e non di imposta sul reddito, ha reso di fatto inapplicabile il divieto¹³² di imporre imposte dirette senza alcuna previsione in merito alla ripartizione del gettito tra i vari Stati¹³³.

¹³¹ L'aliquota applicabile ai redditi d'impresa superiori ai \$ 5.000 era pari all'1%.

¹³² L'accertamento della violazione di tale divieto, statuito nell'articolo 1, paragrafo 9, periodo 4 della Costituzione, è stato decisivo per la dichiarazione di incostituzionalità della precedente imposta federale sui redditi. Cfr. sentenza della Suprema Corte relativa al caso *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Company*.

¹³³ Secondo la Suprema Corte il gettito derivante da tale imposta non doveva essere ripartito tra i vari Stati, non trattandosi di imposta diretta: "*The Corporation Tax, as imposed by Congress in the Tariff Act of 1909, is not a direct tax, but an excise; it does not fall within the apportionment*

Con l'approvazione del sedicesimo emendamento, avvenuta nel 1913, il Congresso ha eliminato la disposizione costituzionale che prevedeva l'obbligo di ripartizione del gettito derivante dalle imposte dirette tra i vari Stati. A seguito di tale modifica, la compatibilità costituzionale dell'imposta federale sul reddito delle società è stata di fatto rafforzata.

Come rilevato dalla dottrina¹³⁴, l'approvazione del sedicesimo emendamento ha esteso il potere del Congresso di imporre nuove imposte sui redditi provenienti da qualsiasi fonte, senza alcun obbligo di ripartizione del gettito. Ancora, la modifica costituzionale *de qua* ha legittimato l'imposizione di imposte con riferimento ai cd. *passive income* percepiti da società, già oggetto di censura nella sentenza relativa al caso *Zonne v. Minneapolis Syndicate*, 220 US 187 (1911). In tale occasione, la Suprema Corte degli Stati Uniti aveva infatti stabilito che la società ricorrente non fosse soggetta all'imposta federale sul reddito delle società in quanto svolgeva un'attività che non era d'impresa ma di mero godimento e quindi fuori dal campo di applicazione dell'imposta federale sul reddito delle società¹³⁵.

clause of the Constitution, but is within, and complies with, the provision for uniformity throughout the United States; it is an excise on the privilege of doing business in a corporate capacity".

¹³⁴ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, WG&L, New York, 2006, p. 1-4.

¹³⁵ Secondo la Suprema Corte, infatti: "*its sole authority was to hold the title subject to the lease for 130 years, to receive and distribute the rentals which might accrue under the terms of the lease, or the proceeds of any sale of the land, if it should be sold. The corporation had practically gone out of business in connection with the property, and had disqualified itself by the terms of reorganization from any activity in respect to it. We are of opinion that the corporation was not doing business in such wise as to make it subject to the tax imposed by the act of 1909 [Stat. at L. 1st Sess. 61st Cong. 112, chap. 6, 38, U. S. Comp. Stat. Supp. 1909, p. 844]*".

3.1.2 Il carattere progressivo dell'imposta

L'imposta federale sul reddito delle società residenti negli Stati Uniti ha il carattere di un'imposta progressiva per scaglioni. L'aliquota, che varia da un minimo del 15% sino ad un massimo del 35%, va applicata sulla base imponibile (cd. "*taxable income*") nella seguente misura¹³⁶:

Taxable income	Aliquota
Fino a \$ 50.000	15%
Oltre \$ 50.000 e fino a \$ 75.000	25%
Oltre \$ 75.000 e fino a \$ 10.000.000	34%
Oltre \$ 10.000.000	35%

Le società che producono un reddito compreso tra \$ 100.000 e \$ 335.000, oltre all'imposta dovuta in base allo scaglione di appartenenza, devono corrispondere un ulteriore 5% a titolo di "*surtax*". Tale sovrattassa non può comunque superare la soglia di \$ 11.750, ossia il 5% di \$ 335.000. La sovrattassa per le società che producono un reddito compreso tra \$ 15.000.000 e \$ 18.333.333 è pari al 3% della quota di reddito che eccede la soglia di \$ 15.000.000 e di conseguenza non può mai superare la soglia di \$ 100.000. Applicando la cd. "*surtax*" si avrà la seguente situazione:

Taxable income	Aliquota
Fino a \$ 50.000	15%

¹³⁶ Cfr. § 11(b) dell'IRC.

Oltre \$ 50.000 e fino a \$ 75.000	25%
Oltre \$ 75.000 e fino a \$ 100.000	34%
Oltre \$ 100.000 e fino a \$ 335.000	39%
Oltre \$ 335.000 e fino a \$ 10.000.000	34%
Oltre \$ 10.000.000 e fino a \$ 15.000.000	35%
Oltre \$ 15.000.000 e fino a \$ 18.333.333	38%
Oltre \$ 18.333.333	35%

Per le società che rientrano nella categoria delle “*qualified personal service corporation*”, in luogo della tassazione progressiva appena esaminata, trova applicazione l'aliquota del 35%. Secondo la definizione data dal codice¹³⁷, rientrano in tale particolare categoria di società le *corporation* che svolgono un'attività di prestazione di servizi in uno dei seguenti settori: salute, consulenza giuridica, ingegneria, architettura, contabilità, scienze attuariali, spettacolo, consulenza. Oltre al requisito oggettivo, le quote o le azioni delle società che svolgono uno dei predetti servizi devono essere detenute, ai fini della qualificazione come “*qualified personal service corporation*” da: impiegati che svolgono tali servizi per con-

¹³⁷ Cfr. § 448 dell'IRC: “(2) *Qualified personal service corporation*. The term “*qualified personal service corporation*” means any corporation:

(A) substantially all of the activities of which involve the performance of services in the fields of health, law, engineering, architecture, accounting, actuarial science, performing arts, or consulting, and

(B) substantially all of the stock of which (by value) is held directly (or indirectly through 1 or more partnerships, S corporations, or qualified personal service corporations not described in paragraph (2) or (3) of subsection (a)) by -

(i) employees performing services for such corporation in connection with the activities involving a field referred to in subparagraph (A),

(ii) retired employees who had performed such services for such corporation,

(iii) the estate of any individual described in clause (i) or (ii), or

(iv) any other person who acquired such stock by reason of the death of an individual described in clause (i) or (ii) (but only for the 2-year period beginning on the date of the death of such individual). To the extent provided in regulations which shall be prescribed by the Secretary, indirect holdings through a trust shall be taken into account under subparagraph (B)”.

to della società, pensionati che abbiano in precedenza svolto tale attività per la medesima società e/o i loro eredi.

3.2 Soggetti passivi

La definizione del termine “*corporation*”, contenuta nella sezione 7701(a)(3) dell'IRC, comprende le *associations*, le *joint-stock companies* e le *insurance companies*. La soggettività tributaria delle *corporation* è svincolata da quella civilistica, in quanto, in alcuni casi, le società che sono considerate *corporation* ai fini del diritto civile non sono soggette all'imposta federale sul reddito delle società e viceversa. Nel caso delle cosiddette “*S corporation*”, che rappresenta un classico esempio di tassazione per trasparenza, la società che opta per tale regime non sarà considerata come soggetto passivo ai fini dell'imposta sul reddito, ma i redditi e le perdite da questa prodotti saranno imputati direttamente ai soci. Il carattere progressivo dell'imposta sul reddito delle società potrebbe incentivare la creazione di più soggetti giuridici distinti, al fine di ripartire su più soggetti il reddito prodotto dallo svolgimento di un'attività imprenditoriale ed evitare l'applicazione delle aliquote progressive. A tal proposito, la disposizione contenuta nella sezione 1561 dell'IRC, rubricata “*Limitations on certain multiple tax benefits in the case of certain controlled corporations*” ha lo scopo di neutralizzare tali comportamenti elusivi, in quanto, ai fini del calcolo della cd. “*surtax*”, ovvero dell’ “*alternative minimum tax*”, prevede che la tassazione delle singole società del gruppo avvenga tenendo in considerazione il livello di reddito dichiarato dagli altri membri del gruppo, anche in assenza di opzione per il consolidato fiscale.

3.3 La residenza fiscale

La residenza fiscale¹³⁸ delle società statunitensi si basa sulla cd. “*incorporation doctrine*”, che è la più utilizzata nei Paesi di *common law*. Sono considerate come residenti fiscalmente negli Stati Uniti le società ivi costituite o le società il cui statuto è disciplinato dal diritto statunitense. Secondo quanto previsto dal § 7701 dell'IRC, infatti: “*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*”.

Ai fini della determinazione della residenza, non assumono quindi rilevanza né la forma giuridica, né la sede della direzione effettiva della società, ma esclusivamente il luogo di “incorporazione” della stessa.

La mobilità societaria tra i vari Stati compresi nel territorio degli Stati Uniti è incentivata dal diritto societario americano in quanto essa avviene nell'ambito di una competizione tra ordinamenti dove le competenze in materia societaria sono attribuite ai vari Stati, mentre la regolamentazione delle *securities* è di competenza federale. Recentemente la dottrina ha suggerito di adottare un differente paradigma nel considerare il fenomeno competitivo, “centrato piuttosto sul rapporto tra competenza statale e competenza federale, piuttosto che fra competenze statali concorrenti”¹³⁹, in quanto anche se la circolazione delle azioni è sog-

¹³⁸ Per un approfondimento sul tema si veda: O. MARIAN, *Jurisdiction to Tax Corporations*, 54 *B.C.L. Rev.*, 2013, pp. 1613-1665; Y. BRAUNER, *United States*, in AA. VV: (G. MAISTO ed.), *Residence of Companies Under Tax Treaties and EC Law*, 2009, IBFD, pp. 855- 865.

¹³⁹ Così. A. GUACCERO, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli Stati Membri. Europa vs. USA*, in *Eur. e Dir. Priv.* 2007, pp. 133 e ss., che a sua volta rinvia a M.J. ROE, *Delaware's Competition*, 117 *Harv. L. Rev.* 588, 2003.

getta alla legislazione statale, sono gli Stati che hanno il potere di formare lo statuto giuridico di tale specifica *commodity* scambiata sul mercato¹⁴⁰.

Analizzando congiuntamente le disposizioni contenute nel *Model Business Corporation Act*, adottato da molti Stati, e quelle contenute nel diritto del Delaware, che insieme regolamentano le disposizioni civilistiche applicabili alla quasi totalità delle società statunitensi, si rileva¹⁴¹ che l'ordinamento statunitense non ammette il trasferimento della sede legale di una società in un Paese terzo senza la preventiva liquidazione dell'entità statunitense. Nella maggior parte dei casi le società statunitensi che intendono trasferirsi all'estero, considerato il divieto *de quo*, adottano il seguente schema: a) costituzione di una società controllata al 100% nello Stato estero; b) fusione inversa nella società controllata. Al fine di contrastare possibili abusi connessi a tali fenomeni, è stata introdotta una disposizione antielusiva¹⁴² che considera residente negli Stati Uniti una società che a seguito di tale processo sia ancora controllata, per almeno l'80%, dagli stessi azionisti che la controllavano prima dell'esecuzione di tali operazioni, a patto che nello stato estero di destinazione non venga svolta una sostanziale attività d'impresa se comparata con quella svolta prima dell'esecuzione dell'operazione di fusione inversa.

All'interno del territorio statunitense molti Stati ammettono la possibilità, per le società estere, di adottare ai fini societari le leggi dello Stato in cui svolgono un'attività economica. Ad esempio, nello Stato del Delaware, attraverso la compilazione di un “*certificate of corporate domestication*” e di un “*certificate of incorporation*” la società estera, che sarà considerata come residente negli Stati

¹⁴⁰ Cfr. A. GUACCERO, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli Stati Membri. Europa vs. USA*, cit..

¹⁴¹ F. M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Giuffrè, 2010, pp. 73-74.

¹⁴² Cfr. § 7874(b) dell'IRC.

Uniti ai fini del diritto comune, in forza della suddetta procedura sarà considerata come società residente negli Stati Uniti anche ai fini fiscali.

3.4 Le transazioni infragruppo

La sezione 482 dell'IRC contiene una clausola generale¹⁴³ secondo cui l'IRS può rettificare il valore di qualsiasi transazione avvenuta tra due società appartenenti o controllate dai medesimi soggetti (cd. “*same interests*”). Si tratta, in sostanza, di una clausola generale che prevede l'applicazione del “*transfer pricing*” sia con riferimento ad operazioni domestiche che internazionali. La sussistenza o meno del requisito del comune controllo o del socio comune è stata spesso oggetto di contenzioso, in quanto il termine “*same interests*” non è definito a livello normativo. Nella sentenza relativa al caso *Robert M. Brittingham*¹⁴⁴, la Corte di Appello degli Stati Uniti ha stabilito che una serie di transazioni avvenute tra una società statunitense, i cui soci di riferimento erano due fratelli e le relative famiglie, ed un'altra società statunitense in cui il socio di riferimento era solo uno dei fratelli, non rientravano nel campo di applicazione della norma in commento in quanto, la circostanza che la compagine sociale delle due società non fosse la medesima, unita al fatto che non vi fosse stato un disegno comune di trasferire

¹⁴³ Cfr. § 482 IRC: “*In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses. In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936 (h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible*”.

¹⁴⁴ Cfr. *Robert M. Brittingham*, 66 TC 373 (1976).

reddito da un contribuente all'altro, avevano fatto venire meno la sussistenza del requisito del “*same interests*”¹⁴⁵.

Come già accennato in precedenza, la norma non contiene alcuna distinzione tra società residenti e società non residenti, pertanto la possibilità di rettificare le transazioni infragruppo secondo il principio dell' “*arm's length*” riguarda sia le operazioni domestiche che le operazioni internazionali. Tuttavia, le operazioni tra la società madre residente negli Stati Uniti e la stabile organizzazione residente all'estero non ricadono nell'ambito di applicazione di tale norma in quanto, come previsto dalle “*Regulations*”, la disposizione di cui all'articolo 482 si applica alle transazioni che avvengono tra due diversi contribuenti e non a quelle poste in essere tra la casa madre e la stabile organizzazione estera¹⁴⁶.

Per i gruppi che aderiscono al consolidato fiscale, tali rettifiche sono piuttosto rare in quanto l'opzione per tale regime di determinazione della “base imponibile del gruppo” lascia pochi spazi a manovre elusive basate sull'alterazione dei prezzi di trasferimento infragruppo. Secondo quanto previsto dalla sezione 1.482-1(a)(1) delle *Regulations*, l'obiettivo della predetta norma è quello di equiparare la posizione di una società controllata a quella di una società “indipendente”. Uno

¹⁴⁵ Cfr. § 20 della sentenza *Robert M. Brittingham*, 66 TC 373 (1976): “*Section 482 was enacted to prevent the artificial shifting of income between controlled taxpayers to avoid Federal taxes. See H.Rept.No.2, Supra; S.Rept.No.960, Supra. In using the term “same interests,” Congress apparently intended to include more than “the same persons” or “the same individuals.” Different persons with a common goal or purpose for artificially shifting income can constitute the “same interests” for the purposes of the statute. Cf. Rishell Phonograph Co., 2 B.T.A. 229, 232-233 (1925). Thus, it is not necessary that the same person or persons own or control each controlled business before section 482 can be applied, but there must be a common design for the shifting of income in order for different individuals to constitute the “same interests.” Here, the two businesses were owned and controlled by different individuals, and it is clear there was no design to shift income among them.*”

¹⁴⁶ Cfr. *Regulations* § 1.482-1(i)(5), dove la società controllata viene definita come: “*Controlled taxpayer means any one of two or more taxpayers owned or controlled directly or indirectly by the same interests, and includes the taxpayer that owns or controls the other taxpayers. Uncontrolled taxpayer means any one of two or more taxpayers not owned or controlled directly or indirectly by the same interests.*”

degli schemi elusivi più comuni che la normativa in commento può contrastare è quello dell'alterazione del corrispettivo di una transazione che avviene tra una società che presenta delle perdite fiscali ed una società che invece presenta un reddito d'impresa. In tal caso, l'incremento artificiale del corrispettivo di una prestazione di servizi o di una cessione di beni tra una società in perdita ed un'altra in utile (entrambi appartenenti allo stesso gruppo) determina una riduzione della base imponibile e quindi delle imposte sul reddito dovute dalla società che ha un reddito tassabile, senza che vi sia un corrispondente incremento delle imposte dovute dalla società in perdita.

3.4.1 Le modalità di rettifica delle transazioni infragruppo

La predisposizione di adeguata documentazione che consenta all'IRS di riscontrare le modalità attraverso cui il contribuente ha determinato il valore delle transazioni che rientrano nel campo di applicazione del *transfer pricing* potrebbe permettere, in base a quanto previsto dalla sezione 6662(e) dell'IRC, di evitare l'applicazione delle sanzioni connesse alle rettifiche da *transfer pricing*. Le sanzioni ordinariamente applicabili nel caso di rettifica delle transazioni infragruppo ai sensi della normativa in commento dipendono dalla percentuale di scostamento dei corrispettivi dichiarati rispetto a quelli giudicati congrui, ai sensi della sezione 482 dell'IRC, dall'Amministrazione Finanziaria statunitense. Nel caso degli acquisti, qualora la differenza tra i predetti valori sia uguale o superiore al 50%, la sanzione trova applicazione nella misura del 20% dell'importo che supera la soglia di scostamento "non sanzionabile", pari al 50%. Nel caso delle vendite o prestazioni di servizi, qualora lo scostamento tra l'importo dichiarato e quello ritenuto con-

gruo sia uguale o superiore al 200%, la sanzione trova applicazione nella misura del 20% dell'importo che supera la soglia di scostamento “non sanzionabile”, pari al 200%. Anche qualora le predette soglie di punibilità non risultino superate è comunque sanzionabile il contribuente destinatario di un avviso di accertamento in cui la base imponibile accertata a seguito di una rettifica da *transfer pricing* in alternativa: a) superi i 20 milioni di dollari; b) sia pari ad almeno il 20% dei ricavi dalle vendite (cd. “*gross receipts*”).

Tornando all'analisi della struttura della norma generale che disciplina il *transfer pricing*, ossia la sezione 482 dell'IRC, bisogna soffermarsi sul livello di discrezionalità di cui gode l'Amministrazione finanziaria statunitense nell'ambito delle verifiche aventi ad oggetto il riscontro della congruità dei prezzi di trasferimento. Secondo quanto risulta da tale norma, infatti: “*the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses*”. I contribuenti destinatari di tali avvisi di accertamento si sono spesso rivolti alle Corti statunitensi per eccepire l'eccesso di discrezionalità da parte dell'Amministrazione finanziaria in tali attività di verifica ed accertamento. Nella sentenza relativa al caso *Liberty Loan Corporation, v. United States of America*¹⁴⁷ l'ottava Corte di Appello degli Stati Uniti ha rilevato che l'IRS gode di una considerevole discrezionalità (*The Commissioner has considerable discretion*) nell'ambito dell'applicazione delle disposizioni di cui alla sezione 482

¹⁴⁷ Cfr. *Liberty Loan Corporation v. United States*, 498 F. 2d 225, del 31 maggio 1974.

dell'IRC. Tuttavia, nel medesimo passo della sentenza, i giudici hanno rilevato che le rettifiche effettuate dall'Amministrazione Finanziaria possono essere ritenute valide a meno che quest'ultima non abusi del proprio potere discrezionale ([...] *and his determinations must be sustained unless he has abused his discretion*). Secondo i giudici, il contribuente, al fine di ottenere l'annullamento dell'avviso di accertamento deve dimostrare che il metodo utilizzato dall'Amministrazione Finanziaria per effettuare le rettifiche da *transfer pricing* sia: “non ragionevole, arbitrario o pretestuoso”¹⁴⁸.

Il caso oggetto di contenzioso, riguardava un gruppo finanziario costituito da 40 filiali e 399 società controllate operanti in Stati diversi. Nel 1961, la società capogruppo aveva effettuato un importante finanziamento in favore delle 399 controllate. Queste ultime, a loro volta, avevano effettuato dei prestiti ai propri clienti. Il fatto che la società madre si fosse indebitata per poi “trasferire” tale finanziamento alle altre società del gruppo era giustificata, secondo il contribuente, dal fatto che la prima aveva un elevato merito creditizio rispetto alle proprie controllate e quindi, agendo in tale modo, si sarebbe ottenuto un risparmio sugli oneri finanziari complessivamente gravanti sul gruppo. Nel 1961, la società madre applicò dei tassi di interesse differenziati ai finanziamenti erogati alle società controllate, tenendo conto della situazione finanziaria di queste ultime. Alle società in equilibrio finanziario fu applicato un tasso di interesse del 5,75% mentre a quelle che presentavano dei problemi di liquidità fu applicato un tasso di interesse molto più basso o nullo. Le società controllate, a loro volta, applicarono ai finanziamenti concessi ai propri clienti un tasso di interesse sensibilmente più alto rispetto a

¹⁴⁸ Cfr. sentenza relativa al caso *Liberty Loan Corporation*, in lingua originale: “*We may reverse his determinations only where the taxpayer proves them to be unreasonable, arbitrary, or capricious*”.

quello pagato alla capogruppo. Tramite tale sistema la società capogruppo era riuscita a recuperare totalmente i costi sostenuti per il reperimento delle risorse finanziarie. Il tasso di interesse pagato dalla capogruppo a soggetti terzi era pari, infatti, al 5,55%. La contestazione mossa dall'Amministrazione finanziaria statunitense nei confronti della società capogruppo riguardava l'omessa remunerazione dei finanziamenti cd. infruttiferi (“*no-interest loans*”), che, come visto, erano stati erogati solo in favore delle società controllate in difficoltà finanziarie. Secondo l'Amministrazione finanziaria, tramite l'alterazione dei prezzi di trasferimento era stato raggiunto un illegittimo risparmio fiscale a livello di gruppo in quanto, tramite la fissazione di tassi di interesse differenziati o nulli, gli oneri derivanti dai finanziamenti erogati alle società controllate sarebbero stati addebitati solo alle società che presentavano utili e che quindi potevano ottenere un risparmio fiscale tramite la deduzione di tali oneri. In altre parole, alle società in crisi di liquidità non sarebbe stato addebitato alcun interesse in quanto, siccome il conto economico di queste ultime si chiudeva con l'esposizione di una perdita, l'eventuale deduzione di interessi passivi non avrebbe determinato alcun risparmio d'imposta.

Nella sentenza in commento i giudici hanno accolto le ragioni della società capogruppo in quanto era stato dimostrato che l'intero onere sostenuto da quest'ultima per procurarsi il capitale successivamente utilizzato per erogare finanziamenti alle proprie controllate fosse stato interamente coperto dai tassi di interesse applicati alle controllate. In altre parole, il reddito d'esercizio della società capogruppo non era stato influenzato dalla deduzione degli interessi passivi sul finanziamento ricevuto in quanto, il successivo addebito degli interessi alle controllate avrebbe compensato tali oneri. Secondo i giudici, il caso in oggetto era di-

verso da altri casi, già trattati in precedenza¹⁴⁹, dove la società capogruppo, che aveva erogato una serie di finanziamenti alle proprie controllate, non aveva mai applicato un tasso di interesse a queste ultime, senza fornire alcuna valida ragione economica. Nel caso di specie, invece, il fatto di avere addebitato gli interessi esclusivamente alle società che presentavano una buona situazione finanziaria costitutiva, secondo i giudici, una valida ragione economica¹⁵⁰. Infine, considerato che il tasso di interesse “complessivamente applicato” rientrava nel cd. “*safe harbour*”¹⁵¹ e che l'Amministrazione non aveva nemmeno avviato una procedura per rettificare il reddito in capo alle società controllate, secondo i giudici vi era stato un “abuso” dei poteri ad essa conferiti dalla sezione 482 dell'IRC.

3.5. La definizione di dividendo nel diritto commerciale statunitense

Nell'ambito del diritto commerciale statunitense non esiste una definizione univoca del termine dividendo applicabile in tutti gli Stati¹⁵². Considerato che nello Stato del Delaware è presente la sede legale di circa la metà di tutte le società

¹⁴⁹ Cfr. *B. Forman Co. v. Commissioner*, 453 F.2d 1144 (2d Cir. 1972), e *Kahler Corp. v. Commissioner*, 486 F.2d 1 (8th Cir. 1973)

¹⁵⁰ Cfr. punto 46 della sentenza *Liberty Loan Corporation v. United States*: “The court on the present record was also warranted in finding that a legitimate business purpose existed for shifting the interest burden from the loss subsidiaries to the gain subsidiaries, and that no tax evasion was established”.

¹⁵¹ Secondo quanto stabilito dalla sezione 1.482-2 delle Regulations, vi sono quattro modalità valide al fine di dimostrare la corretta applicazione delle transazioni infragruppo aventi ad oggetto gli interessi. Esse sono: “(1) *situs of the borrower rule*; (2) *applicable federal rate (AFR) safe haven*; (3) *general rule*; and (4) *trade receivable exception under Treas. Regs. §1.482-2*.” La cd. *AFR rule* si ritiene rispettata qualora: a) il finanziamento sia denominato in dollari; b) il soggetto mutuante non svolga l'attività di erogazione di finanziamenti a terzi soggetti nel periodo di tempo in cui il prestito viene erogato a soggetti correlati; c) la “*situs of the borrower rule*” non trova applicazione. Quest'ultima norma prevede che se il finanziamento rappresenta il corrispettivo di un altro finanziamento ottenuto dal soggetto mutuante nello Stato (*situs*) di residenza del mutuatario, il valore normale è uguale al tasso di interesse effettivamente pagato dal mutuante, più un margine che rifletta i costi sostenuti dal mutuante nell'operazione di erogazione di tale finanziamento. Per un approfondimento si veda: M. CALVA, K. CHANDRASEKHAR & M. GAFFNEY, *Chapter 17 United States in Transfer Pricing and Intra-Group Financing* (A. BAKKER & M.M. LEVEY eds.), Amsterdam, 2012, Online Books IBFD.

¹⁵² Cfr. M.S. HOOSE, *Chapter 22: United States*, in *Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law* (G. MAISTO ed.), Amsterdam, 2012, Online Books IBFD.

quotate negli Stati Uniti¹⁵³, la definizione di dividendo fornita dal diritto commerciale di tale Stato costituisce un valido modello di riferimento. Il paragrafo 170 del *Delaware General Corporate Law* prevede che, oltre alle restrizioni previste dallo statuto della società che intende procedere alla distribuzione dei dividendi, non sia possibile distribuire dividendi nel caso in cui il patrimonio netto della società sia negativo. Ancora, il dividendo può essere definito come un pagamento collegato alla detenzione di azioni relative al capitale sociale di una “*corporation*” nella misura in cui tali pagamenti eccedano il patrimonio netto di quest’ultima. A tal fine, il Delaware aderisce alla cosiddetta teoria “legale” del capitale sociale, secondo cui gli amministratori della società possono determinare se le somme ricevute dalla società fanno parte o meno del capitale della stessa¹⁵⁴. Da un punto di vista contabile, invece, la definizione di dividendo è contenuta nel cd. “*Accounting Standards Codification*” (ASC), elaborato dall’ “*US Financial Accounting Standards Board*” (FASB). Secondo tali norme, una volta che uno strumento finanziario viene qualificato come “*equity*”, il trattamento contabile dei flussi finanziari correlati alla detenzione di tale strumento dipende dalla quota di partecipazione dell’investitore nel soggetto che ha emesso lo strumento. Nel caso in cui la percentuale di possesso sia uguale o superiore al 50%, trova applicazione il cd. “*consolidated method*”. Qualora invece la percentuale di possesso sia compresa tra il 20% e il 50%, trova applicazione l’“*equity method*”. In entrambi i casi i proventi ricevuti non sono inclusi nel totale della posta contabile “*earnings*”. Negli altri casi, invece, il dividendo distribuito verrà trattato contabilmente come distri-

¹⁵³ Cfr. R. BOOTH, *Financing the Corporation*, Thomson Reuters, 2011.

¹⁵⁴ Così M.S. HOOSE, *Chapter 22: United States*, in *Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law* (G. MAISTO ed.), cit..

buzione dei profitti della società emittente. I titoli di debito convertibili in azioni e le cd. “*preferred stock*” non sono qualificabili come equity ai fini contabili¹⁵⁵.

3.6 La nozione di dividendo nel diritto tributario statunitense

La nozione di dividendo nel diritto tributario statunitense non coincide con quella utilizzata nel diritto commerciale. Secondo la dottrina “*claim of right*”¹⁵⁶, infatti, il venir meno delle condizioni che hanno determinato la distribuzione dei dividendi ai soci non determina il diritto a chiedere il rimborso dell'imposta versata con riferimento a dividendi percepiti indebitamente. Nella sentenza relativa al caso *United States v. Lewis*¹⁵⁷, i soci di una società residente in California avevano in un primo momento incassato dei dividendi da quest'ultima. Nel corso del periodo d'imposta successivo a quello in cui i dividendi erano stati incassati, la società era stata messa in liquidazione ed i soci erano stati chiamati a restituire una parte dei dividendi riscossi l'anno precedente, in quanto non dovuti in base alle disposizioni del codice civile della California¹⁵⁸. Una volta restituiti i dividendi alla società, i soci avevano emendato la propria dichiarazione dei redditi al fine di richiedere il rimborso dell'imposta versata sui dividendi oggetto di restituzione. Una volta che l'Amministrazione Finanziaria statunitense aveva rigettato l'istanza di rimborso presentata dai contribuenti, questi ultimi avevano presentato ricorso con-

¹⁵⁵ Cfr. ASC Topic 320, Investments-Debt & Equity, 320-10-20.

¹⁵⁶ Cfr. *North American Oil Consolidated v. Burnet*, 286 U.S. 417. Il passo fondamentale di tale sentenza è il seguente: “*if a taxpayer receives earnings under a claim of right and without restriction as to its disposition, he has received income which he is required to return, even though it may still be claimed that he is not entitled to retain the money, and even though he may still be adjudged liable to restore its equivalent*”.

¹⁵⁷ Si tratta della sentenza numero 13280, pronunciata dalla *United States Court of Appeals, Ninth Circuit*, il 23 marzo 1953.

¹⁵⁸ Cfr. Sezione 364 del Deering's Civil Code 1941: “*shareholders receiving illegal dividends were liable for repayment only when (1) the shareholders at the time of receiving the dividends had knowledge of facts indicating their illegality, and (2) the corporation issuing the dividends was declared insolvent within one year after their payment*”.

tro tale diniego. La Corte di Appello degli Stati Uniti, ritenendo che tale caso rientrasse nel campo di applicazione della dottrina “*claim of right*” aveva rigettato il ricorso dei contribuenti.

Nella risposta ad un’istanza di interpello¹⁵⁹, l’IRS ha ritenuto che le somme pagate dalla società ai soci nell’ambito di un piano cd. “*poison pill*”¹⁶⁰, sebbene ai fini del diritto civile possano essere qualificate come dividendi, ai fini dell’imposta federale sui redditi non sono qualificabili né come dividendo né come altra componente positiva di reddito per il socio¹⁶¹.

La sezione 316(a) dell’IRC definisce il dividendo come: “*any distribution of property made by a corporation to its shareholders-*

(1) *out of its earnings and profits accumulated after February 28, 1913, or*

(2) *out of its earnings and profits of the taxable year (computed as of the close of the taxable year without diminution by reason of any distributions made during the taxable year), without regard to the amount of the earnings and profits at the time the distribution was made”.*

La previsione contenuta nel suddetto punto 1 è stata introdotta per differenziare il regime di tassazione degli utili maturati prima del 28 febbraio 1913, rispetto a quelli maturati dopo tale data. La distribuzione di utili maturati fino al 28 febbraio 1913, essendo esente dall’imposta federale sul reddito, non viene qualifi-

¹⁵⁹ Cfr. Rev. Rul. 1990-1 C.B. 10, 1990-6 I.R.B. 6.

¹⁶⁰ Il principale obiettivo del piano era quello di proteggere la società da un’OPA ostile. Cfr. Rev. Rul. 1990-1 C.B. 10, 1990-6 I.R.B. 6: “*The principal purpose of the adoption of the Plan was to establish a mechanism by which the corporation could, in the future, provide shareholders with rights to purchase stock at substantially less than fair market value as a means of responding to unsolicited offers to acquire X*”.

¹⁶¹ Cfr. Rev. Rul. 1990-1 C.B. 10, 1990-6 I.R.B. 6: “*Adoption of poison pill plans. The adoption of the described “poison pill” plan by the corporation’s board of directors does not constitute the distribution of stock or property by the corporation to its shareholders, an exchange of property or stock (either taxable or non taxable), or any other event giving rise to the realization of gross income by any taxpayer*”.

cata come distribuzione di “dividendi” ai fini fiscali. Come rilevato dalla dottrina¹⁶², la disposizione contenuta nella sezione 316(a) dell'IRC, nella misura in cui prevede che gli utili distribuiti provengano dalle riserve di utili che si sono formate negli anni più recenti, è assoluta, fatto salvo quanto previsto dalla lettera b del medesimo articolo¹⁶³.

La previsione contenuta nel suddetto punto 2, che è stata introdotta nel 1936, ha introdotto un'ulteriore differenziazione tra la tassazione degli utili maturati prima e dopo l'introduzione dell'imposta sugli utili non distribuiti, successivamente abolita. La distribuzione di dividendi in assenza di “*earning and profits*” relativi all'anno d'imposta in cui avviene la distribuzione (§ 316(a)(2) IRC), oppure agli anni d'imposta precedenti (§ 316(a)(1) IRC), avviene generalmente senza alcuna imposizione in capo ai soci¹⁶⁴, in quanto tale circostanza determina l'obbligo di rettificare in diminuzione il valore fiscale delle azioni da cui derivano tali dividendi (§301(c)(2) IRC). Qualora il valore del dividendo sia superiore rispetto al valore fiscale delle azioni, il differenziale tra tali valori è trattato come *capital gain*, a meno che non si tratti di utili maturati prima del 1913¹⁶⁵.

¹⁶² Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 8-41.

¹⁶³ La sezione 316(b) dell'IRC contiene disposizioni specifiche in materia di: a) distribuzioni di dividendi effettuate da società che svolgono la propria attività nel settore assicurativo; b) distribuzioni di dividendi effettuate dalle c.d. "personal holding companies"; c) distribuzioni di dividendi effettuate dalle "regulated investment company" o da "real estate investment trust"; d) distribuzione di dividendi effettuate dalle "regulated investment company" in una misura superiore rispetto agli "earnings and profits".

¹⁶⁴ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 8-13.

¹⁶⁵ Cfr. §301(c)(3) dell' IRC.

3.6.1 La nozione di Earnings and profits

Nel codice tributario statunitense non è contenuta una definizione specifica del termine “*earnings and profits*” nonostante numerose disposizioni, tra cui quelle in materia di tassazione dei dividendi, vi facciano spesso riferimento. Allo stesso modo, nel diritto commerciale statunitense non è contenuta alcuna definizione di tale grandezza economica.

Nel primo regolamento emanato dopo il “*1916 Act*”, il termine “*earnings and profits*” coincideva con il risultato contabile d'esercizio (cd. “*book surplus*”).

Successivamente¹⁶⁶, la grandezza economica utilizzata come punto di partenza per il calcolo degli “*earnings and profits*” è il cd. “*taxable income*”, successivamente rettificato in aumento o in diminuzione.

Le deduzioni forfettarie che non corrispondono a reali spese effettuate ma che derivano dall'applicazione di norme tributarie che hanno come obiettivo quello di ridurre la doppia imposizione, come ad esempio nel caso della distribuzione dei dividendi¹⁶⁷, non possono essere portate in deduzione dal computo della quota di “*earnings and profits*” maturata nell'anno d'imposta a cui tali deduzioni si riferiscono. Al contrario, alcune spese¹⁶⁸ che non sono deducibili ai fini del calcolo della base imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle società sono invece deducibili ai fini del calcolo degli “*earnings and profits*”.

¹⁶⁶ Cfr. Regulations § 1.312-6.

¹⁶⁷ Cfr. § 243 dell'IRC.

¹⁶⁸ Tra le spese deducibili ai fini del calcolo degli “*earnings and profits*” ci sono: a) premi relativi ad assicurazioni sulla vita non deducibili dal reddito d'impresa in base a quanto previsto dalla sezione 264 dell'IRC; b) spese di viaggio non deducibili ai fini fiscali; c) imposta federale sul reddito delle società. Per un approfondimento si veda: B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., pp. 8-30/8-32.

Secondo quanto previsto dalle *Regulations*¹⁶⁹, il metodo contabile utilizzato ai fini del calcolo del “*corporate income*” deve essere il medesimo utilizzato ai fini del calcolo degli “*earnings and profits*”.

La distribuzione di dividendi ai propri soci riduce il valore degli “*earnings and profits*” in una misura pari ai dividendi distribuiti. Il momento in cui una distribuzione di dividendi può ritenersi effettuata influenza quindi il calcolo degli “*earnings and profits*”, determina la data in cui deve essere effettuata la valutazione di eventuali beni oggetto di distribuzione in natura ed in alcuni casi può determinare l'anno d'imposta in cui il dividendo deve essere dichiarato dal socio ai fini delle imposte sui redditi.

Come rilevato dalla dottrina¹⁷⁰, quando il codice fa riferimento semplicemente alla data di distribuzione dei dividendi¹⁷¹, non fornisce ulteriore definizione o indicazione utile ai fini dell'individuazione di tale data. Nella risposta ad un'istanza di interpello¹⁷², l'IRS ha chiarito che ai fini della determinazione della data in cui i dividendi possono essere dedotti dal computo degli “*earnings and profits*”, la data che conta è quella dell'effettivo pagamento e non quella della delibera di distribuzione degli utili. Il momento impositivo dei dividendi percepiti dai soci¹⁷³ viene individuato nella data più recente tra quella di “presunta distribuzione” e quella di “effettiva riscossione” di tale componente reddituale. Nel caso di divi-

¹⁶⁹ Cfr. *Regulations* § 1.312-6(a).

¹⁷⁰ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 8-36. Gli Autori, a tal proposito, rilevano che la procedura di distribuzione di dividendi può essere suddivisa in cinque momenti fondamentali: 1) la data di delibera di distribuzione dell'utile; 2) la data di registrazione dei dividendi nelle scritture contabili; 3) la data a partire dalla quale i dividendi possono essere riscossi, così come stabilito nella delibera di distribuzione dei dividendi; 4) la data in cui la società ha la liquidità necessaria per provvedere al pagamento dei dividendi; 5) la data in cui i dividendi sono effettivamente riscossi dai soci.

¹⁷¹ Cfr. § 312(a), § 312(b) dell'IRC.

¹⁷² Cfr. Rev. Rul. 62-131, 1962-2 CB 94.

¹⁷³ Cfr. *Regulations* § 1.301-1(b).

dendi pagati con assegni spediti tramite il servizio postale, la data che conta ai fini dell'inclusione degli stessi nella dichiarazione dei redditi del socio è quella di ricezione dell'assegno. Ciò implica che un assegno spedito nel mese di dicembre, e ricevuto nel mese di gennaio dal socio, dovrà essere dichiarato nel periodo d'imposta in corso nel giorno in cui tale assegno viene ricevuto. La tassazione dei dividendi percepiti secondo il principio di cassa si rende applicabile anche nei confronti dei contribuenti che optano oppure sono obbligati a tenere le scritture contabili secondo il criterio della competenza economica¹⁷⁴.

Secondo quanto stabilito dalla sezione 6042 dell'IRC, ciascun soggetto che eroga dividendi ai propri azionisti deve presentare una comunicazione all'IRS in cui sono contenute tutta una serie di informazioni, tra cui i dati e le azioni detenute da ciascun azionista al momento della distribuzione dei dividendi. Tuttavia, come previsto dal codice, in tale comunicazione non devono essere inseriti i dati dei soci non residenti¹⁷⁵.

3.7 Le modalità di tassazione dei dividendi

Gli Stati Uniti sono uno dei pochi Paesi sviluppati che prevedono un doppio livello di tassazione con riferimento al reddito prodotto dalle società e successivamente distribuito ai soci. Nel codice tributario statunitense esistono tuttavia una serie di deduzioni¹⁷⁶, che hanno il compito di ridurre o eliminare la doppia imposizione dei dividendi percepiti dai soci “qualificati”, purché si tratti di “cor-

¹⁷⁴ Cfr. Rev. Rul. 78-117, 1978-1 CB 214; *CIR v. American Light & Traction Co.*, 156 F2d 398 (th Cir. 1946). *Dynamics Corp. of Am. v. US*, 392 F2d 241 (CT. CL. 1968).

¹⁷⁵ Cfr. Ruling n. 200528017 del 17 marzo 2005, emanato dall'IRS. In risposta ad una richiesta proveniente da un contribuente che agiva negli Stati Uniti come *trustee* per trust operanti all'estero, l'IRS ha chiarito che tale soggetto non era tenuto ad indicare i dati dei beneficiari dei dividendi da esso versati ad entità giuridiche estere, in linea con quanto stabilito dalla sezione 6042 dell'IRC.

¹⁷⁶ Cfr. § 243 dell'IRC.

porate shareholders”. Per le persone fisiche che detengono quote di società, invece, la tassazione dei dividendi percepiti dipende dall'aliquota marginale applicabile al singolo contribuente. Il contribuente (persona fisica) che decida di cedere le azioni prima dell'erogazione del dividendo, qualora abbia detenuto tali titoli da almeno un anno, potrà invece usufruire dell'aliquota ridotta sui *capital gain* pari al 20%, in luogo dell'aliquota marginale applicabile. Per quanto riguarda i dividendi *outbound*, la “ritenuta in uscita” standard applicabile è pari al 30%. Nelle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dagli Stati Uniti, tuttavia, tale ritenuta è ridotta al 15% per i cosiddetti “*portfolio investors*” mentre per le distribuzioni di dividendi effettuate in favore di soci esteri che detengano una partecipazione nel capitale della società statunitense che superi una certa soglia è prevista una riduzione della ritenuta al 5%. I *capital gain* realizzati da soggetti esteri a seguito della cessione di azioni in società statunitensi non sono generalmente tassati negli Stati Uniti, a meno che il patrimonio della società statunitense sia composto per oltre il 50% da immobili. Al fine di evitare la tassazione sui dividendi distribuiti da società statunitensi gli investitori stranieri adottano principalmente le seguenti tecniche: a) cessione delle azioni prima del pagamento del dividendo, con realizzazione del relativo *capital gain* in esenzione d'imposta; b) stipula di un contratto (in particolare nel caso di “*portfolio investors*”) di “*total return equity swap*” con una banca d'investimento residente negli Stati Uniti. In quest'ultimo caso la banca che riceve il dividendo, essendo un contribuente residente, non subisce alcuna ritenuta alla fonte. Il successivo pagamento del dividendo all'investitore estero avviene senza alcuna ritenuta. Come rilevato dalla dottrina¹⁷⁷, tale comportamento è

¹⁷⁷ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Share-*

generalmente tollerato dall'IRS in quanto, da un punto di vista economico, incoraggia gli investimenti negli Stati Uniti; c) trasformazione dei dividendi in interessi, in quanto tale componente di reddito non è generalmente assoggettata a tassazione nei trattati stipulati dagli Stati Uniti. In tal caso, tuttavia, trovano applicazione le norme che contrastano la sottocapitalizzazione delle imprese, che saranno oggetto di analisi più avanti.

I dividendi in entrata sono generalmente assoggettati interamente a tassazione, fatto salvo il diritto allo scomputo delle imposte già pagate all'estero sui relativi redditi societari. Considerato che la detrazione del credito per le imposte pagate all'estero è soggetto a numerose limitazioni, una delle tecniche di pianificazione internazionale più comune usata dai gruppi consiste nell'utilizzo di entità ibride che sono trattate come “*corporation*” nello Stato di residenza e come stabile organizzazione dal diritto tributario statunitense. A titolo di esempio, una società operativa residente in Germania che produca un alto reddito derivante da un'attività commerciale, controllata da un soggetto statunitense, a sua volta può costituire una società in Lussemburgo che sarà trattata sia da quest'ultimo Stato che dalla Germania come “*corporation*”. Secondo le norme statunitensi è possibile invece classificare tale società come *branch*, in base alla *Check-the-Box Regulation*, oggetto di analisi più avanti. Nel momento in cui la società lussemburghese effettua un prestito nei confronti della società tedesca, gli interessi versati da quest'ultima nei confronti della società “figlia” sono deducibili in Germania e non tassabili in Lussemburgo, in quanto tale Stato non tassa gli interessi. Le norme statunitensi che sottopongono a tassazione negli Stati Uniti i cd. “*passive income*” non trove-

holders, 7th edition, cit., p. 8-53.

rebbero applicazione in tal caso in quanto gli interessi derivanti da prestiti erogati da stabili organizzazioni di società statunitensi non rientrano nel campo di applicazione di tale normativa antielusiva.

Infine, le stabili organizzazioni negli Stati Uniti di società estere sono soggette ad un'imposta (cd. *branch profit tax*), ulteriore rispetto a quella gravante sul reddito prodotto, che trova applicazione con le medesime aliquote previste per i dividendi.

3.7.1 La tassazione dei dividendi domestici

La tassazione ai fini dell'imposta federale sul reddito delle società dei dividendi derivanti da società domestiche, nelle quali il socio statunitense detenga almeno il 10% delle azioni o dei diritti di voto, avviene al netto di una deduzione pari ad una percentuale della quota dei dividendi non distribuiti avente fonte negli Stati Uniti, determinata nella seguente misura:

- a) 100%, qualora i dividendi siano provenienti da una società che opera ai sensi dello *Small Business Investment Act* del 1958 (15 U.S.C. 661 e seguenti);
- b) 100%, qualora i dividendi possano essere qualificati come “*qualifying dividends*”¹⁷⁸;
- c) 70%, qualora si tratti di dividendi provenienti da società nelle quali il socio statunitense detenga almeno il 10% del capitale, purché si tratti di società di-

¹⁷⁸ La definizione di *qualifying dividends* è contenuta nella lettera b della sezione 243 dell'IRC: “*In general For purposes of this section, the term “qualifying dividend” means any dividend received by a corporation (A) if at the close of the day on which such dividend is received, such corporation is a member of the same affiliated group as the corporation distributing such dividend, and (B) if - (i) such dividend is distributed out of the earnings and profits of a taxable year of the distributing corporation which ends after December 31, 1963, for which an election under section 1562 was not in effect, and on each day of which the distributing corporation and the corporation receiving the dividend were members of such affiliated group, or (ii) such dividend is paid by a corporation with respect to which an election under section 936 is in effect for the taxable year in which such dividend is paid*”.

verse da quelle che svolgono attività di assicurazione sulla vita e quelle che appartengono ai cd. “*affiliated group*”¹⁷⁹. La percentuale del 70% sale all’80% qualora la percentuale di partecipazione al capitale di una società sia pari almeno al 20%. Le predette deduzioni trovano applicazione a condizione che le partecipazioni da cui derivano i dividendi distribuiti siano detenute nei 45 giorni antecedenti e nei 45 giorni successivi rispetto alla data di pagamento del dividendo¹⁸⁰.

Il valore fiscale delle partecipazioni da cui derivano i dividendi per i quali è ammessa una delle predette deduzioni non deve essere modificato, a differenza di quanto avviene nel caso dei dividendi distribuiti nell’ambito del consolidato fiscale, oggetto di trattazione più avanti.

Un altro caso in cui il valore fiscale delle partecipazioni deve essere rettificato a seguito della distribuzione dei dividendi è quello relativo ai cosiddetti “*extraordinary dividend*”, ossia quei dividendi che eccedono il 5% o il 10%¹⁸¹ del valore fiscale della partecipazione a cui essi si riferiscono. Tale disposizione trova applicazione qualora le azioni che danno diritto alla percezione di tale particolare categoria di dividendi siano detenute per un periodo inferiore ai due anni, rispetto alla data in cui la società annuncia, dichiara o delibera la distribuzione dei divi-

¹⁷⁹ Ai fini di tale disposizione due o più società danno vita ad un “*affiliated group*” qualora la società madre detenga in una o più società partecipate almeno l’80% dei diritti di voto o del capitale sociale. Nello specifico la disposizione prevede che : “(A) *In general The term “affiliated group” has the meaning given such term by section 1504 (a), except that for such purposes sections 1504 (b)(2), 1504 (b)(4), and 1504 (c) shall not apply. (B) Group must be consistent in foreign tax treatment. The requirements of paragraph (1)(A) shall not be treated as being met with respect to any dividend received by a corporation if, for any taxable year which includes the day on which such dividend is received - (i) 1 or more members of the affiliated group referred to in paragraph (1)(A) choose to any extent to take the benefits of section 901, and (ii) 1 or more other members of such group claim to any extent a deduction for taxes otherwise creditable under section 901”*.

¹⁸⁰ Cfr. § 246(c)(1)(a) dell’IRC.

¹⁸¹ Cfr. § 1059(c)(2)(A) - (B) dell’IRC. La soglia del 5% deve essere presa in considerazione nel caso di azioni privilegiate, mentre quella del 10% deve essere presa in considerazione nel caso di altre azioni.

dendi agli azionisti¹⁸². Il valore fiscale della partecipazione deve essere ridotto in una misura pari alla quota di “*extraordinary dividend*” non tassato¹⁸³, che si determina applicando le percentuali del 70%, 80% e 100%, già oggetto di trattazione in precedenza. Qualora l’ammontare del dividendo straordinario non tassato ecceda il valore fiscale della partecipazione, tale eccedenza viene trattata come *capital gain* relativamente all’anno d’imposta in cui tale dividendo viene distribuito¹⁸⁴.

Lo scopo di tale norma è quello di evitare che a seguito dell’incasso di un dividendo non soggetto a tassazione, ovvero soggetto a tassazione solo parzialmente, il socio possa successivamente dedurre la minusvalenza derivante dall’immediata cessione delle azioni al valore “*ex-cedola*”¹⁸⁵.

3.7.2. La tassazione dei dividendi in entrata

I dividendi percepiti da soggetti residenti negli Stati Uniti e provenienti da società estere sono in genere tassati nella misura del 100% del loro ammontare, fatto salvo il diritto alla detrazione del credito per le imposte già pagate all'estero sui redditi da cui provengono i dividendi incassati e le eccezioni oggetto di analisi nei paragrafi successivi. La nozione di “*foreign corporation*” e di “*foreign partnership*”, che è contenuta nel paragrafo 7701(a)(5) dell’*Internal Revenue Code*, si ricava indirettamente da quella di “*domestic corporation or partnership*”, in quanto la predetta disposizione qualifica come società estere tutte quelle entità

¹⁸² Cfr. § 1059 (a) dell’*Internal Revenue Code*. Il paragrafo (d)(5) di tale sezione prevede che per “*dividend announcement date*” si intenda “*the date on which the corporation declares, announces, or agrees to the amount or payment of such dividend, whichever is the earliest*”.

¹⁸³ Cfr. § 1059(a)(1) dell’IRC.

¹⁸⁴ Cfr. §1059(a)(2) dell’IRC.

¹⁸⁵ In tal senso si veda anche M.S. HOOSE, *Chapter 22: United States*, in *Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law*, cit..

giuridiche che non possono essere considerate “domestiche”, secondo la definizione contenuta nel paragrafo 7701(a)(4).

Come già accennato in precedenza, i dividendi ricevuti da società estere sono totalmente imponibili negli Stati Uniti, salvo che si verifichi la seguente condizione: almeno il 25% del reddito prodotto dall’entità estera nell’ultimo triennio derivi da attività economiche svolte nel territorio degli Stati Uniti. In tal caso, la quota di dividendi ivi prodotta sarà tassata¹⁸⁶ come se fosse di fonte domestica, con le relative deduzioni già esaminate nel paragrafo precedente. A titolo di esempio, qualora una società estera controllata al 100% da una società residente negli Stati Uniti distribuisca un dividendo di \$ 100.000 alla società madre, ed il 30% del reddito prodotto dalla società estera sia riconducibile ad un’attività economica svolta negli Stati Uniti, la tassazione del dividendo estero sarà la seguente:

- Il 30% di \$ 100.000, ossia \$ 30.000, sarà trattato come dividendo domestico e quindi tassato nella misura del 20% del suo ammontare, in quanto troverà applicazione la deduzione dell’80% prevista dalla sezione 243 dell’ *Internal Revenue Code*.

- Il restante 70% di \$ 100.000, ossia \$ 70.000, sarà tassato integralmente.

La quota parte dei dividendi non distribuiti imputabile al territorio degli Stati Uniti (“*U.S. source portion*”) viene calcolata¹⁸⁷ come rapporto tra il totale

¹⁸⁶ Cfr. § 861(a)(2)(B) dell’IRC.

¹⁸⁷ La disposizione contenuta nel paragrafo 245(a)3 dell’ *Internal Revenue Code* prevede che il calcolo della percentuale di dividendi non distribuiti avente fonte negli Stati Uniti debba essere calcolata con riferimento alle riserve di capitale che si sono formate dal 1986 in poi: “ *U.S.-source por-*

dei dividendi di fonte statunitense non distribuiti a partire dal 1986 ed il totale di dividendi non distribuiti a partire dal medesimo periodo. Ne consegue che una società residente negli Stati Uniti che riceve un dividendo di \$ 50.000 da una società estera partecipata nella misura del 25%, i cui dividendi siano qualificabili come “*U.S. source portion*” per un ammontare pari a \$ 20.000, avrà diritto a dedurre dalla base imponibile dell’imposta federale sul reddito una percentuale pari all’80% di tale ammontare, ossia \$ 16.000. I rimanenti \$ 30.000 saranno invece tassati come redditi di fonte estera. Secondo quanto previsto dalla sezione 864 dell’*Internal Revenue Service Code*, un reddito o una perdita si considerano prodotti negli Stati Uniti da un soggetto non residente qualora quest’ultimo abbia nel territorio degli Stati Uniti un ufficio o una stabile organizzazione ai quali possa essere attribuito tale reddito o perdita derivante dallo svolgimento, sotto forma di impresa, di attività che generalmente producono *passive income*. Nel caso delle *royalties* o altre tipologie di rendite derivanti dall’utilizzo di beni immateriali, ad esempio, tali redditi si considerano prodotti negli Stati Uniti qualora derivino dallo svolgimento di un’effettiva attività. Allo stesso modo i redditi di capitale quali dividendi, interessi o altri proventi finanziari, si considerano prodotti nel territorio degli Stati Uniti qualora siano derivanti dallo svolgimento di un’attività bancaria o finanziaria in tale territorio, oppure qualora siano ricevuti da una società il cui business principale consista nella compravendita di azioni per conto proprio.

Una disposizione antielusiva¹⁸⁸ prevede che non possano essere considerati come prodotti nel territorio degli Stati Uniti i dividendi, gli interessi e le *royal-*

tion. For purposes of this subsection, the U.S.-source portion of any dividend is an amount which bears the same ratio to such dividend as - (A) the post-1986 undistributed U.S. earnings, bears to (B) the total post-1986 undistributed earnings.”

¹⁸⁸ Cfr. § 864(c)(4)(d) dell’IRC.

ties pagati da una società estera che presenti, in alternativa, le seguenti caratteristiche: a) oltre il 50% dei diritti di voto siano detenuti da un soggetto residente negli Stati Uniti; b) rientri nel campo di applicazione della disciplina CFC, contenuta nella sezione 952(a) dell'*Internal Revenue Code*.

Infine, il paragrafo 243(e) dell'*Internal Revenue Code* contiene una disposizione¹⁸⁹ che considera domestici i dividendi distribuiti da società estere ma relativi a profitti prodotti da società residenti negli Stati Uniti.

3.7.3 I Securities Loans

Quando le azioni sono oggetto di un'operazione di "prestito" a breve termine, l'acquirente a pronti viene considerato come il possessore del dividendo che viene distribuito nel periodo di detenzione delle azioni. Ogni pagamento effettuato al mutuante in sostituzione del dividendo che sarebbe stato incassato da quest'ultimo in assenza dell'operazione di prestito non viene trattato come dividendo ai fini fiscali. Dall'altro lato, nel caso di un'operazione di pronti contro termine, i dividendi distribuiti nel periodo di durata del contratto sono tassati nelle mani del venditore a termine, qualora l'operazione di pronti contro termine sia classificabile come un'operazione di finanziamento garantito.

A tal proposito, la sezione 1.861-3 delle *Regulations* qualifica i pagamenti effettuati in favore dell'acquirente a pronti come "*Substitute dividend pa-*

¹⁸⁹ La disposizione prevede che: "*any dividend from a foreign corporation from earnings and profits accumulated by a domestic corporation during a period with respect to which such domestic corporation was subject to taxation under this chapter (or corresponding provisions of prior law) shall be treated as a dividend from a domestic corporation which is subject to taxation under this chapter*".

yments”¹⁹⁰. Le previsioni di una convenzione contro le doppie imposizioni che hanno ad oggetto i pagamenti di interessi e dividendi da parte di un’entità estera si applicano anche alle somme pagate a titolo di “*substitute interest and dividend payment*” nelle operazioni di “*securities lending*” e nelle operazioni di pronti contro termine¹⁹¹.

3.7.4 Dividend Waivers

Nel caso in cui l’azionista di maggioranza di una società rinunci alla percezione dei dividendi in favore dei propri familiari troverà comunque applicazione l’imposta federale da esso dovuta sui dividendi oggetto di rinuncia qualora, congiuntamente: a) la quota di dividendi oggetto di rinuncia sia pagata in favore dei familiari e dipendenti della società sotto forma di maggiori dividendi, nella loro qualità di azionisti di minoranza; b) tale rinuncia produca principalmente un vantaggio patrimoniale in favore dei parenti dell’azionista di maggioranza¹⁹². Secondo l’IRS, infatti, la rinuncia al diritto di percepire i dividendi non ha alcun “*business purpose*” qualora venga effettuata in favore di familiari. Nel caso in cui tale

¹⁹⁰ Cfr §1861-3 delle Regulations: “A *substitute dividend payment* is a payment, made to the transferor of a security in a securities lending transaction or a sale-repurchase transaction, of an amount equivalent to a dividend distribution which the owner of the transferred security is entitled to receive during the term of the transaction. A securities lending transaction is a transfer of one or more securities that is described in section 1058(a) or a substantially similar transaction. A sale-repurchase transaction is an agreement under which a person transfers a security in exchange for cash and simultaneously agrees to receive substantially identical securities from the transferee in the future in exchange for cash. A substitute dividend payment shall be sourced in the same manner as the distributions with respect to the transferred security for purposes of this section and § 1.862-1. See also §§ 1.864-5(b)(2)(iii), 1.871-7(b)(2) and 1.881-2(b)(2) for the character of such payments and § 1.894-1(c) for the application of tax treaties to these transactions”.

¹⁹¹ Cfr. § 1.864-5(b)(2)(ii) delle Regulations.

¹⁹² Cfr. Rev. Rul. 56-431, 1956-2 CB 171. Nel caso trattato dall’IRS, l’azionista di maggioranza deteneva il 65% del capitale della società. Il 25% del capitale era detenuto da parenti di quest’ultimo ed il restante 10% era detenuto da dipendenti della società stessa. Le conclusioni di tale *ruling* non sono in conflitto con quanto stabilito nel *Revenue Ruling* 45, C.B. 1953-1, 178, dove la rinuncia al diritto di percepire i dividendi era stata effettuata in favore di soci di minoranza che non erano né familiari né impiegati della medesima società. In tale occasione, infatti, secondo l’IRS il socio di maggioranza avrebbe dovuto indicare nella propria dichiarazione dei redditi la quota di dividendi effettivamente percepita a seguito della rinuncia.

rinuncia venga effettuata in favore di soggetti terzi l'azionista di maggioranza sarà legittimato a non tassare i dividendi oggetto di rinuncia¹⁹³.

3.7.5 Le operazioni di *earning stripping*

La variabile fiscale influenza notevolmente la scelta delle fonti di finanziamento delle società statunitensi. La possibilità di dedurre gli interessi da un lato, e l'indeducibilità dei dividendi distribuiti dall'altro, rende spesso molto conveniente il ricorso all'indebitamento. Le operazioni di *Leveraged Buy Out*, nell'ambito delle quali il soggetto che sostiene l'onere degli interessi è la società acquisita, sono un tipico esempio di operazioni finanziarie che possono generare nuova ricchezza a favore dei detentori delle obbligazioni emesse dalla società acquisita a discapito dei soci di quest'ultima. L'eccessivo ricorso allo strumento del LBO per l'acquisizione delle società ha spinto il Congresso ad emanare delle norme che fissano dei paletti ben precisi con riferimento alla deduzione degli interessi passivi derivanti dall'esecuzione di tali operazioni. A titolo di esempio, gli interessi passivi relativi alle cd. "*high yield obligations*" non sono deducibili¹⁹⁴ dal reddito d'impresa nella misura in cui: a) superano di oltre il 5% il tasso di interesse previsto dalla sezione 1274 (d) dell'IRC, oggetto di aggiornamento periodico; b) siano riferiti ad obbligazioni aventi una durata maggiore di 5 anni. Un'altra norma che limita la deduzione degli interessi passivi¹⁹⁵, è la cd. "*earnings stripping rule*", conte-

¹⁹³ Cfr. *Revenue Ruling* 45, C.B. 1953-1, 178

¹⁹⁴ Cfr. § 163(e)5 dell'IRC.

¹⁹⁵ La disposizione in commento trova applicazione esclusivamente nel caso dei cd. "*disqualified interest*", ossia gli interessi pagati nei confronti di: a) soggetti correlati che a loro volta non sono tassati negli Stati Uniti in relazione agli interessi percepiti; b) soggetti non correlati, qualora questi ultimi non debbano sottoporre a tassazione negli Stati Uniti tali interessi; c) REIT. Nel caso in cui trovi applicazione un'aliquota convenzionale ridotta ai fini della tassazione degli interessi, la quota di interessi non tassata negli Stati Uniti ai fini dell'applicazione di tale norma è solo quella che beneficia della riduzione convenzionale rispetto a quella ordinaria. In altre parole, qualora la ritenuta

nuta nella sezione 163(j) dell'IRC¹⁹⁶, che trova applicazione nei confronti delle società che hanno i seguenti requisiti: a) rapporto *debt/equity* superiore ad 1,5; b) eccedenza di interessi passivi rispetto a quelli attivi, che a sua volta risulti superiore rispetto alla sommatoria del 50% del reddito imponibile¹⁹⁷ ed eventuali eccedenze di interessi passivi non deducibili negli ultimi tre anni¹⁹⁸ in applicazione di tale disposizione. La finalità di tale norma è quella di contrastare i comportamenti elusivi aventi ad oggetto il trasferimento degli utili prodotti da società residenti negli Stati Uniti verso le società madri estere, attraverso il pagamento di interessi.

Il migliore trattamento fiscale riservato agli interessi¹⁹⁹ rispetto ai dividendi²⁰⁰, nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dagli Stati Uniti, rende il trasferimento di flussi finanziari verso l'estero mediante il pagamento di interessi meno oneroso da un punto di vista fiscale. Nei due casi riportati nella tabella che segue è possibile confrontare il diverso carico fiscale applicabile ad una distribuzione di dividendi in favore di una società estera rispetto al trasferi-

ordinaria sugli interessi in uscita fosse pari al 30% ed un trattato preveda una ritenuta nel 10%, la quota di interessi considerata non imponibile negli Stati Uniti sarebbe pari ai due terzi degli interessi pagati.

Cfr. § 163(j)(3) dell'IRC:

"(A) any interest paid or accrued by the taxpayer (directly or indirectly) to a related person if no tax is imposed by this subtitle with respect to such interest,

(B) any interest paid or accrued by the taxpayer with respect to any indebtedness to a person who is not a related person if -

(i) there is a disqualified guarantee of such indebtedness, and

(ii) no gross basis tax is imposed by this subtitle with respect to such interest, and

(C) any interest paid or accrued (directly or indirectly) by a taxable REIT subsidiary (as defined in section 856(l)) of a real estate investment trust to such trust".

¹⁹⁶ La reale efficacia di tale norma è stata più volte messa in discussione. Per un approfondimento sull'evoluzione storica della norma si veda: P.J. KNIPE, J.P. STRYKER, and B. THORNE, *Earnings Stripping Under Section 163(j): Status Quo Vadis?*, in *International Business: Research, Teaching and Practice* 3, 2009, pp. 90-104.

¹⁹⁷ Ai fini dell'imposta federale sul reddito delle società.

¹⁹⁸ Con riferimento all'eccedenza di interessi passivi riportata a nuovo, fino al terzo anno, rileva, ai fini della norma in commento, esclusivamente la quota di interessi non dedotta che non sia stata già stata presa in considerazione ai fini di tale calcolo negli esercizi precedenti.

¹⁹⁹ Le Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dagli Stati Uniti non prevedono solitamente alcuna ritenuta sugli interessi in uscita.

²⁰⁰ Le ritenute sui dividendi in uscita variano da un minimo del 5% ad un massimo del 15%. In assenza di Convenzione la ritenuta applicabile sui dividendi in uscita è pari al 30%.

mento di utili sotto forma di pagamento di interessi. Nel primo caso, il reddito prodotto dalla società residente negli Stati Uniti è pari a \$10.000.000 ed il carico fiscale complessivo gravante sulla società statunitense e la società madre estera è pari al 41,5%. Nel secondo caso, la stipula di un contratto di finanziamento tra la società statunitense e la società madre estera, per un ammontare di \$ 100.000.000, ad un tasso di interesse del 10%, ha l'effetto di azzerare il reddito prodotto dalla società statunitense, senza l'applicazione di alcuna ritenuta sugli interessi pagati alla società estera. In altre parole, la stipula di tale contratto di finanziamento consentirebbe di azzerare completamente le imposte dovute negli Stati Uniti.

Caso 1. Trasferimento di utili attraverso la distribuzione di dividendi	Caso 2. Trasferimento di utili sotto forma di pagamento di interessi
A. Reddito prodotto \$ 10.000.000	A. Reddito lordo prodotto \$ 10.000.000
B. Federal Income Tax \$ 3.500.000	B. Interessi \$ 10.000.000
C. Reddito netto \$ 6.500.000	C. Reddito netto prodotto zero
D. Ritenuta sui dividendi distribuiti, pari al 10% del dividendo \$ 650.000	D. Ritenuta sugli interessi pagati alla società estera, pari allo 0% di \$ 10.000.000: zero
Totale imposte società socio (B+D) \$ 4.150.000	Totale imposte società socio (B+D) zero

Il vantaggio fiscale a livello di gruppo, nella situazione ipotizzata nel caso due, sarebbe massimo qualora nello stato di residenza della società che eroga il finanziamento non vi sia alcuna imposizione sugli interessi. Nessun vantaggio sarebbe invece configurabile qualora la società statunitense che paga gli interessi presenti un rapporto *debt/equity* superiore ad 1,5, considerato che nel caso di specie troverebbe piena applicazione la disposizione in commento.

Come rilevato dalla dottrina²⁰¹, prima dell'inserimento nell'IRC di tale norma anti elusiva, avvenuto ad opera del *Revenue Reconciliation Act* del 1989, lo strumento utilizzato dall'Amministrazione finanziaria per contestare il fenomeno dell'*earning stripping* era la cd. dottrina della prevalenza della sostanza sulla forma (*substance over form*), nell'ambito della quale i finanziamenti posti in essere al fine di trasferire utili in esenzione d'imposta venivano riqualificati come distribuzione di dividendi, con conseguente applicazione della relativa ritenuta alla fonte. Con l'introduzione della normativa antielusiva in commento, tuttavia, si è registrata una modifica dei comportamenti delle società che in passato ponevano in essere tali schemi elusivi. In un primo momento, al fine di evitare l'applicazione di tale norma, i finanziamenti in precedenza contratti con le società madri straniere venivano stipulati con un istituto di credito. Siccome l'intervento delle società estere del gruppo si "limitava" alla prestazione di una garanzia nei confronti dell'istituto di credito che erogava tale finanziamento nei confronti della società statunitense, la normativa antielusiva in commento non trovava applicazione in quanto il creditore non era un soggetto correlato.

Con le modifiche introdotte nel *Revenue Reconciliation Act* del 1993, l'applicazione delle disposizioni contenute nella sezione 163(j) dell'IRC veniva estesa anche ai debiti garantiti da società estere correlate, anche se erogati da soggetti non correlati alle società residenti negli Stati Uniti. La reale efficacia di tale misura antielusiva è stata oggetto di analisi in uno studio del 2002, effettuato dal Dipartimento del Tesoro²⁰². Da tale studio è emerso, tra l'altro, che numerose società

²⁰¹ M.S. SCHADEWALD & R.J. MISEY JR., *Practical Guide to U.S. Taxation of International Transactions*, Fifth Edition, CCH, 2005, Chicago.

²⁰² Cfr. *Corporate Inversion Transactions: Tax Policy Implications* (Washington D.C.: Treasury Department, Office of Tax Policy, May 2002).

aventi la loro sede principale negli Stati Uniti avevano spostato all'estero la sede della capogruppo dando vita ad un fenomeno denominato “*corporate inversion*” e che pertanto lo studio della reale efficacia delle misure anti elusive presenti nell'IRC meritava un approfondimento.

Dai risultati di una ricerca effettuata da *Seida e Wempe*²⁰³ nel 2004, è emerso che l'effettiva imposizione a livello mondiale sui redditi prodotti da dodici società che avevano spostato la propria sede principale al di fuori del territorio degli Stati Uniti era diminuita di un terzo e che la disposizione contenuta nella sezione 163(j) dell'IRC, per alcune di esse, limitava solo parzialmente²⁰⁴ lo spostamento di utili oltreconfine tramite lo strumento dell'*earning stripping*. La perdita di gettito per gli Stati Uniti, causata dal ricorso alle predette tecniche elusive da parte di quattro delle dodici società oggetto della predetta ricerca, è stata stimata in circa 700 milioni di dollari nel biennio 2002-2003.

Nel report elaborato dal Dipartimento del Tesoro nel 2007²⁰⁵ è stato evidenziato come il fenomeno dell'*earning stripping* fosse costante nel tempo in quanto le società residenti negli Stati Uniti e controllate per oltre il 50% da un socio estero presentavano una percentuale di redditività²⁰⁶ più bassa rispetto alle società residenti negli Stati Uniti e controllate da soggetti residenti. Nel settore fi-

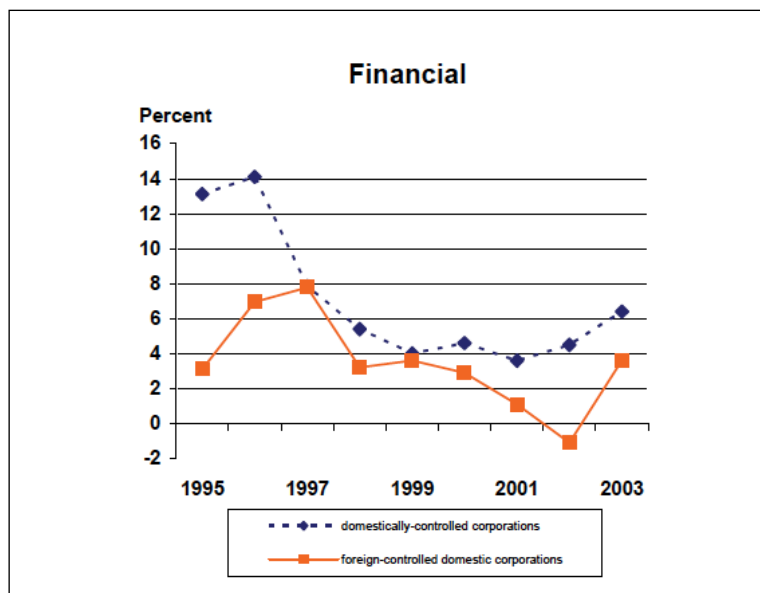
²⁰³ Cfr. J.A. SEIDA AND W. F. WEMPE, *Effective Tax Rate Changes and Earnings Stripping Following Corporate Inversion*, in National Tax Journal 57 (4), 2004, pp. 805- 828.

²⁰⁴ Cfr. J.A. SEIDA AND W. F. WEMPE, *Effective Tax Rate Changes and Earnings Stripping Following Corporate Inversion, cit.*. A tal proposito gli Autori osservano che: “*The U.S.-based inter-company interest expense and fees facilitate the shifting of (otherwise) U.S. taxable income to foreign jurisdictions, and we find little evidence that IRC §163(j) restricts such shifting for the four firms*”.

²⁰⁵ U.S. Department of Treasury, *Report to Congress on Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties*, November 2007.

²⁰⁶ Nel report viene specificato che la grandezza utilizzata per comparare gli indici di redditività delle società è il reddito netto rispetto ai ricavi in quanto una comparazione del reddito netto rispetto agli *asset* detenuti sarebbe stata influenzata dalla divergenza tra il valore di mercato di questi ultimi ed il loro valore iscritto in bilancio.

nanziario, ad esempio, nel periodo 1995-2003, la redditività media delle società residenti controllate da residenti è stata sempre più alta rispetto a quella delle società residenti controllate da non residenti²⁰⁷:



Nel suddetto report del 2007, sono state elaborate una serie di proposte²⁰⁸ per limitare il fenomeno dell'*earning stripping* in quanto la norma contenuta nella sezione 163(j) era considerata non completamente efficace nell'azione di contrasto rispetto a tali comportamenti elusivi. Una delle conclusioni a cui è giunto il report è, infatti, la seguente: “*There is strong evidence that ICs are stripping a significant amount of earnings out of their U.S. operations and, consequently, it would appear that section 163(j) is ineffective in preventing them from engaging in earnings stripping*”.

²⁰⁷ Lo schema relativo alla redditività delle società finanziarie è stato prelevato da pagina 12 del suddetto report del 2007, che a sua volta rinvia alla seguente fonte:
SOI Bulletin Articles: <http://www.irs.gov/taxstats/bustaxstats/article/0,,id=96311,00.html#2>.

²⁰⁸ Le proposte contenute nel report vanno dalla modifica dei parametri contenuti nella norma di cui alla sezione 163(j) dell'IRC, sino all'introduzione di una regola generale che preveda l'indeducibilità degli interessi pagati nei confronti di società estere appartenenti al gruppo nel caso in cui il rapporto *debt/equity* dell'intero gruppo (a livello mondiale) sia inferiore rispetto a quello registrato dalle società residenti negli Stati Uniti.

Il dibattito politico sulla necessità di dotare il sistema giuridico statunitense di adeguati strumenti per contrastare il fenomeno dell'*earning stripping* è di stretta attualità. A tal proposito, nel mese di settembre 2014, il Dipartimento del Tesoro e l'*Internal Revenue Service* hanno avviato una pubblica consultazione²⁰⁹ al fine di valutare l'impatto di una serie di nuove norme, da inserire nelle *Regulations*, che andranno a contrastare le operazioni elusive internazionali poste in essere a partire dal 22 settembre 2014.

3.7.6 Le cosiddette “Constructive distributions”

L'obiettivo di prelevare utili dalle società consentendo a queste ultime di dedurre i costi relativi alla distribuzione dei dividendi può essere raggiunto in diversi modi. Uno dei casi spesso oggetto di contenzioso è quello relativo al pagamento di stipendi molto elevati nei confronti di un socio e/o dei suoi familiari²¹⁰.

Secondo quanto previsto dalla sezione 1.301-1(j) delle *Regulations*, la cessione di una proprietà da parte di una società nei confronti dei propri soci ad un corrispettivo inferiore al valore normale, costituisce una distribuzione di dividendi da tassare in capo al socio per un valore pari alla differenza tra il corrispettivo pagato ed il reale valore di mercato dell'*asset* trasferito. Nei casi affrontati dalla giurisprudenza, a tale operazione di compravendita faceva spesso seguito la stipula di

²⁰⁹La prima parte della bozza in commento contiene una sintesi delle disposizioni oggetto di modifica. Cfr. Notice 2014-52, Rules Regarding Inversions and Related Transactions, IRS website: "*The Department of the Treasury (Treasury Department) and the Internal Revenue Service (IRS) are concerned that certain recent inversion transactions are inconsistent with the purposes of sections 7874 and 367 of the Internal Revenue Code (Code). The Treasury Department and the IRS understand that certain inversion transactions are motivated in substantial part by the ability to engage in certain tax avoidance transactions after the inversion that would not be possible in the absence of the inversion. In light of these concerns, this notice announces that the Treasury Department and the IRS intend to issue regulations under sections 304(b)(5)(B), 367, 956(e), 7701(l), and 7874 of the Code*".

²¹⁰Cfr. *Montgomery Eng'g Co. v. US*, 230 F. Supp. 838 (DNJ 1964), aff' d per curiam, 344 F.2d 996 (3rd Cir. 1965).

un contratto di locazione tra i soci e la società cedente (cd. *leaseback*), che permetteva alla società di dedurre i canoni di locazione versati ai soci. La giurisprudenza, in più di un'occasione, ha stabilito che tali tipologie di operazioni sono prive di valide operazioni economiche e che i canoni di locazione versati ai soci erano in realtà delle distribuzioni di dividendi, non deducibili ai fini delle imposte dirette²¹¹.

L'utilizzo a titolo gratuito di beni immobili della società, da parte dei soci, costituisce una distribuzione di dividendi per un valore pari al *fair value* dei canoni di locazione non pagati²¹².

Le cessioni di beni immobili da parte dei soci nei confronti della società partecipata ad un valore superiore a quello di mercato è un altro esempio di distribuzione di dividendi "occulta". In ogni caso, il mero fatto che le parti in causa (società e socio) siano correlate non comporta automaticamente la riqualificazione dei pagamenti fatti dalla società in favore dei soci in dividendi²¹³.

I contratti di finanziamento stipulati tra i soci e la società possono essere riqualificati come distribuzione occulta di utili qualora, ad esempio: a) il prestito che la società eroga verso i soci non preveda la corresponsione di interessi; b) il prestito erogato dai soci in favore della società preveda un tasso di interesse superiore rispetto a quello di mercato²¹⁴. La sezione 7872 dell'IRC disciplina le modalità di calcolo del valore normale di mercato dei tassi di interesse.

²¹¹ Cfr. *Armston Co. v. CIR*, 174 F2d 569 (7th Cir. 1949).

²¹² Cfr. Rev. Rul. 58-1, 1958-1 CB 173.

²¹³ Cfr. *Alden B. Oakes*, 44 TC 524 (1965).

²¹⁴ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 8-49.

La sigla di fideiussioni da parte della società in favore dei soci²¹⁵, nell'ambito di contratti di finanziamento stipulati da questi ultimi, è un altro esempio di distribuzione occulta di utili²¹⁶. Tuttavia, in alcuni casi è stato stabilito che la mera sigla di una fideiussione da parte della società non sia sufficiente ai fini della (ri)qualificazione di tale servizio come distribuzione di utili, ma è necessario che quest'ultima intervenga nel pagamento del debito nel caso in cui il socio sia inadempiente²¹⁷. Altri esempi di distribuzione occulta di utili sono il pagamento di benefit di cui usufruiscono i soci, da parte della società²¹⁸ e le problematiche che possono sorgere nel caso di donazioni effettuate da società in favore di enti non profit di proprietà di uno dei soci. Nel 1968, l'IRS, in una risposta ad un'istanza di interpello²¹⁹, aveva ritenuto che una donazione effettuata da una società in favore di una fondazione costituita dall'unico socio della società stessa, fosse una distribuzione occulta di utili in favore del socio ed una contribuzione di quest'ultimo in favore della fondazione. Occorre rilevare, quindi, che le principali disposizioni che contrastano la distribuzione di dividendi attraverso la stipula di contratti che dissimulano una distribuzione di utili rientrano nell'ambito del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, molto utilizzato dalla giurisprudenza dei Paesi di *common law*.

²¹⁵ Senza la previsione di alcun corrispettivo per il servizio prestato, o con la previsione di un corrispettivo inferiore al valore di mercato.

²¹⁶ Cfr. Rev. Rul. 78-422, 1978-2 CB 129.

²¹⁷ Cfr. *Maher v. CIR*, 469 F2d 225 (8th Cir. 1972). Rev. Rul. 77-360, 1977-2 CB 86.

²¹⁸ Il *leading case* in materia è il caso *Old Colony Trust Co. v. CIR*, 279 US 716 (1929). In tale occasione è stato stabilito che il pagamento di imposte accertate in carico ad un lavoratore, come corrispettivo del servizio prestato da parte di quest'ultimo, costituisce una fattispecie tassabile in capo al lavoratore. I medesimi principi sono stati applicati nella sentenza relativa al caso *Herbert Enoch*, 57 TC 781 (1972), nell'ambito della quale il pagamento delle obbligazioni contratte dai soci da parte della società è stato riqualificato come distribuzione di dividendi.

²¹⁹ Cfr. Rev. Rul. 68-658, 1968-2 CB 119; *Henry J. Knott*, 67 TC 681 (1977); Rev. Rul. 79-9, 1979-1 CB 125 (Rev. Rul. 68-658, successivamente revocato); F. DAVIS & C. MCGILL, JR., *Corporate Charitable Contributions and the Constructive Dividend Problem*, in 8 J. Corp., Tax'n 323, 1982.

3.8 La tassazione dei profitti non distribuiti

Il progressivo allineamento delle aliquote marginali applicabili ai redditi prodotti dalle società rispetto a quelle applicabili ai redditi prodotti dalle persone fisiche ha reso nel corso degli anni sempre meno conveniente, da un punto di vista fiscale, l'utilizzo di “società schermo” per lo svolgimento di attività d'impresa al fine di limitare il carico fiscale gravante sui redditi altrimenti tassati in capo alle persone fisiche stesse. Ciò che invece è rimasto una costante, e per certi versi un'anomalia del sistema statunitense, rispetto a quello delle principali economie mondiali, è il sistema classico di doppia tassazione sui redditi prodotti dalle società e successivamente distribuiti ai soci persone fisiche. Uno dei metodi più banali che può essere utilizzato al fine di evitare tale doppia imposizione, oltre al legittimo utilizzo di alcune specifiche norme previste dall'IRC, è costituito dalla non distribuzione degli utili prodotti dalla società.

Per contrastare tali comportamenti, nel sistema tributario statunitense sono presenti due specifiche disposizioni. Da un lato, infatti, la sezione 531 dell'IRC prevede un'imposta del 20%, da applicarsi sull' “*accumulated taxable income*”, mentre la sezione 541 dell'IRC prevede una maggiore tassazione in capo alle “*personal holding company*”.

3.8.1 Imposta sull' accumulated taxable income

Nella prima versione della norma che ha ad oggetto la tassazione dei profitti non distribuiti, il soggetto passivo era il socio di una società che presentava

nel proprio bilancio una quota di utili non distribuiti eccessiva²²⁰ rispetto a quanto necessario per lo svolgimento dell'attività d'impresa. Dopo i rilevanti dubbi in merito alla costituzionalità di tale norma, emersi nella sentenza relativa al caso *Eisner v. Macomber*²²¹, il Congresso riformulò la struttura dell'imposta stabilendo che il soggetto passivo fosse la società e non più il socio. Nella predetta sentenza erano stati sollevati non pochi dubbi con riferimento alla compatibilità costituzionale della tassazione dei dividendi pagati attraverso l'emissione di nuove azioni assegnate ai soci. Il maggiore valore attribuito alle azioni emesse ai fini dell'aumento di capitale di una società statunitense, secondo i ricorrenti, rifletteva semplicemente il valore degli utili accumulati e non distribuiti e non costituiva una "nuova ricchezza". A tal proposito, infatti, *"il pagamento di un dividendo tramite l'assegnazione di azioni è un'operazione contabile avente ad oggetto la capitalizzazione di utili pregressi piuttosto che la loro distribuzione ai soci attraverso un esborso monetario"*. [...] *"Tale operazione, lontana da essere una realizzazione di profitti per gli azionisti, è piuttosto tesa a posporre tale realizzazione di utili, nella misura in cui i profitti accumulati in passato siano stati trasformati da riserve a capitale e non siano più disponibili per la distribuzione"*. Ancora, *"il socio non ha ricevuto alcun asset di proprietà della società da utilizzare per i propri fini"*. Al contrario, secondo i ricorrenti, "ciascun dollaro" dell'iniziale investimento, insieme agli utili accumulati (in parte trasformati in capitale sociale) sarebbe ancora nella disponibilità della società e soggetto al rischio di impresa. Secondo i ricorrenti, privilegiando una visione sostanziale e non formale dell'operazione di pa-

²²⁰ La quota di utili presenti nel bilancio della società partecipata, ai fini dell'applicazione dell'imposta sui profitti non distribuiti doveva essere *"beyond the reasonable needs of the business"*, ossia oltre una ragionevole quota necessaria per lo svolgimento dell'attività d'impresa.

²²¹ Cfr. *Eisner v. Macomber*, 252 U.S. 189 (1920).

gamento dei dividendi tramite l'assegnazione di azioni, il socio a cui sono assegnate tali azioni non riceve nulla che possa essere considerato “*income*” ai fini del sedicesimo emendamento²²². Nonostante le eccezioni dei ricorrenti fossero sufficientemente fondate, la Corte non aveva dichiarato l'incostituzionalità della norma *de qua* in quanto, secondo i precedenti giurisprudenziali della medesima Corte, una norma deve essere dichiarata incostituzionale solo qualora non vi sia alcun dubbio in merito al fatto che il Congresso abbia emanato una norma che va al di là del suo potere, circostanza che nel caso in esame era dubbia²²³.

Uno tra i principali dubbi sollevati dalla Suprema Corte, in favore della legittimità di tale norma, era costituito dal fatto che la non tassazione dei cd. “*stock dividends*” avrebbe avuto come conseguenza la non tassazione di una vasta platea di azionisti statunitensi, che sarebbero stati tassati unicamente solo a livello “*corporate*” e non a livello dei soci. Si sarebbe trattato, in buona sostanza, di una situazione non voluta dal Congresso²²⁴.

I punti chiave dell'imposta sugli utili non distribuiti, nella versione attualmente in vigore possono essere sintetizzati come segue²²⁵:

²²² Il passo della sentenza nella versione originale è il seguente: “*Having regard to the very truth of the matter, to substance and not to form, he has received nothing that answers the definition of income within the meaning of the Sixteenth Amendment*”.

²²³ Cfr. la versione in lingua originale: “*It surely is not clear that the enactment exceeds the power granted by the Sixteenth Amendment. And, as this court has so often said, the high prerogative of declaring an act of Congress invalid, should never be exercised except in a clear case*”. “*It is but a decent respect due to the wisdom, the integrity and the patriotism of the legislative body, by which any law is passed, to presume in favor of its validity, until its violation of the Constitution is proved beyond all reasonable doubt*.” *Ogden v. Saunders*, 12 Wheat. 213, 269”.

²²⁴ Così la Suprema Corte, nella versione in lingua originale: “*If stock dividends representing profits are held exempt from taxation under the Sixteenth Amendment, the owners of the most successful businesses in America will, as the facts in this case illustrate, be able to escape taxation on a large part of what is actually their income. So far as their profits are represented by stock received as dividends they will pay these taxes not upon their income but only upon the income of their income. That such a result was intended by the people of the United States when adopting the Sixteenth Amendment is inconceivable*”.

²²⁵ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 7-4.

- L'imposta è dovuta da ogni società, con l'eccezione delle “*S corporation*”, delle *personal holding companies*, *tax-exempt corporations*, *passive foreign investment companies*, costituite al fine di evitare l'imposizione in capo ai suoi soci accumulando profitti in luogo della loro distribuzione in dividendi²²⁶.

- Il fatto che una società sia “*una mera holding o una società di investimento*” costituisce un primo indizio sullo scopo di evitare l'imposta a carico dei propri soci²²⁷.

- Il fatto oggettivo che i profitti accumulati “*oltre una quota che può ritenersi ragionevole per lo svolgimento dell'attività d'impresa*” costituisce un indizio della volontà di evitare l'imposta dovuta sui dividendi distribuiti, a meno che la società non fornisca una prova contraria²²⁸.

- L'imposta non è autoliquidata dal contribuente, ma viene accertata dall'Amministrazione Finanziaria. Se tale avviso di accertamento è basato su una presunta irragionevole accumulazione di profitti, l'onere della prova è a carico dell'Amministrazione Finanziaria, che può anche invitare il contribuente a fornire spiegazioni prima della notifica dell'avviso di accertamento²²⁹.

- Nel calcolo della base imponibile, oltre alla quota di utili ragionevolmente non distribuiti per le esigenze dell'attività d'impresa è ammessa, in alcuni casi, un'ulteriore deduzione pari a \$ 250.000²³⁰.

- L'aliquota applicabile con riferimento a tale imposta è pari al 20% del cd. “*accumulated taxable income*”, che si calcola applicando delle variazioni in au-

²²⁶ Cfr. IRC § 532.

²²⁷ Cfr. IRC § 533(b).

²²⁸ Cfr. IRC § 537(a)(1).

²²⁹ Cfr. IRC § 534.

²³⁰ Cfr. IRC § 535.

mento ed in diminuzione rispetto al reddito d'impresa dell'anno d'imposta in questione²³¹.

L'applicazione dell'imposta sui profitti non distribuiti provoca un triplo livello di tassazione sui redditi prodotti dall'impresa. All'imposta progressiva dovuta sui redditi prodotti dalla società si sommano, infatti, sia l'imposta sui profitti non distribuiti, applicabile nella misura del 20%, sia quella dovuta sui dividendi distribuiti, la cui aliquota dipende dal reddito complessivo del socio. Nel caso in cui sia nei confronti della società che nei confronti del socio sia applicabile l'aliquota marginale più elevata, ogni 100 dollari di profitto aggiuntivo rispetto alla quota che non viene sottoposta all'imposta *de qua* subiranno un'imposizione complessiva²³², pari al 68,59%, secondo lo schema che segue:

A	100	Utile ante imposte
B	35	Federal income tax
C	65	Utile al netto delle imposte (A-B)
D	13	Imposta sui profitti non distribuiti (20% di C)
E	52	Utile netto ante-distribuzione (C-D)
F	20,59	Imposta dovuta dai soci persone fisiche (39,6% di E)
G	31,41	Dividendo netto percepito dal socio P.F. (E-F)
H	68,59	Pressione fiscale complessiva (A-G)

Per i gruppi societari che esercitano l'opzione per il consolidato fiscale, l'imposta in questione trova applicazione, qualora siano rispettati i requisiti previsti dalla legge, sui profitti accumulati a livello di gruppo. La sezione 1.1502-43

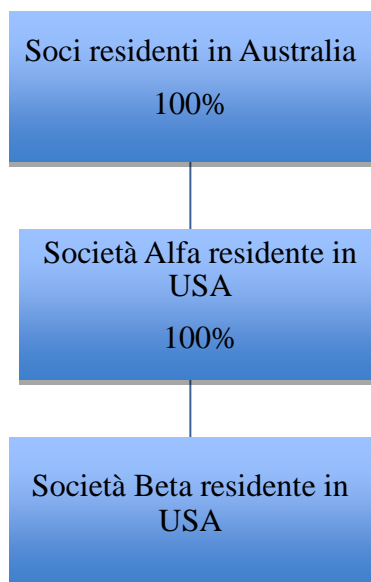
²³¹ Cfr. IRC § 535(a): "*For purposes of this subtitle, the term "accumulated taxable income" means the taxable income, adjusted in the manner provided in subsection (b), minus the sum of the dividends paid deduction (as defined in section 561) and the accumulated earnings credit (as defined in subsection (c))*".

²³² Con riferimento cioè alla pressione fiscale gravante sia sulla società che sul socio.

delle *Regulation* prevede che l'imposta sui profitti non distribuiti trovi applicazione nei confronti dei gruppi societari che siano stati creati al fine di evitare o prevenire l'imposizione in capo ai soci persone fisiche.

3.8.2 L'applicazione dell' Imposta sull' “accumulated taxable income” nei confronti di società partecipate da soci non residenti

Nella risposta ad un'istanza di interpello²³³, l'IRS ha chiarito che l'imposta sui profitti non distribuiti non è dovuta da società residenti negli Stati Uniti, partecipate da soci non residenti (che non siano cittadini americani), qualora, come nel caso esaminato, non sarebbe stata applicabile alcuna ritenuta sui dividendi distribuiti ai soci esteri in forza di quanto previsto dalla Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore con lo Stato di residenza di questi ultimi. Nel predetto interpello, la struttura del gruppo societario era la seguente:



²³³ Cfr. IRS Letter Ruling n. 9229025 del 21 aprile 1992.

Nella situazione prospettata in tale *tax ruling*, i dividendi distribuiti dalla società Beta alla società Alfa non erano imponibili ai fini della *Federal Income Tax*, in quanto risultava applicabile la deduzione del 100% prevista dalla sezione 243 dell'IRC. A loro volta, anche i dividendi distribuiti dalla società Alfa al socio estero residente in Australia non potevano essere assoggettati alla *Federal Income Tax* in base a quanto previsto dall'articolo 10 della Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore tra gli Stati Uniti e l'Australia. Secondo l'IRS, siccome non sussisteva il pericolo che il versamento dell'imposta sui dividendi distribuiti ai soci fosse evitato tramite un rinvio *sine die* della distribuzione degli utili, l'imposta sui profitti non distribuiti non poteva trovare applicazione. In altre parole, il “presupposto d'imposta”, costituito dal comportamento sanzionato dalla norma, ossia la mancata distribuzione degli utili nella misura in cui questi non siano necessari rispetto allo svolgimento dell'attività d'impresa, al fine di evitare la doppia tassazione in capo ai soci, non si sarebbe potuto verificare nel caso di specie.

3.9 La classificazione degli strumenti finanziari ibridi

La classificazione di uno strumento finanziario come titolo di debito piuttosto che come strumento di partecipazione al capitale di rischio ha delle importanti conseguenze da un punto di vista fiscale. I titoli di debito “classici”, sono quelli che “contengono un'incondizionata obbligazione di pagare una certa somma di denaro, ad una scadenza fissa, oltre ad una percentuale fissa di interessi, dovuta senza alcun riferimento rispetto alla situazione economica del debitore²³⁴”. Gli

²³⁴ Cfr. *Gilbert v. CIR*, 248 F2d 399 (2d Cir. 1957). Si veda, inoltre, la definizione contenuta nella sezione 385(b)(1) dell'IRC: “a written unconditional promise to pay on demand or on a specified

strumenti di partecipazione al capitale di rischio sono invece quelli attraverso cui l'investitore “intraprende un'avventura imprenditoriale, nell'ambito della quale se da un lato corre il rischio di subire delle perdite, dall'altro ha l'aspirazione di ottenere dei risultati economici positivi”²³⁵. Tra i due estremi si collocano gli strumenti finanziari ibridi, ossia quelli che presentano alcune caratteristiche dei titoli di debito ed altre tipiche degli strumenti di partecipazione al capitale di rischio.

La corretta qualificazione di tali strumenti ai fini fiscali può essere spesso oggetto di contenzioso in quanto:

- i criteri elaborati dalla numerosa giurisprudenza sul tema non sono univoci;
- tali criteri sono stati essenzialmente elaborati con riferimento a strumenti di debito emessi in proporzione alle azioni detenute dai pochi azionisti, circostanza che ha destato molto scetticismo in relazione alla reale sostanza economica di tali emissioni di titoli di debito;
- i criteri elaborati dalla giurisprudenza sono molti e non sono accompagnati da una scala gerarchica da seguire ai fini dell'individuazione del corretto trattamento fiscale dello strumento finanziario;
- ci sono poche spiegazioni significative che giustifichino l'adozione di un criterio piuttosto che di un altro.

Un punto fermo rispetto alle predette difficoltà è costituito dalla “*check-list*” di 16 punti, spesso utilizzata dalla giurisprudenza statunitense per individuare

date a sum certain in money in return for an adequate consideration in money or money's worth, and to pay a fixed rate of interest”.

²³⁵ Cfr. *US v. Title Guarantee & Trust Co.*, 133 F2d 990 (6th Cir. 1943).

la corretta natura fiscale di uno strumento finanziario. Si tratta, in particolare, dei seguenti fattori: 1) l'intenzione delle parti; 2) la contemporanea sussistenza della qualifica di creditore ed azionista; 3) i limiti di partecipazione nella gestione della società debitrice da parte del creditore; 4) la capacità della società di ottenere finanziamenti da fonti alternative; 5) il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi; 6) il rischio che comporta la detenzione dello strumento finanziario; 7) gli indizi formali dell'accordo; 8) le relative posizioni dei detentori dello strumento rispetto agli altri creditori con riferimento al pagamento degli interessi e del capitale; 9) i diritti di voto spettanti al detentore dello strumento; 10) la previsione o meno di un tasso fisso di interesse; 11) la possibilità o meno di effettuare il rimborso dello strumento finanziario; 12) la fonte degli interessi; 13) la presenza o meno di una data di maturazione degli interessi; 14) la previsione di rimborso su iniziativa della società; 15) la previsione di rimborso a richiesta del detentore dello strumento; 16) il tempo di anticipo con riferimento all'organizzazione della società²³⁶.

La dottrina statunitense che ha commentato i principali *case-law* in materia di classificazione fiscale degli strumenti finanziari ibridi ha individuato quattro punti chiave attraverso cui sviluppare tale valutazione: a) analisi dalla struttura giuridica dello strumento finanziario in termini di diritti delle parti; b) analisi dell'effettiva volontà delle parti di creare una relazione debitore-creditore; c) analisi della ragionevolezza e della reale sostanza economica delle intenzioni delle parti; d) valutazione di eventuali fattori che non abbiano una propria autonoma giustificazione, ma che siano stati inseriti unicamente ai fini dell'ottenimento del risultato desiderato.

²³⁶ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 4-24.

Con riferimento all'analisi della struttura giuridica dello strumento finanziario, secondo la dottrina²³⁷, i principali aspetti da esaminare sono i seguenti: a) la data di scadenza dello strumento finanziario; b) i rimedi esperibili nel caso di fallimento della società emittente; c) la qualificazione o meno dello strumento finanziario come subordinato; d) la certezza in merito all'esecuzione dei pagamenti connessi allo strumento finanziario; e) l'eventuale possibilità di partecipare o meno agli utili della società emittente; f) l'eventuale possibilità di partecipare alle perdite e agli utili della società emittente; g) la partecipazione al controllo; h) il *nomen iuris* dello strumento; i) la “predominanza” di caratteristiche proprie di uno strumento di debito.

L'esistenza di una **data di scadenza** dello strumento finanziario è “virtualmente necessaria”, ma non sufficiente, ai fini della qualificazione dello stesso come titolo di debito. Le azioni privilegiate, ad esempio, pur essendo qualificate come strumenti di partecipazione al capitale di rischio, potrebbero avere in alcuni casi una data di scadenza. Ciò non implica, ovviamente, che tali strumenti finanziari debbano essere qualificati come titoli di debito ai fini fiscali.

Nel caso di **fallimento**, occorre verificare se i diritti spettanti al detentore dello strumento finanziario siano assimilabili a quelli spettanti ad un normale creditore o meno²³⁸. L'eventuale **subordinazione** del rimborso dello strumento finanziario rispetto agli altri creditori costituisce un indizio della sua natura di strumento “*equity*”.

²³⁷ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., pp. 4-25/4-33.

²³⁸ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., pp. 4-26/4-27.

Il fatto che i detentori dello strumento ibrido abbiano diritto al rimborso delle somme investite prima degli azionisti ordinari e di quelli privilegiati costituisce invece un punto a favore rispetto alla classificazione dello strumento come titolo di debito²³⁹. L'emissione di obbligazioni convertibili in azioni, la cui probabilità di conversione al termine del periodo di durata del titolo è molto alta, può essere considerata dall'IRS come emissione di titoli di partecipazione al capitale, piuttosto che come emissione di titoli di debito²⁴⁰. La **certezza** in merito al regolare pagamento degli interessi previsti dallo strumento finanziario e, quindi, la mancata subordinazione del pagamento degli stessi al conseguimento di un utile d'impresa piuttosto che ad un certo livello di reddito milita a favore della classificazione dello strumento finanziario come titolo di debito²⁴¹. Il diritto dell'investitore a partecipare ai **risultati positivi** dell'attività d'impresa del soggetto finanzia-

²³⁹ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 4-27. Gli Autori, a tal proposito, osservano che i debiti contratti da una società holding sono necessariamente subordinati rispetto a quelli nei confronti delle società partecipate operative. Sul punto si veda anche la sentenza relativa al caso *Jones v. US*, 659 F2d 618 (5th Cir. 1981), in cui l'emissione di "capital notes" da parte di una società di assicurazione, ai fini di rispettare i requisiti minimi di capitalizzazione richiesti dalla legge, era stata considerata come emissione di titoli di debito, nonostante il rimborso di tali titoli fosse subordinato rispetto a quello dei crediti maturati dagli assicurati.

Lo stesso principio era stato adottato nel Rev. Rul. 85-119, 1985-2 CB 60, in cui l'emissione di "subordinated notes", ad opera di una holding bancaria, era stata qualificata come emissione di titoli di debito nonostante la scadenza di tali titoli fosse di dodici anni ed il rimborso del capitale, nonché il pagamento dei frutti dell'investimento, era possibile solo tramite corrispettivi ricavati dalla vendita di azioni o tramite l'assegnazione di azioni della società emittente.

²⁴⁰ Ciò accade soprattutto quando il titolo obbligazionario ha poche possibilità di essere rimborsato senza ricorrere alla conversione del titolo stesso in azioni ed il rimborso del medesimo è subordinato rispetto a quello degli altri creditori. Cfr. Rev. Rul. 83-98, 1983-2 C.B. 40. In un altro caso, l'emissione di "subordinated notes", ad opera di una holding bancaria, era stata qualificata come emissione di titoli di debito nonostante la scadenza di tali titoli fosse di dodici anni ed il rimborso del capitale, nonché il pagamento dei frutti dell'investimento, era possibile anche tramite corrispettivi ricavati dalla vendita di azioni o tramite l'assegnazione di azioni della società emittente. Nel caso di specie si trattava di titoli (denominati "mandatory convertible debt") emessi per garantire il rispetto dei requisiti minimi di capitalizzazione degli istituti di credito ai fini dello svolgimento dell'attività bancaria. Cfr. Rev. Rul. 85-119, 1985-2 CB 60.

²⁴¹ Nel caso *National Carbide Corp. v. CIR*, 336 US 422, 435, n. 16 (1949), una società aveva fornito alle proprie controllate il capitale necessario per lo svolgimento dell'attività d'impresa. Nell'ambito di tale contratto era previsto che i profitti eccedenti una remunerazione del capitale sociale pari al 6% fossero retrocessi alla società madre. Tale circostanza era stata decisiva ai fini della qualificazione dei flussi di denaro retrocessi alla società madre come dividendi anziché come interessi.

to non determina automaticamente la qualificazione di uno strumento di finanziamento come titolo *equity*. Quando la partecipazione ai risultati economici del debitore avviene tramite la conversione di titoli di debito in azioni e la probabilità di tale evento è molto elevata, la corretta qualificazione dello strumento è quella di *equity*²⁴². La partecipazione di uno strumento finanziario **alle perdite** della società emittente metterebbe in discussione la certezza dei flussi finanziari correlati alla detenzione dello strumento stesso. Gli strumenti finanziari la cui remunerazione è totalmente collegata al rischio d'impresa vengono quindi di solito classificati come *equity*²⁴³. La circostanza che tra i **diritti amministrativi** inclusi in uno strumento finanziario vi sia o meno il diritto di partecipazione al consiglio di amministrazione della società emittente assume una rilevanza marginale nella qualificazione fiscale di uno strumento finanziario²⁴⁴. Gli strumenti finanziari ibridi spesso vengono denominati con un nome a sua volta “ibrido”. Si pensi, a titolo di esempio, alle c.d. “*debenture stock*” piuttosto che alle “*guaranteed stock*”. In tali circostanze la corretta qualificazione dello strumento avviene ponderando i parametri esposti sinora. Tuttavia, qualora il *nomen iuris* di uno strumento finanziario, scelto dalle parti nell'ambito della loro autonomia contrattuale, gli attribuisca la qualifica di obbligazione piuttosto che di azione, la giurisprudenza è solitamente poco

²⁴² Cfr. Rev. Rul. 83-98, 1983-2 CB 40. In tale caso uno strumento finanziario denominato *adjustable-rate convertible note*, era stato qualificato come strumento di partecipazione al capitale in quanto il rimborso in contanti dello stesso, al termine del periodo di durata, sarebbe stato più conveniente rispetto alla conversione del titolo in azioni solo nel caso in cui il prezzo di mercato delle azioni della società emittente fosse calato di oltre il 40%. Secondo l'IRS, l'alta probabilità che lo strumento sarebbe stato interamente convertito in azioni alla scadenza dello stesso faceva venir meno la concreta operatività della clausola, prevista nel regolamento, ove si prevedeva una promessa di pagare una somma di denaro certa alla scadenza dello strumento finanziario a titolo di rimborso dello strumento stesso.

²⁴³ Così B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 4-29.

²⁴⁴ Cfr. W.T. PLUMB, *The Federal Income Tax Significance of Corporate Debt: A Critical Analysis and a Proposal*, in 26 Tax L. Rev. 369, 1971, p. 447.

incline ad accettare che le parti “ripudino” l'originale “etichetta” assegnata allo strumento finanziario²⁴⁵. Il regime fiscale degli strumenti finanziari ibridi con caratteristiche “equity” **predominanti**, è stato parzialmente modificato dall'Amministrazione Clinton. Nelle bozze relative alla legge di bilancio per gli anni 1996, 1997 e 1998, era stata proposta l'assoluta indeducibilità degli interessi passivi relativi a strumenti finanziari che presentino la seguenti caratteristiche: a) scadenza superiore a 40 anni; b) possibilità di rimborso unicamente tramite l'emissione di azioni del soggetto che emette lo strumento finanziario, ovvero di parti ad esso correlate; c) obbligo di conversione in azioni; d) facoltà di conversione in azioni; e) sostanziale certezza che l'opzione di cui al punto d) possa essere esercitata. Le predette proposte vennero tradotte in legge solo parzialmente. Come rilevato dalla dottrina²⁴⁶, la norma che fu approvata, proveniente dalla cd. “*payable in equity proposal*”, produce effetti particolarmente negativi sia sull'emittente che sul detentore degli strumenti finanziari che rientrano nel campo di applicazione della stessa. Da un lato, infatti, i flussi finanziari erogati dai soggetti che emettono tali strumenti non sono deducibili, non trattandosi di titoli di debito. Dal lato del detentore del titolo, invece, non spetta nemmeno la deduzione prevista per i dividendi, non trattandosi di titolo “*equity*”.

3.10 Il regime delle perdite fiscali

Nel sistema tributario statunitense le perdite (diverse da quelle di capitale) subite dalle *corporation* possono essere riportate a nuovo fino al ventesimo anno

²⁴⁵ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., pp. 4-30/4-31.

²⁴⁶ Così B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 4-32.

successivo rispetto a quello in cui la perdita è stata realizzata. È ammessa anche la possibilità di compensare le perdite subite in un dato esercizio con il reddito prodotto nei due periodi precedenti (cd. *carryback*)²⁴⁷. Un'importante limitazione alla possibilità di deduzione delle perdite riguarda le perdite derivanti dalla vendita di “*capital asset*”, che sono compensabili esclusivamente con i *capital gain* relativi alla negoziazione di tali *asset*²⁴⁸. Secondo quanto previsto dalla sezione 1212 dell'IRC, tali perdite possono essere riportate a nuovo fino al quinto esercizio successivo (decimo se si tratta di perdite relative a procedimenti di espropriazione posti in essere da Governi stranieri) e possono essere dedotte dai *capital gain* prodotti nei tre esercizi precedenti rispetto a quello in cui le minusvalenze sono state realizzate.

Per quanto riguarda invece gli *asset* utilizzati nell'ambito dell'attività d'impresa è previsto un regime di tassazione e di deduzione che permette la possibilità di considerare le minusvalenze come perdite ordinarie e/o i *capital gain* come redditi ordinari, disapplicando quindi la disciplina generale²⁴⁹.

Le minusvalenze subite dalle banche²⁵⁰ ed altri intermediari finanziari in relazione alla vendita di obbligazioni e altri titoli di debito²⁵¹ sono compensabili con il reddito ordinario prodotto dalle stesse. Nel caso in cui una banca detenga

²⁴⁷ Cfr. § 172 IRC.

²⁴⁸ Cfr. § 1211 IRC.

²⁴⁹ Cfr. § 1231 IRC. La possibilità di qualificare le minusvalenze come perdite derivanti dall'attività ordinaria di impresa è vantaggiosa soprattutto nel caso in cui la *corporation* non abbia un ammontare di *capital gain* sufficienti a compensare le minusvalenze realizzate.

²⁵⁰ La definizione di banca ai fini della disciplina delle perdite include anche le compagnie fiduciarie. Cfr. § 581 IRC: “*For purposes of sections 582 and 584, the term “bank” means a bank or trust company incorporated and doing business under the laws of the United States (including laws relating to the District of Columbia) or of any State, a substantial part of the business of which consists of receiving deposits and making loans and discounts, or of exercising fiduciary powers similar to those permitted to national banks under authority of the Comptroller of the Currency, and which is subject by law to supervision and examination by State, Territorial, or Federal authority having supervision over banking institutions. Such term also means a domestic building and loan association*”.

²⁵¹ Cfr. § 582 dell'IRC.

almeno l'80% del capitale di un altro istituto di credito, le azioni non sono considerate *capital asset*²⁵².

3.11 La tassazione degli utili nelle S Corporation

Nel sistema tributario statunitense è previsto un regime fiscale speciale per le piccole e medie imprese che permette a queste ultime di coniugare i vantaggi della responsabilità limitata con quelli della tassazione per trasparenza.

La disciplina della cosiddette “S Corporation”, contenuta nel sottocapitolo S dell'IRC, è stata introdotta nel 1958, dopo un primo tentativo fallito nel 1954. Secondo le intenzioni del Senato americano, tale misura era necessaria al fine di garantire la neutralità della variabile fiscale nell'ambito della scelta della forma giuridica più adeguata per lo svolgimento di un'attività d'impresa²⁵³. Come rilevato dalla dottrina²⁵⁴, il sistema di tassazione delle società statunitensi, che in parte prevede una doppia tassazione ed in parte un sistema di integrazione totale, rappresenta un compromesso politico tra i sostenitori del primo e del secondo sistema.

Secondo quanto previsto dalla sezione 1361(b)(1) dell'IRC, nella nozione di “*small business corporation*” vi rientrano le società residenti, diverse da quelle

²⁵² Cfr. § 581 dell'IRC: “(b) *Worthless stock in affiliated bank* For purposes of section 165 (g)(1), where the taxpayer is a bank and owns directly at least 80 percent of each class of stock of another bank, stock in such other bank shall not be treated as a capital asset”.

²⁵³ Cfr. S. Rep. No. 1622, 83rd Cong., 2d Sess. 119 (1954).

²⁵⁴ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 6-4.

incluse nella lista di cui al successivo numero 2 della medesima disposizione²⁵⁵,
che presentino le seguenti caratteristiche:

- numero di soci non superiore a 100;
- siano partecipate da soci persone fisiche o da alcune tipologie di trust o organizzazioni²⁵⁶;
- non siano partecipate da soci non residenti²⁵⁷;
- non abbiano più di una classe di azioni.

Ai fini della validità dell'opzione per il regime fiscale delle “*S corporation*”, è necessario il consenso di tutti i soci. Una volta esercitata l'opzione²⁵⁸, essa rimane valida a tempo indeterminato a meno che: a) sia revocata da un numero di soci che siano in possesso di almeno il 50% del capitale sociale della società; b) vengano meno i requisiti rilevanti ai fini della validità dell'opzione per tale regime (es. emissione di più categorie di azioni); c) i proventi derivanti dai cosiddetti “*passive income*” superino per un triennio consecutivo la soglia del 25% dei ricavi complessivi della società. Qualora si verificasse una delle predette cause di cessa-

²⁵⁵ Cfr. § 1361(b)(2) dell'IRC: “*For purposes of paragraph (1), the term “ineligible corporation” means any corporation which is - (A) a financial institution which uses the reserve method of accounting for bad debts described in section 585, (B) an insurance company subject to tax under subchapter L, (C) a corporation to which an election under section 936 applies, or (D) a DISC or former DISC*”.

²⁵⁶ L'elenco dei trust e delle organizzazioni che possono essere soci di S corporation è contenuta nella medesima sezione 1361 dell'IRC.

²⁵⁷ Come rilevato dalla dottrina, l'applicazione della ritenuta del 30% (o la minore aliquota stabilita nella convenzione contro le doppie imposizioni), nei confronti dei soci non residenti di una “*S corporation*”, risulterebbe difficile in particolare con riferimento agli utili non distribuiti. Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 6-13.

²⁵⁸ L'esercizio dell'opzione per l'adesione al regime di tassazione riservato alle “*S corporation*” va comunicato all'*Internal Revenue Service* entro il quindicesimo giorno del terzo mese dell'anno d'imposta.

zione del regime in commento, la medesima società non potrà effettuare una nuova opzione per il regime delle “*S corporation*” per i successivi cinque anni²⁵⁹.

Il reddito prodotto dalle “*S corporation*” indipendentemente dalla distribuzione o meno dell'utile, viene tassato direttamente in capo ai soci. Coerentemente con il regime di tassazione per trasparenza applicabile a tale tipologia di società, nel corso del periodo di validità dell'opzione, la “*S corporation*” non è soggetta né all'imposta sul reddito federale delle società, né alla cosiddetta “*alternative minimum tax*”. Allo stesso modo non trovano applicazione nei confronti di tali società, né l'imposta sui cd. “*accumulated earnings*” né quella applicabile alle cd. “*personal holding company*”.

Il valore fiscale delle quote detenute nelle “*S corporation*” deve essere incrementato per un valore pari agli utili imputati per trasparenza, mentre deve essere diminuito per un valore pari agli utili distribuiti. Le perdite imputate per trasparenza ai soci, utilizzabili nella dichiarazione dei redditi di questi ultimi, determinano una diminuzione del valore fiscale della partecipazione detenuta nella “*S corporation*”²⁶⁰.

Le regole per la determinazione del reddito d'impresa prodotto dalle “*S corporation*” sono le stesse previste dal *Subchapter C*, fatto salvo quanto previsto dalla sezione 1371 dell'IRC²⁶¹. A partire dal 1997, le “*S corporation*” possono detenere il 100% del capitale sociale di un'altra società. Secondo quanto previsto

²⁵⁹ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 6-6.

²⁶⁰ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 6-6.

²⁶¹ Le norme applicabili esclusivamente alle “*S corporation*”, così come previsto dalla sezione 1371 dell'IRC, sono divise in quattro macro-categorie: 1) “*No carryover between C year and S year*”; 2) “*Earnings and profits*”; 3) “*Coordination with investment credit recapture*”; 4) “*Cash distributions during post-termination transition period*”. Lo scopo di tali norme è sia quello di evitare la duplicazione dei benefici fiscali in capo alle società che perdono o acquistano la qualifica di “*S corporation*”, che quello di evitare la doppia imposizione società/soci.

dalla sezione 1361 dell'IRC(b)(3), le società controllate al 100% da una “*S corporation*”, che sono definite “*Qualified subchapter S subsidiary*”, ai fini fiscali sono a loro volta trattate come enti trasparenti.

Secondo quanto previsto dalla sezione 7701(a)(14) delle Regulations, le “*S corporation*” devono presentare la dichiarazione annuale dei redditi, anche se non sono soggetti passivi dell'imposta federale sui redditi. Al fine di evitare che l'utilizzo del regime fiscale delle “*S corporation*” diventi uno strumento per eludere le imposte, le sezioni 1374 e 1375 dell'IRC prevedono delle speciali imposte a carico delle “*S corporation*”, rispettivamente qualificate come “*Tax on built-in gains*” e “*Tax on excess net passive income*”.

L'imposta sui cd. “*built-in gains*” colpisce quei comportamenti spesso adottati in passato dalle “*C corporation*” al fine di realizzare *capital gain* e distribuire ai propri soci l'utile derivante da tale operazione senza subire un doppio livello di tassazione. Per raggiungere tale scopo, in passato le *C corporation* optavano per un periodo d'imposta per il regime delle “*S corporation*”, che, come visto, garantisce la tassazione per trasparenza. Una volta distribuito il dividendo, che non era sottoposto ad una seconda imposizione proprio in forza del regime di trasparenza fiscale, lo status di “*S corporation*” veniva revocato²⁶². La speciale disciplina contenuta nella sezione 1374 dell'IRC prevede uno speciale periodo di osservazione, pari generalmente a dieci anni²⁶³, nell'ambito del quale eventuali

²⁶² Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 6-38. Lo schema elusivo utilizzato dalle “*C corporation*” è stato oggetto di approfondimento nel report del Senato americano numero 1007, 89th Cong., 2d Sess. 6 (1966), reprinted in 1966-1 CB 527, 531.

²⁶³ Per gli anni d'imposta che vanno dal 2009 al 2013, il periodo di dieci anni viene ridotto sino a cinque anni. Cfr. § 1374(d)(7): “(B) *Special rules for 2009, 2010, and 2011. No tax shall be imposed on the net recognized built-in gain of an corporation - (i) in the case of any taxable year beginning in 2009 or 2010, if the 7th taxable year in the recognition period preceded such taxable year, or*

capital gain realizzati in vigenza del regime “*S corporation*” sono tassati direttamente in capo alla società e non in capo ai soci. L’aliquota applicabile in relazione a tali proventi è quella massima prevista dalla sezione 11(b) dell’IRC, pari attualmente al 35%²⁶⁴.

3.12 Il trattamento fiscale delle partnership

Le disposizioni in materia di trattamento fiscale delle *partnership* sono contenute nei paragrafi da 701 a 777 dell’*Internal Revenue Code (Subchapter K)*. Secondo la definizione contenuta nel paragrafo 761(a) del *Subchapter K*, il termine “*partnership*” ai fini del diritto tributario federale comprende:

“un’associazione, un gruppo, un organismo collettivo, una joint venture, ovvero un’altra organizzazione non dotata di personalità giuridica, attraverso o mediante la quale viene svolta un’attività economica, un’operazione finanziaria, un’impresa e che non è classificabile, ai fini del presente titolo, come corporation, come trust ovvero come patrimonio ereditario”.

Come rilevato dalla dottrina²⁶⁵, sebbene l’attribuzione della qualifica di *partnership* ad un’entità giuridica dovrebbe tenere conto della definizione fornita dal codice, spesso l’IRS ovvero la giurisprudenza non tengono conto della qualificazione giuridica fornita dal codice oppure la interpretano in modo non conforme

(ii) in the case of any taxable year beginning in 2011, if the 5th year in the recognition period preceded such taxable year. The preceding sentence shall be applied separately with respect to any asset to which paragraph (8) applies.

(C) Special rule for 2012 and 2013.

For purposes of determining the net recognized built-in gain for taxable years beginning in 2012 or 2013, subparagraphs (A) and (D) shall be applied by substituting “5-year” for “10-year”.

²⁶⁴ Cfr. Sezione 1374(b)(1) dell’IRC.

²⁶⁵ Cfr. W. S. MCKEE, W. F. NELSON, R. L. WHITMIRE, *Federal Taxation of Partnerships and Partners*, 4th edition, Thomson Reuters, New York, 2007, p. 3-6.

al codice. A titolo di esempio, la Suprema Corte degli Stati Uniti ha emanato alcune sentenze²⁶⁶ sulla nozione del termine *partnership* ai fini fiscali totalmente difformi rispetto a quella codicistica.

La definizione fornita dalla legge prevede, in primo luogo, che ai fini fiscali possa essere qualificata come *partnership* qualsiasi entità collettiva che non possa essere qualificata come *corporation*, come *trust* o come *estate*. Si tratta di una classificazione residuale che non è quindi collegata necessariamente alla definizione prevista dal diritto commerciale, ma ha un campo di applicazione più vasto. Qualora la qualificazione di un'entità giuridica come *partnership* ai fini fiscali fosse stata legata ad un elenco tassativo, la costituzione di un'entità non contenuta in tale elenco, diversa da quelle qualificabili come *corporation*, *trust* o come *estate*, avrebbe fatto venir meno la soggettività passiva dell'ente ai fini delle imposte dirette. In secondo luogo, la qualificazione come *partnership* ai fini fiscali implica che l'attività economica svolta dall'entità giuridica sia reale ed effettiva, non una mera finzione.

Alcune delle disposizioni contenute in tale sezione del Codice considerano la *partnership* come soggetto passivo ai fini della *Federal Income Tax* (cd. ***entity approach***), mentre altre la considerano come soggetto fiscalmente trasparente (cd. ***aggregate approach***). In alcuni casi il trattamento fiscale di tali soggetti è ibrido, in quanto alcune operazioni poste in essere dal medesimo soggetto giuridico sono trattate fiscalmente secondo l'*entity approach* ed altre secondo l'*aggregate approach*. I confini che delimitano l'applicazione del primo, piuttosto che del se-

²⁶⁶ Si tratta dei casi *Commissioner v. Tower*, 327 US 280 (1946); *Commissioner v. Culbertson*, 337 US 733 (1949).

condo approccio, non sono sempre ben definiti. Come rilevato dalla dottrina²⁶⁷, l'incertezza nell'applicazione di tali norme può portare ad un utilizzo strumentale delle disposizioni *de quibus* al fine di minimizzare il carico fiscale complessivo gravante sulla *partnership* e relativi soci. L'applicazione dell'*aggregate approach*, che è appropriato nell'ambito dell'allocazione dei redditi prodotti dalla *partnership* tra i soci, può portare a situazioni potenzialmente abusive quando viene applicato in occasione del trasferimento delle azioni detenute nella *partnership*. Considerando che il trasferimento di quote di una *partnership* è generalmente trattato come il trasferimento di quote in un'entità giuridica, una *corporation* potrebbe acquistare le quote in una *partnership* che detiene una serie di azioni della *Corporation* stessa e realizzare la plusvalenza latente su tali azioni in un secondo momento. Il *capital gain* così realizzato non costituirebbe reddito da imputare per trasparenza alla *Corporation*, in quanto, in base alla sezione 1032 dell'IRC, andrebbe ad incrementare il costo fiscale della partecipazione detenuta nella *partnership*. La successiva vendita di tale partecipazione, ad opera della *corporation*, darebbe luogo all'emersione di una minusvalenza, definita "*phantom loss*". In tal caso, in base a quanto previsto dalla sezione 1.705-2 delle Regulations, trova applicazione una norma anti-abuso che prevede l'applicazione del cd. *semi-entity approach* in tale specifica situazione.

Nello specifico, è previsto²⁶⁸ che non si applica alcun incremento del costo fiscale della partecipazione nel caso in cui una *corporation* acquisisca una quota in una *partnership* che detiene le quote della predetta *corporation*, qualora: a) la

²⁶⁷ Cfr. W. S. MCKEE, W. F. NELSON, R. L. WHITMIRE, *Federal Taxation of Partnerships and Partners*, 4th edition, cit., p. 1-10.

²⁶⁸ Cfr. § 1.705-2 delle Regulations.

partnership non abbia optato per l'elezione ai sensi del paragrafo 754 dell'IRC²⁶⁹, nel corso del periodo d'imposta in cui la partecipazione è stata acquistata; b) la *partnership* proceda alla vendita delle quote detenute nella *corporation*.

Al fine di limitare i casi di abuso delle disposizioni contenute nel *Subchapter K*, nel 1995 è stato emanato il cd. "*Subchapter K Anti-Abuse rule*". Tale regolamento è suddiviso in due parti: La prima parte, chiamata "*abuse-of-Subchapter-K rule*", contrasta gli abusi delle norme contenute nel *Subchapter K*. La seconda parte, ovvero la "*abuse-of-entity-treatment rule*", contrasta gli abusi che possono derivare dalla scelta del trattamento fiscale di una *partnership*. Secondo quanto riportato nel preambolo di tale atto, le predette norme anti abuso dovrebbero trovare applicazione in un caso limitato di operazioni poste in essere da tali soggetti e non dovrebbero interferire con le attività svolte in buona fede tramite lo strumento della *partnership*. Come rilevato dalla dottrina²⁷⁰, nonostante i buoni intenti del legislatore, nella pratica tali disposizioni trovano invece applicazione in numerosi casi, in quanto, considerato che il fattore fiscale influenza molte operazioni economiche, qualora il fine principale di un'operazione sia quello di eludere le imposte, troverebbero applicazione le predette disposizioni anti-abuso.

La giurisprudenza ha più volte colmato alcune lacune presenti nel Codice attraverso la "*sham transaction doctrine*" la "*substance-over-form doctrine*". Il

²⁶⁹ Il paragrafo 754 dell'IRC prevede che: "*If a partnership files an election, in accordance with regulations prescribed by the Secretary, the basis of partnership property shall be adjusted, in the case of a distribution of property, in the manner provided in section 734 and, in the case of a transfer of a partnership interest, in the manner provided in section 743. Such an election shall apply with respect to all distributions of property by the partnership and to all transfers of interests in the partnership during the taxable year with respect to which such election was filed and all subsequent taxable years. Such election may be revoked by the partnership, subject to such limitations as may be provided by regulations prescribed by the Secretary*".

²⁷⁰ Cfr. W. S. MCKEE, W. F. NELSON, R. L. WHITMIRE, *Federal Taxation of Partnerships and Partners*, 4th edition, cit., p. 1-20.

primo filone giurisprudenziale risulta applicabile qualora un'operazione risulti priva di ragioni economiche, diverse da quella di ridurre il carico fiscale gravante sull'operazione, sia da un punto di vista soggettivo che oggettivo. Il secondo filone trova invece applicazione qualora non vi sia coincidenza tra la forma e la sostanza di un'operazione economica.

Il paragrafo 1.701-2(b)²⁷¹ delle Regulations contiene le disposizioni generali in tema di applicazione delle regole fissate nel *Subchapter K*.

La concreta applicazione delle norme contenute in tale atto ha creato dei problemi interpretativi ed incrementato il livello di complessità dell'intero *Subchapter K*²⁷². In ogni caso, la flessibilità di cui i componenti di una *partnership* possono disporre nell'ambito degli accordi interni che fissano le modalità di ripartizione di elementi reddituali positivi e negativi offre non poche possibilità di pianificazione fiscale che a volte possono sconfinare nell'abuso del diritto. L'IRS può tuttavia contrastare tali fenomeni di "pianificazione fiscale aggressiva" ricorrendo, ad esempio, alla cosiddetta "*business purpose doctrine*"²⁷³, alla "*step transaction*

²⁷¹ Nello specifico la disposizione prevede che: "*The provisions of subchapter K and the regulations there under must be applied in a manner that is consistent with the intent of subchapter K as set forth in paragraph (a) of this section (intent of subchapter K). Accordingly, if a partnership is formed or availed of in connection with a transaction a principal purpose of which is to reduce substantially the present value of the partners' aggregate federal tax liability in a manner that is inconsistent with the intent of subchapter K, the Commissioner can recast the transaction for federal tax purposes, as appropriate to achieve tax results that are consistent with the intent of subchapter K, in light of the applicable statutory and regulatory provisions and the pertinent facts and circumstances. Thus, even though the transaction may fall within the literal words of a particular statutory or regulatory provision, the Commissioner can determine, based on the particular facts and circumstances, that to achieve tax results that are consistent with the intent of subchapter K [...]*".

²⁷² Cfr. W. S. MCKEE, W. F. NELSON, R. L. WHITMIRE, *Federal Taxation of Partnerships and Partners*, 4th edition, cit., p. 1-12.

²⁷³ Tramite l'applicazione delle disposizioni contenute nel § 704 (d), che contiene alcuni limiti alla deduzione delle perdite derivanti dalla partecipazione ad una *partnership*. Cfr. W. S. MCKEE, W. F. NELSON, R. L. WHITMIRE, *Federal Taxation of Partnerships and Partners*, 4th edition, cit., p. 11-220.

doctrine”²⁷⁴ ovvero alle altre “*judicial doctrines*” applicabili alla vendita di quote in *partnership*.

In ogni caso, ai fini contabili, la *partnership* è trattata come un soggetto distinto dai soci²⁷⁵, in quanto il reddito imponibile viene dapprima calcolato in capo alla *partnership* e successivamente imputato in capo ai soci stessi.

I conferimenti in denaro ed in natura (tranne che nel caso dei servizi), in cambio di quote di partecipazione al capitale della *partnership* sono generalmente esenti da imposte, sia per quest’ultima che per il soggetto conferente. La non tassazione di tali operazioni è giustificata dal fatto che il socio conferente continua a detenere il bene oggetto di conferimento, per il tramite della *partnership*. Seguendo il cd. *aggregate approach*, è come se il socio continuasse a detenere il bene in prima persona. La mutazione del titolo giuridico di proprietà, secondo il diritto statunitense, è in tal caso solo formale e quindi non assume rilievo ai fini fiscali.

La distribuzione di denaro ovvero di altri beni dalla *partnership* al socio è generalmente esente da imposte, a meno che il valore dei beni trasferiti al socio superi il valore del capitale conferito.

3.13 La tassazione dei gruppi: il consolidato fiscale

La sezione 1501 dell' *Internal Revenue Code* prevede che un “*affiliated group*” possa optare per il consolidato fiscale. Uno dei principali vantaggi di tale istituto è costituito dalla possibilità di compensare i redditi e le perdite prodotti nell'ambito di un gruppo societario, ai fini del versamento dell'imposta federale sul reddito delle società. A differenza di quanto avviene nel consolidato fiscale

²⁷⁴ Cfr. *Minnesota Tea Co. v. Helvering*, 302 US 609 (1938).

²⁷⁵ Cfr. § 701-703, 706 dell'IRC.

previsto dal diritto tributario italiano, negli Stati Uniti deve essere inclusa nella base imponibile di gruppo anche la quota di reddito prodotto nel corso dell'anno da una società del gruppo le cui azioni siano cedute prima del termine dell'anno d'imposta²⁷⁶.

I gruppi che rientrano nella definizione di “*affiliated group*” sono quelli in cui la società capogruppo o un'altra società del gruppo detengono almeno l'80% dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ed una partecipazione al capitale pari almeno all'80%²⁷⁷. Nel caso in cui le azioni di una società del gruppo siano detenute da una persona fisica, da un gruppo di persone fisiche, oppure da una società che non può far parte di un consolidato fiscale²⁷⁸, la predetta società non può essere inclusa nel consolidato fiscale²⁷⁹. Non è possibile includere le società estere nel consolidato fiscale, a meno che queste non siano: a) partecipate al 100% dal socio statunitense; b) residenti in uno Stato confinante con gli Stati Uniti; c) detenute “*solely for the purpose of complying with the laws of such country as to title and operation of property*”.

²⁷⁶ Cfr. § 1501 dell'IRC.

²⁷⁷ Cfr. § 1504 dell'IRC.

²⁷⁸ L'elenco delle società che non possono essere incluse nel consolidato fiscale è contenuto nella Sezione 1502(b) dell' *Internal Revenue Code*. Si tratta delle seguenti entità giuridiche: a) società esenti da imposte in base alla sezione 501; b) le società di assicurazioni soggette ad imposizione ai sensi della sezione 801; c) le società estere, a meno che non abbiano i requisiti di cui alla sezione 1504 dell' *Internal Revenue Code*; d) le *corporations* che optano per i benefici di cui alla sezione 936; e) le società di investimento e le altre società trasparenti tassate secondo il *Subchapter M*; f) le piccole società che optano per la tassazione ai sensi della sezione S; g) le cd. *foreign sales corporation* e le *domestic international sales corporations*. Per un approfondimento sul tema si veda: B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., pp. 13-98/13-100.

²⁷⁹ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 13-100.

3.13.1 L'inclusione delle società estere nel consolidato fiscale

La sussistenza o meno del requisito di cui al punto c) è stata spesso oggetto di contenzioso, in quanto la possibilità di includere una società estera nel consolidato fiscale statunitense è subordinata alla necessità di dover costituire un'entità giuridica autonoma nello Stato estero al fine di svolgere una determinata attività. In altre parole, la costituzione di una società totalmente controllata al fine di beneficiare dell'opportunità di dedurre negli Stati Uniti le perdite subite in uno Stato estero confinante fa venir meno la possibilità di dedurre tali perdite nell'ambito del consolidato fiscale statunitense. Nel caso *Kohler Co. and subsidiaries* contro *U.S.*²⁸⁰, la Corte di Appello degli Stati Uniti ha condiviso la posizione dell'IRS, in quanto ha ritenuto che “ [...] dai fatti risulta evidente che la costituzione della società canadese *Kohler Ltd* non è avvenuta al solo fine di ottemperare alle disposizioni canadesi che richiedono la costituzione di una società al fine di operare in tale territorio e gestire una proprietà. Il diritto canadese non richiede espressamente la costituzione di tale società, e non risulta agli atti che i funzionari dell'Agenzia delle entrate canadese o di altre amministrazioni canadesi, abbiano mai stabilito che la costituzione di tale società fosse stata necessaria ai fini della partecipazione al programma FIRA. Piuttosto, la costituzione della società in Canada è il risultato di una decisione strategica della società *Kohler Co.*, la quale ha costituito la società controllata canadese al fine di aumentare le possibilità di ottenere l'approvazione da parte del governo canadese in relazione al progetto FIRA. La costituzione della società è stata inoltre necessaria per ottenere un contributo di 4 milioni di dollari. La sezione 1504(d) non ammette la possibilità di includere nel

²⁸⁰ Cfr. causa *Kohler Co. and subsidiaries* contro *U.S.*, n. 96-5043, 124 F.3d 1451 (1997).

consolidato fiscale una società che si trovi nella situazione oggetto del presente giudizio. Condividiamo la posizione del governo, secondo cui la condizione prevista dalla sezione 1504 (d) è soddisfatta unicamente nel caso in cui la società controllata non avrebbe potuto operare in assenza della sua costituzione [...]”²⁸¹.

Un problema analogo, avente ad oggetto le cd. *Maquilladora companies*²⁸², è stato oggetto di un forte dibattito in dottrina ed in giurisprudenza²⁸³ in quanto l'utilizzo di tale tipologia di società, che hanno la sede legale e la residenza fiscale in Messico, è molto frequente da parte dei gruppi industriali statunitensi che delocalizzano parte del processo produttivo in tale Stato, al fine di ridurre i costi di produzione²⁸⁴. Una volta superato il problema della riconducibilità o meno della società estera nell'ambito di applicazione della sezione 1504(d), vi sarebbe comunque un ulteriore ostacolo alla deduzione delle perdite subite da una società controllata estera all'interno del consolidato fiscale statunitense. La sezione 1503(d), infatti, prevede che le perdite delle società che presentano una dichiarazione dei redditi in uno Stato estero per compensare i redditi ivi prodotti non possano essere dedotte nel consolidato fiscale statunitense al fine di evitare il feno-

²⁸¹ La versione nella lingua processuale originale è la seguente:

"[...]The facts make it clear that Kohler Ltd.'s Canadian incorporation was not "solely for the purpose of complying with the laws of [Canada] as to title and operation of property." Canadian law did not expressly require such incorporation, and there is nothing in the record to indicate that Canadian officials, in the Agency or otherwise, stated that such incorporation was necessary for FIRA approval. Rather, Canadian incorporation was the result of a strategy decision on the part of Kohler Co. which determined that such incorporation would increase the likelihood of prompt FIRA approval. Incorporation was also necessary in order for Kohler Co.'s Canadian business venture to be eligible for the Cdn \$4 million CIRB grant. We believe that, by its terms, section 1504(d) does not contemplate consolidated tax return treatment in circumstances such as those presented here. We agree with the government that section 1504(d) is not satisfied unless, but for incorporation, the foreign subsidiary would not have been allowed to operate. [...]"

²⁸² Per un approfondimento sui profili fiscali delle cd. "Maquiladoras companies" si veda: M. E. TRON, M. A. MARTINEZ-BORJA, *Maquiladoras: US and Mexican implications*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2001, Amsterdam, IBFD.

²⁸³ Cfr. United States; *Mexico - Mexican maquiladora subsidiaries not permitted to join in filing of US consolidated tax return for pre-1996 tax years* (18 June 2002), News IBFD.

²⁸⁴ Cfr. J. DIAZ DE LEON GALARZA, *Tax Reforms to the Maquiladora Regime*, 21 Intl. Transfer Pricing J. 3 (2014), Amsterdam, Journals IBFD.

meno della doppia deduzione delle perdite (cd. “*dual consolidated loss*”). Come rilevato dalla dottrina²⁸⁵, il divieto di compensazione delle perdite subite da una controllata estera negli Stati Uniti potrebbe essere evitato attraverso la costituzione dell'entità estera in una delle forme giuridiche che ammetta la possibilità di considerarla come partnership ai fini fiscali statunitensi. In tal modo, la tassazione in capo al socio statunitense dei risultati economici conseguiti dalla società estera non sarebbe soggetto ai limiti previsti dalla disciplina del consolidato fiscale, ma rientrerebbe nell'ambito di applicazione della *Check-the-Box Regulation*.

3.13.2 La durata dell'opzione e la regola dell'all in.

L'esercizio dell'opzione per il consolidato fiscale è vincolante per un periodo di cinque anni. Nel corso di tale periodo, tuttavia, possono verificarsi le seguenti situazioni:

- Nel caso in cui ricorra una giusta causa, l'IRS può autorizzare l'interruzione del consolidato fiscale;

- Nel caso in cui un cambiamento della legislazione o del regolamento che disciplina il consolidato fiscale rendano tale istituto meno conveniente rispetto al regime naturale che prevede la compilazione di distinte dichiarazioni dei redditi per ciascuna società del gruppo, l'IRS, nell'ambito del suo potere discrezionale, può concedere al gruppo l'autorizzazione ad interrompere il consolidato fiscale.

²⁸⁵ Cfr. RABY AND RABY, *Do Adjacent Country Corporations Still Exist?*, in Tax Notes, 12 March 1998. Gli Autori, dopo aver analizzato un documento avente ad oggetto il trattamento fiscale delle *Maquilladora companies* (ossia l'ISP Coordinated Issue Paper on Maquiladora Industry (Doc 98-7429)), rilevano che i vantaggi del *check-the-box rule regime* sono ancora più evidenti dopo l'emanazione del predetto documento da parte dell'Amministrazione finanziaria statunitense. Secondo gli Autori "*The advantages of "check-the-box" are nowhere more apparent than when looking at Canadian and Mexican subsidiary corporations and the recent IRS issue paper dealing with when and whether U.S. parents can take advantage of section 1504(d) to include such entities on U.S. consolidated returns*".

Ai fini dell'efficacia dell'opzione per il consolidato fiscale è necessario che tutte le società che appartengono ad un “*affiliated group*” aderiscano a tale istituto. Le società che entrano a fare parte di un “*affiliated group*” nell'ambito del quale sia stata esercitata l'opzione per il consolidato fiscale vengono inserite nella dichiarazione dei redditi di gruppo, a patto ovviamente che siano soddisfatti gli altri requisiti previsti dalla legge²⁸⁶. Non è ammessa la possibilità che la società oggetto di acquisizione si opponga alla sua inclusione nel consolidato²⁸⁷. La cessione ed il successivo riacquisto di quote di partecipazione al capitale sociale di una società in un arco di tempo inferiore ai cinque anni fa venir meno la possibilità di includere tale società nel consolidato fiscale del medesimo “*affiliated group*” o di un altro gruppo che abbia la medesima società madre²⁸⁸.

Secondo quanto previsto dalla sezione 1.1502-75(d) delle *Regulations*, un “*affiliated group*” rimane tale ai fini del consolidato fiscale qualora la società madre detenga all'inizio dell'anno d'imposta le quote di almeno una società partecipata che nel corso dell'esercizio precedente aveva fatto parte del perimetro di consolidamento²⁸⁹.

²⁸⁶ Come già ricordato in precedenza, la società madre, ai fini dell'inclusione di una società partecipata nel consolidato fiscale, deve detenere in quest'ultima una partecipazione al capitale sociale in una misura almeno pari all'80% e deve detenere una quota pari almeno all'80% dei diritti di voto esercitabili in assemblea. La società partecipata non deve rientrare nella lista delle società contenuta nella sezione 1502 dell'IRC, che contiene l'elenco delle società che non possono aderire al consolidato fiscale.

²⁸⁷ Cfr. B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, cit., p. 13-106.

²⁸⁸ Cfr § 1504 IRC. La disposizione non trova applicazione qualora la quota di capitale ceduto non faccia scendere la partecipazione complessiva al capitale al di sotto della soglia dell'80%.

²⁸⁹ A tal proposito, nella sezione 1.1502-75(d) delle *Regulations* è contenuto il seguente esempio: Nel caso in cui la società "P" acquisisca il 100% della quote della società "S" il 1° gennaio dell'anno 1 e detenga le azioni sino al termine dell'esercizio, per tale anno d'imposta sarà possibile la presentazione del consolidato fiscale. Nel caso in cui nel mese di maggio dell'anno 2 la società P acquisisca il 100% delle quote della società S1 e nel successivo mese di luglio dell'anno 2 venda le quote della società S, il gruppo rimarrebbe comunque in vita ai fini del consolidato, in quanto la

3.13.4 Il regime di responsabilità delle società che aderiscono al consolidato

Ciascuna società che aderisce al consolidato fiscale è solidalmente responsabile per le imposte dovute dall' "affiliated group". La responsabilità solidale non risulta applicabile nei confronti di una società che non faccia più parte dell' "affiliated group" alla data di notifica dell'avviso di accertamento, qualora le quote della società partecipata che aveva aderito al consolidato siano state vendute in un momento antecedente rispetto a tale data. Secondo quanto prescritto dalla sezione 1.152-6 delle Regulations, l'IRS deve comunque accertare che la cessione delle quote sia avvenuta in buona fede ed a valore di mercato. Nel caso in cui tale verifica abbia esito positivo, l'avviso di accertamento nei confronti della società non facente più parte del gruppo può essere limitato alla sola quota di reddito imputabile a tale società. Gli accordi di diritto privato che limitano la responsabilità delle società che aderiscono al consolidato non sono opponibili al Fisco²⁹⁰.

Tale tipologia di accordi, denominata "Tax-Sharing Agreements" serve invece a compensare il vantaggio fiscale derivante dal trasferimento delle perdite dalla società figlia alla società madre²⁹¹, qualora si opti per l'imputazione dei redditi e delle perdite senza tener conto dell'effettiva percentuale di partecipazione della società madre nelle altre società del gruppo. In tale caso, infatti, l'adesione al

società P, essendo in entrambi gli anni la società madre, deteneva all'inizio dell'anno 2 le quote della società consolidata S, anche se oggetto di cessione nel corso dell'anno 2.

²⁹⁰ Cfr. § 1.1502-6(c) delle Regulations, secondo cui: "Effect of intercompany agreements. No agreement entered into by one or more members of the group with any other member of such group or with any other person shall in any case have the effect of reducing the liability prescribed under this section".

²⁹¹ Cfr. *Western Pacific Railroad Corp. v. Western Pacific Railroad company*, 345 US 247 (1953), 206 F2d 495 (9th Cir. 1953), 216 F2d 513 (9th Cir. 1954). In tale caso, il ricorrente lamentava l'indebito arricchimento della società madre, che si sarebbe indebitamente appropriata delle perdite della società figlia: "It is petitioners' theory that respondents had unjustly enriched themselves by wrongfully appropriating a 'tax loss' incurred by petitioner Western Pacific Railroad Corporation and applying it to the sole benefit of respondent Western Pacific Railroad Company".

consolidato fiscale potrebbe creare un danno patrimoniale agli azionisti di minoranza qualora la società partecipata non riceva dalla società madre una somma di denaro equivalente alla quota di perdita trasferita nell'ambito del consolidato fiscale.

3.13.5 La tassazione dei dividendi nell'ambito del consolidato fiscale

I dividendi distribuiti tra società che fanno parte del medesimo consolidato fiscale non sono inclusi nella base imponibile di gruppo. A tal proposito le Regulations²⁹² prevedono che “*this exclusion applies to a distribution only to the extent there is a corresponding negative adjustment reflected under § 1.1502-32 in B's basis in the stock of the distributing member (S)*”. In pratica, a differenza di quanto avviene nel caso di dividendi distribuiti nell'ambito di gruppi che non aderiscono al consolidato fiscale, la cui tassazione in capo al socio viene ridotta tramite una deduzione che va dal 70% al 100%, senza una corrispondente variazione in aumento con riferimento al valore fiscale delle partecipazioni, nel caso del consolidato fiscale la non inclusione dei dividendi comporta la rettifica del costo fiscale della partecipazione detenuta nella società che li distribuisce.

Anche le distribuzioni in natura di utili sono trattate in maniera diversa nel caso in cui siano effettuate o meno nell'ambito del consolidato fiscale. Al di fuori di tale regime opzionale di tassazione, infatti, il pagamento di utili in natura prevede la tassazione, in capo alla società che distribuisce i dividendi, dei plusvalori che dovessero emergere dal trasferimento dei beni in favore dei soci. Qualora a seguito della distribuzione in natura emerga una minusvalenza, quest'ultima non

²⁹² Cfr. § 1.1502-13(f)(2)(ii) delle *Regulation*.

sarà deducibile dal reddito della società erogante. Nel caso dei gruppi che aderiscono al consolidato fiscale, invece, le plusvalenze o minusvalenze che dovessero emergere in relazione a tali operazioni assumono rilevanza solo nel momento in cui i beni distribuiti vengono ceduti a terzi soggetti, non appartenenti al gruppo.

3.14 La Check the Box Regulation

Nel periodo 1917-1960, il termine “*corporation*” è stato utilizzato in maniera estensiva ai fini fiscali in quanto la qualifica di “*association*”, e quindi di soggetto passivo ai fini della *corporate income tax*, veniva attribuita in maniera estensiva a tutta una serie di organizzazioni al fine di ampliare la platea dei soggetti passivi dell’imposta sul reddito delle società. A partire dal 1960, con la pubblicazione delle Regulations n. 3-73.3.061, tale approccio è cambiato ed il concetto di “*association*” è divenuto più restrittivo. La motivazione che ha ispirato tale cambiamento è stata quella di evitare che i professionisti che operavano sotto forma di *partnership* potessero ottenere le prestazioni pensionistiche che in quell’epoca erano riservate unicamente ai dipendenti delle *corporations*. Gli effetti pratici di tale nuova disciplina furono però negativi per gli interessi dell’Erario in quanto la formalistica nozione di “*association*” aprì non pochi spazi di elusione fiscale.

Come rilevato dalla dottrina²⁹³, qualsiasi organizzazione, con una piccola modifica sostanziale, si sarebbe potuta qualificare come *partnership*, piuttosto che come *associazione*, al fine di ottimizzare il carico fiscale gravante su di essa. Presso atto che il sistema introdotto nel 1960 non aveva dato i risultati attesi, a partire

²⁹³ Cfr. W. S. MCKEE, W. F. NELSON, R. L. WHITMIRE, *Federal Taxation of Partnerships and Partners*, 4th edition, cit., p. 3-73.

dal 1997 venne introdotta la cosiddetta “*Check-the-box Regulation*”. Attraverso tale disciplina, molte entità giuridiche prive di personalità giuridica possono decidere se essere o meno soggette all’imposta sul reddito delle società, piuttosto che essere trattate come soggetti fiscalmente trasparenti. Come osservato dalla dottrina²⁹⁴, tale normativa prevede che in alcuni casi, a differenza del passato, la medesima organizzazione possa essere classificata, a scelta del contribuente, sia come *partnership* che come *corporation* ai fini fiscali, senza che sia necessaria alcuna ulteriore motivazione in merito alla scelta effettuata. La flessibilità introdotta in sede di qualificazione giuridica di un’organizzazione ha esteso, inoltre, sia la platea dei soggetti tassabili come *corporation*, con riferimento principalmente alle società costituite secondo il diritto statunitense²⁹⁵, che quella dei soggetti tassabili come *partnership*, con particolare riferimento alle società costituite in Paesi terzi. Nel primo caso, la tassazione gravante sull’organizzazione, regolamentata dal *Subchapter C*, colpisce sia i soci che l’entità giuridica qualificata come *corporation* ai fini fiscali. Nel secondo caso, la tassazione gravante sull’organizzazione, regolamentata dal *Subchapter K*, colpisce direttamente i partner, in quanto la *partnership* è considerata come soggetto fiscalmente trasparente.

La sezione 7805 delle *Regulations*, tuttavia, non tiene conto dei precedenti giurisprudenziali in materia²⁹⁶.

²⁹⁴ Cfr. W. S. MCKEE, W. F. NELSON, R. L. WHITMIRE, *Federal Taxation of Partnerships and Partners*, 4th edition, cit., p. 3-73.

²⁹⁵ Secondo le norme vigenti prima dell’emanazione della *Check-the-Box Regulation*, la qualificazione come *corporation* ai fini fiscali era legata, *inter alia*, alle seguenti variabili: a) al luogo di costituzione dell’ente (Stati Uniti); b) durata illimitata dell’ente; c) responsabilità limitata dei soci; d) libera trasferibilità delle quote societarie, senza il previo consenso degli altri soci.

²⁹⁶ Le principali sentenze della Suprema Corte degli Stati Uniti aventi ad oggetto la definizione del termine *partnership* sono: *Commissioner v. Tower*, 327 US 280, 290 (1946), *Commissioner v. Culbertson*, 337 US 733 (1946). In entrambi i casi la Corte ha fatto riferimento ai criteri utilizzati nel diritto commerciale per l’individuazione della sussistenza o meno di una *partnership*. Per quanto riguarda la definizione del termine *corporation*, le principali sentenze di riferimento sono:

Nella giurisprudenza consolidata, infatti, i termini *partnership* e *corporation* sono stati interpretati seguendo un iter-logico argomentativo che in generale ha enfatizzato i profili sostanziali di tale disciplina. Nel caso *Littriello v. United States*, tuttavia, un contribuente che aveva costituito una società a responsabilità limitata unipersonale (*LLC company*), non aveva versato alcuna ritenuta ed imposta nel corso di un periodo d'imposta. Al fine di recuperare le imposte non versate dalla *LLC company*, l'IRS, come prescritto dalla *Check-the-Box Regulation*, aveva richiesto il pagamento delle stesse direttamente al socio unico della società, non essendo possibile la qualificazione della *LLC company* come *corporation* ai fini di tale disciplina. Il sig. *Littriello*, socio unico della società che non aveva ottemperato al versamento delle ritenute, aveva presentato appello contro la sentenza della Corte di primo grado eccependo il conflitto dell'atto di accertamento impugnato con le disposizioni contenute nelle *Regulations* e con i principi emanati nella sentenza relativa al caso *Morrissey v. Commissioner*²⁹⁷, a cui aveva fatto rinvio la Corte di primo grado nel confermare l'avviso di accertamento. Inoltre, secondo l'appellante, la questione relativa alla possibilità di trattare o meno la *LLC* come una *disregarded entity* non era di competenza del diritto federale ed andava risolta facendo riferimento ai principi contenuti nella normativa interna dello Stato del *Kentucky*.

Nella sentenza relativa a tale caso, la Corte di appello degli Stati Uniti ha stabilito che non era necessaria l'esegesi dei principi giuridici contenuti nella sen-

Moline Properties, Inc. v. Commissioner, 319 US 436 (1943), *Morrissey v. Commissioner*, 296 US 344 (1935). Nel primo caso, la Suprema Corte ha stabilito che se un'entità giuridica svolge un'effettiva attività economica, anche qualora sia dimostrato che l'ente sia stato costituito al fine di ottenere vantaggi fiscali o di altra natura, non fa venir meno la qualificazione di *corporation* ai fini fiscali. Nel corso degli anni, i principi statuiti in tale sentenza sono stati utilizzati al fine di rilevare la sussistenza o meno di una *partnership* ai fini fiscali.

²⁹⁷ Cfr. *Morrissey v. Commissioner*, 296 U.S. 344 (1935).

tenza relativa al caso *Morrissey v. Commissioner* in quanto in tale sede era stato affermato che, come nel caso di specie, quando un'interpretazione dell'IRS fosse stata chiara e ragionevole, la Corte avrebbe dovuto confermarla in sede di giudizio. In ogni caso, in tale sentenza era stato stabilito che le disposizioni contenute nelle leggi di uno Stato non possono abrogare la “*federal tax liability*”.

Prima di passare all'analisi della disciplina in commento occorre, in primo luogo, analizzare la qualificazione giuridica delle organizzazioni ai fini fiscali. La regola generale contenuta nel paragrafo 301.7701-1(a)(1)²⁹⁸, rubricato “*Classification of organizations for federal tax purposes*”, prevede che il riconoscimento o meno dello status di entità diversa dal suo proprietario non dipende dal diritto interno di ciascuno Stato, ma esclusivamente da quanto stabilito a livello federale. È previsto, inoltre, che alcune attività, svolte congiuntamente da più soggetti, possano essere qualificate come entità diverse dai partecipanti qualora: a) venga svolta una qualsiasi attività economica effettiva; b) i profitti generati da tale attività vengano divisi tra i partecipanti. A tal fine, come previsto dal successivo paragrafo 301.7701-1(a)(2)²⁹⁹, non può essere qualificata come entità diversa dai partecipan-

²⁹⁸ Tale norma prevede che: “(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*”.

²⁹⁹ La disposizione in commento prevede che: “(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. For example, a separate entity exists for federal tax purposes if co-owners of an apartment building lease space and in addition provide services to the occupants either directly or through an agent. Nevertheless, a joint undertaking merely to share expenses does not create a separate entity for federal tax purposes. For example, if two or more persons jointly construct a ditch merely to drain surface water from their properties, they have not created a separate entity for federal tax purposes. Similarly, mere co-ownership of property that is maintained, kept in repair, and rented or leased does not constitute a separate entity for federal tax purposes. For example, if an individual owner, or tenants in common, of farm property lease it to a farmer for a cash rental or a share of the crops, they do not necessarily create a separate entity for federal tax purposes*”.

ti un'attività svolta congiuntamente tra essi al solo fine di dividere le spese, mentre può essere qualificata come "entità separata" un'attività nell'ambito della quale due soggetti, oltre a costruire un appartamento ai fini di concederlo in locazione, forniscano agli inquilini dei servizi ulteriori, anche attraverso agenti. Per quanto riguarda le organizzazioni interamente possedute dallo Stato³⁰⁰, esse non sono riconosciute come entità separate ai fini del diritto federale qualora siano parti integranti dello Stato stesso.

Il paragrafo 301.7701-1(b)³⁰¹ riveste un'importanza fondamentale ai fini dell'inquadramento fiscale delle organizzazioni, in quanto contiene una norma di coordinamento tra le varie discipline speciali previste dal codice federale. Secondo quanto previsto da tale disposizione, la *Check-the-Box Regulation* trova applicazione qualora non siano applicabili altre specifiche disposizioni, come ad esempio la sezione 860, che riguarda i cd. *REMICs* (*Real Estate Mortgage Investment Conduits*), ovvero per le organizzazioni qualificabili come *trust*.

³⁰⁰ Oltre alle organizzazioni interamente possedute dallo Stato, la medesima disposizione si occupa anche di ulteriori fattispecie residuali. Il paragrafo 301.7701-1(a)(1)(3), recita così: "*Certain local law entities not recognized. An entity formed under local law is not always recognized as a separate entity for federal tax purposes. For example, an organization wholly owned by a State is not recognized as a separate entity for federal tax purposes if it is an integral part of the State. Similarly, tribes incorporated under section 17 of the Indian Reorganization Act of 1934, as amended, 25 U.S.C. 477, or under section 3 of the Oklahoma Indian Welfare Act, as amended, 25 U.S.C. 503, are not recognized as separate entities for federal tax purposes.*" Il successivo punto 4, si occupa, infine, di entità detenute da un unico soggetto, rinviando a tal fine alle disposizioni contenute nei §§ 301.7701-2 and 301.7701-3:

"(4) *Single owner organizations. Under §§ 301.7701-2 and 301.7701-3, certain organizations that have a single owner can choose to be recognized or disregarded as entities separate from their owners*".

³⁰¹ Tale disposizione così recita: "*(b) Classification of organizations. The classification of organizations that are recognized as separate entities is determined under §§ 301.7701-2, 301.7701-3, and 301.7701-4 unless a provision of the Internal Revenue Code (such as section 860A addressing Real Estate Mortgage Investment Conduits (REMICs)) provides for special treatment of that organization. For the classification of organizations as trusts, see § 301.7701-4. That section provides that trusts generally do not have associates or an objective to carry on business for profit. Sections 301.7701-2 and 301.7701-3 provide rules for classifying organizations that are not classified as trusts*".

Con riferimento ai *Cost sharing arrangements*, viene previsto che quelli contenuti nel § 1.482-7 delle *Regulations* non sono riconosciuti come entità separate dai partecipanti. Ai fini dell'individuazione della residenza di un'entità è prevista una specifica disposizione, che tiene conto del luogo di "incorporazione" piuttosto che della sede di direzione effettiva. La *Check-the-Box Regulation*, che, come visto, trova applicazione in assenza di altre specifiche disposizioni, contiene in primo luogo la definizione di *business entities*. Un'entità giuridica che possa essere qualificata come *business entity*, può a sua volta essere qualificata alternativamente come *partnership* o come *corporation* ai fini fiscali, a meno che non sia qualificata obbligatoriamente dalla legge federale come *corporation*.

Il termine *business entity* viene così definito dal § 301.7701-2 delle *Regulations*:

Business entities; definitions. (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)(iv) and (v) of

this section for special employment and excise tax rules that apply to an eligible entity that is otherwise disregarded as an entity separate from its owner”.

Una volta definito il concetto di *business entities*, il codice contiene un elenco di società che devono essere necessariamente trattate come *corporation* ai fini fiscali e che non possono quindi essere qualificate come *partnership*. Si tratta di una serie di entità giuridiche³⁰², tra cui una lista di società estere la cui qualificazione fiscale negli Stati Uniti dipende dalla forma legale che tali soggetti hanno nel proprio Stato di residenza.

3.14.1 Profili procedurali relativi alla Check-the-box Regulation

La procedura per l’attribuzione della qualifica di *partnership* o *corporation* ad un’entità giuridica inizia con la verifica della sua idoneità ad essere qualificata in una delle predette categorie. Secondo quanto previsto dal codice, infatti, il trust ovvero altre categorie di enti (quali ad esempio i *Real Estate Mortgage Investment Conduits*) sono assoggettati ad una disciplina speciale e non rientrano

³⁰² § 301.7701-2(b) “(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 [...]”

pertanto nella *Check-the-Box Regulation*. Il Professor McKee³⁰³ ha schematizzato la procedura da seguire per l'attribuzione della qualifica di *partnership* o *corporation* ad un'entità giuridica, nell'ambito della *Check-the-Box Regulation*, in cinque punti chiave. Secondo l'Autore è necessario approfondire in primo luogo la definizione di “*entity*”, in quanto tale termine serve ad individuare astrattamente sia gli enti classificabili come *partnership* che quelli classificabili come *corporation*.

A tal fine, se da un lato bisogna tenere in considerazione che la soggettività passiva ai fini del diritto tributario non dipende dalle regole in materia di soggettività applicabili nel diritto commerciale di ciascuno Stato³⁰⁴, dall'altro bisogna ricordare che alcune tipologie di enti che secondo il diritto commerciale di ciascuno Stato sono considerate come entità separate dal proprio azionista³⁰⁵, non lo sono da un punto di vista fiscale, a meno che non sia previsto diversamente dalla *Check-the-Box Regulation*³⁰⁶.

In secondo luogo, bisogna tenere presente che nell'ambito del termine *entity* sono compresi sia i *trust* (ed ogni altro tipo speciale di ente soggetto ad uno speciale trattamento dal Codice) che le cd. “*business entities*”. A loro volta, quest'ultima tipologia di enti è suddivisa in due categorie: nella prima vi rientrano gli enti trattati come *corporation per se*, ovvero alcune “*state law corporations*” ed una serie di entità straniere, tra cui la società per azioni italiana.

Nella seconda categoria vi rientrano le cosiddette “*eligible entities*”, ossia quelle società che sono classificabili, a scelta del contribuente, sia come

³⁰³ W. S. MCKEE, W. F. NELSON, R. L. WHITMIRE, *Federal Taxation of Partnerships and Partners*, 4th edition, cit., p. 3-76.

³⁰⁴ Come previsto dal § 301.7701-1(a)(1) delle *Regulations*, “*whether an organization is an entity separate from its owners for federal purposes is a matter of federal tax law and does not depend on whether the organization is recognized as an entity under local law*”.

³⁰⁵ Come ad esempio nel caso delle LLC detenute da un unico soggetto.

³⁰⁶ Cfr. Regulatory § 301.7701-1(a)(4), 301.7701-3(b)(1)(ii).

partnership che come *corporation*. Nel caso in cui il contribuente non effettui tale scelta in sede di dichiarazione, una “*eligible entity*” residente negli Stati Uniti sarà classificata automaticamente come *partnership* qualora abbia almeno due membri, mentre non sarà considerata come un ente separato dal proprio membro, qualora l’ente abbia un solo membro.

Per quanto riguarda le nuove “*eligible entities*” straniere, esse sono generalmente trattate, in assenza di una scelta di segno opposto, come *corporation* se tutti i membri che la compongono sono in regime di responsabilità limitata, mentre vengono trattate come *partnership* qualora siano presenti membri in regime di responsabilità illimitata. Molte “*eligible entities*”, sia straniere che statunitensi, già esistenti alla data di entrata in vigore della *Check-the-Box Regulation* (ossia il 1° gennaio 1997) conservano il diritto a mantenere la classificazione già adottata in precedenza, a meno che non decidano di optare per i nuovi criteri introdotti da tale disciplina³⁰⁷. Infine, ciascuna *eligible entity* può decidere di cambiare la sua classificazione prevista dalla legge, optando per una diversa classificazione. Nell’arco di cinque anni non è possibile modificare autonomamente la scelta adottata, mentre è ammessa la possibilità di richiedere l’autorizzazione ad emendare la scelta già comunicata all’IRS. Quest’ultima potrà concedere l’autorizzazione a riclassificare l’entità estera qualora oltre il 50% della compagine sociale sia diversa rispetto a quella presente all’atto dell’opzione³⁰⁸.

³⁰⁷ Tuttavia, secondo quanto previsto dal paragrafo 301.7701-2(d) delle Regulations, le entità con un singolo membro che avessero optato in precedenza per la qualifica di *partnership* non possono effettuare l’opzione per continuare ad essere qualificate come tali, ma devono applicare la *Check-the-Box Regulation*.

³⁰⁸ Cfr. § 301.7701-3(c)(iv) delle Regulations: “*Limitation. If an eligible entity makes an election under paragraph (c)(1)(i) of this section to change its classification (other than an election made by an existing entity to change its classification as of the effective date of this section), the entity cannot change its classification by election again during the sixty months succeeding the effective date of the election. However, the Commissioner may permit the entity to change its classification*”

I membri di un ente classificato come *corporation* vengono definiti *shareholders*, mentre quelli di un'entità giuridica classificata come *partnership* sono definiti *partner*³⁰⁹. La corretta classificazione di un'entità giuridica come *partnership* piuttosto che come *corporation* ai fini fiscali è fondamentale al fine di evitare alcune negative conseguenze, come ad esempio, la perdita del diritto alla deduzione di una parte dei risultati negativi subiti dalla società nel caso in cui un *partner* venga riqualificato dall'IRS come semplice dipendente ai fini fiscali³¹⁰, oppure, in assenza di cause di giustificazione, l'applicazione di sanzioni per omessa presentazione della dichiarazione annuale dei redditi.

3.15. Le forme giuridiche attraverso cui le società statunitensi possono svolgere la propria attività all'estero

La scelta della forma giuridica attraverso cui svolgere un'attività economica al di fuori degli Stati Uniti ha delle importanti ripercussioni sul *tax rate* complessivo che grava su un gruppo avente la propria sede in tale Paese, nonostante tra gli obiettivi politici che governano la tassazione dei redditi prodotti all'estero vi sia anche quello della neutralità fiscale. Si tratta di un obiettivo controverso, in quanto può essere raggiunto sia attraverso la *Capital Export Neutrality* che attraverso la *Capital Import Neutrality*. Le due posizioni sono ovviamente inconciliabili. Il sistema tributario statunitense è stato modificato in più occasioni per raggiungere l'obiettivo della neutralità fiscale attraverso la *Capital Import Neutrality*.

by election within the sixty months if more than fifty percent of the ownership interests in the entity as of the effective date of the subsequent election are owned by persons that did not own any interests in the entity on the filing date or on the effective date of the entity's prior election. An election by a newly formed eligible entity that is effective on the date of formation is not considered a change for purposes of this paragraph (c)(1)(iv)".

³⁰⁹ Cfr. W. S. MCKEE, W. F. NELSON, R. L. WHITMIRE, *Federal Taxation of Partnerships and Partners*, 4th edition, cit., p. 3-71.

³¹⁰ Si veda, ad esempio, il caso *Estate of R. D. McDaniel*, 20 TCM 1551, 1961.

3.15.1 Stabile organizzazione

L'apertura di una stabile organizzazione in un Paese estero presenta alcuni vantaggi fiscali, tra cui la possibilità di dedurre le perdite subite oltreconfine dal reddito prodotto negli Stati Uniti. Qualora si decidesse di operare per il tramite di una società controllata, infatti, andrebbero esaminate le condizioni di riportabilità delle perdite subite dalla società controllata negli esercizi successivi. Dall'altro lato, qualora la stabile organizzazione estera produca utili, non vi sarà alcuna possibilità di rinviare la tassazione di tali profitti. La possibilità di trasferire alcuni *asset*³¹¹ alla propria stabile organizzazione estera, senza che ciò comporti il versamento dell'imposta sulle plusvalenze relative all'*asset* oggetto di trasferimento è un ulteriore vantaggio legato alla scelta di operare all'estero per il tramite di una stabile organizzazione. Un ulteriore profilo di interesse, che riguarda la tassazione degli utili provenienti da una stabile organizzazione estera, è la cosiddetta *branch profit tax*, un'imposta che colpisce il trasferimento di utili dalla stabile organizzazione verso la casa madre. L'applicazione di tale imposta annulla i vantaggi fiscali derivanti dalla scelta di operare in un Paese attraverso una stabile organizzazione piuttosto che tramite una società controllata. In quest'ultimo caso, infatti, nei trattati stipulati dagli Stati Uniti è generalmente prevista l'applicazione di un'imposta nello Stato della fonte, all'atto del pagamento dei dividendi che può arrivare sino ad un massimo del 25%³¹². Nelle Convenzioni stipulate dagli Stati Uniti con i principali partner commerciali, tale aliquota oscilla invece tra lo 0% ed il 15%.

³¹¹ La disciplina relativa alla tassazione del trasferimento degli *asset* da una società residente negli Stati Uniti verso una propria stabile organizzazione è contenuta nel paragrafo 367 dell'IRC.

³¹² L'applicazione dell'aliquota del 25% è prevista esclusivamente nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dagli Stati Uniti con l'India e le Filippine. In entrambi i casi è tuttavia prevista l'applicazione di un'aliquota inferiore qualora la società madre detenga almeno il 10% delle quote della società che distribuisce i dividendi.

Tabella 1 – Aliquote applicabili ai dividendi in entrata

Stato della fonte	Stato di residenza del socio	Dividendo percepito da società	
		Ritenuta convenzionale	Ritenuta in assenza di Convenzione contro le doppie imposizioni
Canada	Stati Uniti	15/5	25
Cina	Stati Uniti	10	10
Germania	Stati Uniti	0/5/15	25
Giappone	Stati Uniti	0/5/10	15/20
Messico	Stati Uniti	0/5/10	10
Regno Unito	Stati Uniti	5/15	0

Fonte: Elaborazione personale sulla base dei dati presenti nelle banche dati IBFD

Nella nuova Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra gli Stati Uniti e l'Italia è stata introdotta la possibilità di applicare la *branch profit tax*. Tale imposta, non essendo prevista nell'ordinamento italiano, colpisce unicamente le stabili organizzazioni di società italiane situate negli Stati Uniti. Inoltre, come rilevato dalla dottrina³¹³, la Convenzione non contiene alcuna disposizione che limiti l'applicazione di tale imposta agli utili accumulati dalla data di entrata in vigore della Convenzione in poi, ma potrebbe trovare applicazione anche in relazione agli utili accumulati in precedenza.

3.15.2 Foreign Corporation

Il principale vantaggio fiscale relativo alla costituzione di una società controllata estera, in luogo dell'apertura di una stabile organizzazione, è costituito dal fatto che il reddito prodotto dalla società controllata non è tassabile negli Stati Uniti, a meno che esso non venga distribuito sotto forma di dividendo in favore del socio o dei soci statunitensi. Nel corso degli anni sono state inserite una serie di

³¹³ P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie Imposizioni*, VI edizione, IPSOA, 2012, p. 1130.

norme per contrastare l'utilizzo strumentale di tale disposizione di carattere generale, che ha consentito alle imprese statunitensi di beneficiare del *tax deferral sine die*. Nel 1961, il presidente John F. Kennedy, in un suo messaggio³¹⁴ al Congresso rilevava, tra l'altro, che molti investitori statunitensi avevano indebitamente sfruttato le opportunità offerte dalla combinazione tra le norme previste dal diritto tributario domestico e quelle previste da altri Stati al fine di rinviare la tassazione sui redditi prodotti all'estero "sino all'infinito" e che tale comportamento doveva essere contrastato tramite l'approvazione di una serie di norme finalizzate alla totale eliminazione dei vantaggi offerti dal *tax deferral*. La proposta del presidente Kennedy fu ovviamente osteggiata dagli imprenditori statunitensi. Dopo una serie di negoziati politici vennero approvate una serie di norme anti *tax-deferral*, che sono tutt'ora contenute nel "Subpart F" del capitolo N dell'IRC. Si tratta di norme³¹⁵ che contrastano l'utilizzo di entità residenti in paradisi fiscali, ovvero di società estere titolari di "passive income". Come rilevato dalla dottrina, la contemporanea

³¹⁴ Il messaggio inviato dal presidente John F. Kennedy al Congresso il 20 aprile 1961 è tuttora di stretta attualità. Tra le varie questioni affrontate in tale sede, il presidente rilevava che: "[...] *Many American investors properly made use of this deferral in the conduct of their foreign investment. Though changing conditions now make continuance of the privilege undesirable, such change of policy implies no criticism of the investors who so utilize this privilege. The undesirability of continuing deferral is underscored where deferral has served as a shelter for tax escape through the unjustifiable use of tax havens such as Switzerland. Recently more and more enterprises organized abroad by American firms have arranged their corporate structures-aided by artificial arrangements between parent and subsidiary regarding intercompany pricing, the transfer of patent licensing rights, the shifting of management fees, and similar practices which maximize the accumulation of profits in the tax haven-so as to exploit the multiplicity of foreign tax systems and international agreements in order to reduce sharply or eliminate completely their tax liabilities both at home and abroad [...]*".

³¹⁵ Per un approfondimento si veda: M. L. MOORE, E. OUTSLAY, G. A. MCGILL, *U.S. Tax Aspects of Doing Business Abroad, 6th edition*, American Institute of Certified Public Accountant, Inc., New York, 2005, pp. 299-372. Come rilevato dagli Autori, il differimento della tassazione in relazione agli utili realizzati all'estero è stata una scelta di politica economica posta in essere per aiutare le imprese statunitensi ad essere più competitive nei mercati internazionali.

esistenza del cd. regime “*check-the-box*”³¹⁶ ha vanificato in buona parte l’esistenza delle predette norme anti *tax deferral*.

3.15.3 Passive Foreign Investment Company

Una società estera il cui reddito lordo derivi per più del 75% da *passive income*, ovvero una società in cui oltre il 50% degli *asset* produca o sia detenuto per la produzione di *passive income*, è sottoposta alla disciplina delle “*Passive Foreign Investment Company*”, indipendentemente dalla percentuale di partecipazione detenuta in tale entità giuridica da un socio statunitense. La disciplina in commento prevede che il reddito prodotto dall’entità estera che superi le predette soglie quantitative sia imputato pro-quota al socio residente negli Stati Uniti, indipendentemente dalla quota di partecipazione.

3.15.4 Partnership

Il diritto tributario statunitense non distingue generalmente tra le *partnership* residenti negli Stati Uniti e quelle che operano all’estero, qualora i *partner* siano persone fisiche o società fiscalmente residenti negli Stati Uniti. In entrambi i casi, infatti, la tassazione dei redditi prodotti dalla *partnership* avviene direttamente in capo ai soci, essendo tali soggetti considerati come fiscalmente trasparenti³¹⁷.

³¹⁶ Cfr. M. L. MOORE, E. OUTSLAY, G. A. MCGILL, *U.S. Tax Aspects of Doing Business Abroad*, 6th edition, cit., p. 305. Secondo gli Autori, infatti: “*The check-the-box regulations have become a vital part of international tax planning. In particular, the use of a hybrid entity (that is, an entity treated as a corporation in the host jurisdiction and a flow-through entity for U.S. tax purpose) can be a tax-efficient means to avoid the subpart F rules, manage foreign tax credits, provide for the free mobility of cash internationally (financial arrangements), use tax losses in more than one jurisdiction, and serve as an investment or purchasing vehicle*”.

³¹⁷ I vantaggi e gli svantaggi fiscali per un’impresa che decida di operare all’estero utilizzando la forma giuridica della *partnership* sono simili a quelli che possono emergere nel caso in cui l’im-

Nel 1997 è stata introdotta una norma che nega i benefici del trattato per i proventi provenienti da un'entità ibrida (come ad esempio un ente che viene considerato trasparente secondo il diritto statunitense e come opaco dal diritto tributario dell'altro Stato contraente)³¹⁸ qualora: a) il provento non sia tassato dalla giurisdizione di residenza dell'ente; b) la giurisdizione di residenza non tassi il provento una volta che questo venga distribuito ai soci; c) il trattato in vigore con l'altro Stato contraente non contenga alcuna disposizione in merito ai proventi provenienti da *partnership*.

Il trattamento fiscale delle *partnership* non residenti è diverso rispetto a quello riservato alle *corporation* non residenti. Mentre il socio di una *partnership* residente negli Stati Uniti è tassato per trasparenza, tale regola non vale per il socio statunitense di una *corporation* estera, a meno che questa società non sia una *Controlled Foreign Corporation* (CFC), una *Foreign Personal Holding Company* (FPHC), ovvero una *passive Foreign Investment Company* (PFIC). Per queste ultime entità si applicano delle speciali norme anti-abuso che hanno l'obiettivo di contrastare il *tax deferral* ed altre tecniche che vengono messe in atto per ottenere altre tipologie di vantaggi fiscali. A livello domestico sono presenti una serie di norme che limitano la deduzione di perdite che la *partnership* può imputare ai propri soci. Un socio residente può dedurre le perdite provenienti da una *corporation* residente solo se detiene una partecipazione almeno pari all'80%. Nel caso in cui la partecipazione sia detenuta in una *corporation* non residente non è ammessa la possibilità di optare per il consolidato fiscale.

presa operi tramite una branch. In tal senso di veda: M. L. MOORE, E. OUTSLAY, G. A. MCGILL, *U.S. Tax Aspects of Doing Business Abroad*, 6th edition, cit., p. 15.

³¹⁸ § 894(c)(1) dell'IRC.

Ciascun soggetto residente negli Stati Uniti ha diritto a scomputare, nei limiti previsti dal § 904 dell'IRC, un credito per le imposte pagate all'estero dalla *partnership* non residente negli Stati Uniti di cui è socio. Tale credito è proporzionale alla percentuale di partecipazione detenuta nella *partnership*. Un socio residente negli Stati Uniti che possiede una partecipazione in una *corporation* non residente ha diritto allo scomputo del credito per le imposte pagate all'estero da quest'ultima se possiede almeno il 10% dei diritti di voto della società estera e se sono rispettati gli ulteriori requisiti previsti dal § 902 dell'IRS.

3.15.5 Domestic Subsidiary

La creazione di una società residente negli Stati Uniti che si occupi esclusivamente dello sviluppo di business all'estero può presentare dei vantaggi sia da un punto di vista civilistico che fiscale³¹⁹. Da un punto di vista civilistico, attraverso la costituzione di una nuova società, interamente controllata, si potrà beneficiare della responsabilità limitata in relazione alle obbligazioni assunte da quest'ultima.

Da un punto di vista fiscale, potrebbe rappresentare un vantaggio la possibilità di includere i risultati economici della società controllata nel consolidato fiscale della società madre, soprattutto quando la *domestic subsidiary* abbia subito delle perdite fiscali o abbia crediti per imposte estere da scomputare.

³¹⁹ Cfr. M. L. MOORE, E. OUTSLAY, G. A. MCGILL, *U.S. Tax Aspects of Doing Business Abroad*, 6th edition, cit., p. 15.

3.15.6 Domestic International Sales Corporation (DISC)

Una particolare forma di società che viene utilizzata per esportare prodotti fabbricati negli Stati Uniti è la *Domestic International Sales Corporation*. Uno dei principali vantaggi fiscali che deriva dall'utilizzo di tale forma giuridica è la possibilità di tassare il reddito prodotto da tale società esclusivamente al momento della distribuzione degli utili. Il vantaggio derivante dalla possibilità di usufruire del *tax deferral* è comunque compensato in parte dall'obbligo, fissato dal paragrafo 995 dell'IRC, di versare all'Erario gli interessi in relazione alle imposte non versate per ciascun anno. La disciplina fiscale di tali società, contenuta nei paragrafi 991 e seguenti dell'*U.S. Tax Code*, è stata oggetto di modifiche nel 1984 in quanto la misura *de qua* era stata considerata dal WTO, in un primo momento, come una forma di sussidio all'esportazione non conforme agli accordi internazionali in materia³²⁰. A partire dal 1984 è stata introdotta una nuova tipologia di società per favorire le esportazioni, denominata *Foreign Sales Corporation (FSC)*³²¹. Anche il regime FSC è stato oggetto di contenzioso³²² dinanzi al WTO in quanto il vantaggio fiscale concesso a tale tipologia di società in materia di imposte diret-

³²⁰ Cfr. Report of the Panel presented to the Council of Representatives on 12 November 1976 (L/4422 - 23S/98). Al paragrafo 77 di tale report viene rilevato che: “*The Panel considered that, as it had found the DISC legislation to constitute an export subsidy which had lead to an increase in exports, it was also covered by the notification obligation contained in Article XVI:1*”. Il documento è disponibile al seguente link:

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/73disceec.pdf.

³²¹ Per un approfondimento si veda: C. MICHEAU, *WTO Law and Tax Subsidies: Towards Establishing Jurisprudential Standards*, in *Bulletin for International Taxation* vol. 61, n. 12/2007, pp. 551-552.

³²² Cfr. Report, United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”, WT/DS108/AB/RW2 del 13 febbraio 2006. Nelle conclusioni del report viene rilevato che: “[...] *100.b upholds the Panel's finding and conclusion, in paragraphs 7.65 and 8.1 of the Panel Report, that "to the extent that the United States, by enacting Section 101 of the American Jobs Creation Act of 2004, maintains prohibited FSC and ETI subsidies through [the] transitional and grandfathering measures, it continues to fail to implement fully the operative DSB recommendations and rulings to withdraw the prohibited subsidies and to bring its measures into conformity with its obligations under the relevant covered agreements*”. Il documento è disponibile al seguente link:

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/108abr2_e.pdf.

te è stato considerato come un sussidio vietato ai sensi degli accordi WTO in materia di “*Subsidies and Countervailing Measures*”.

3.16 La politica degli Stati Uniti in materia di Convenzioni contro le doppie imposizioni

Gli Stati Uniti hanno adottato nel 2006 il nuovo modello di Convenzione contro le doppie imposizioni, sostituendo il modello del 1996. Una delle principali differenze rispetto al modello di Convenzione OCSE è costituita dal fatto che l'applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni redatte secondo il modello US non può “limitare in alcun modo i benefici previsti dalle leggi domestiche degli Stati contraenti in vigore alla data di stipula della Convenzione, ovvero in un'epoca successiva”. Come rilevato dalla dottrina³²³, secondo il diritto statunitense i trattati non possono mai incrementare la tassazione mentre possono ridurre le imposte che troverebbero applicazione in assenza del trattato. Una delle ragioni che giustifica tale considerazione è costituita dal fatto che le norme che impongono nuovi tributi negli Stati Uniti sono approvate dal Congresso, mentre i trattati contro le doppie imposizioni sono ratificati unicamente dal Senato. Un incremento di tassazione tramite un trattato sarebbe incostituzionale in quanto verrebbe a mancare la ratifica dell'altro ramo del Congresso, ovvero dell'*House of Representatives*.

Al termine del primo articolo delle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dagli Stati Uniti è spesso contenuta una clausola generale di salvaguardia che esclude la possibilità che un trattato possa modificare le modalità di

³²³ Cfr. R.S. AVI-YONAH, *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*, in Cambridge Tax Law Series, Cambridge Univ. Press, 2007, p. 182.

tassazione applicabili ai residenti di uno Stato contraente³²⁴. Si tratta di una norma molto importante, in quanto, ad esempio, consente di sottoporre a tassazione negli Stati Uniti, con tutti i limiti previsti dalle norme interne, anche i redditi prodotti dai cittadini statunitensi fiscalmente residenti all'estero ma ancora “*liable to tax*” negli Stati Uniti in forza della loro cittadinanza³²⁵. A tal proposito, gli Stati Uniti sono l'unico Paese che adotta il criterio della cittadinanza per individuare i soggetti passivi dell'imposta federale sui redditi. Tale circostanza ha l'effetto di depotenziare notevolmente le norme che ripartiscono la potestà impositiva su un determinato reddito.

Nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni dove è prevista la clausola di salvaguardia oggetto di analisi in precedenza, una persona fisica che sia considerata residente nell'altro Stato contraente in base al trattato, può essere tassata anche negli Stati Uniti (qualora sia cittadino statunitense), fatto salvo il diritto allo scomputo delle imposte pagate nello Stato di residenza. La perdita della cittadinanza statunitense, in alcuni casi, potrebbe essere non sufficiente a far venir meno gli obblighi tributari negli Stati Uniti. Qualora tale evento sia dettato esclusivamente da ragioni di tipo fiscale, l'atto con il quale il cittadino rinuncia alla propria cittadinanza statunitense potrebbe essere non opponibile all'IRS. Come osservato

³²⁴ Nella Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore tra gli Stati Uniti ed il Belgio, stipulata a Washington, DC, il 17 novembre 2006, l'articolo 1, paragrafo 4 prevede che: “*Except to the extent provided in paragraph 5, this Convention shall not affect the taxation by a Contracting State of its residents (as determined under Article 4 (Res dent)) and its citizens. [...]*”.

³²⁵ A titolo di esempio, l'articolo 1, paragrafo 2, della Convenzione contro le doppie imposizioni attualmente in vigore tra gli Stati Uniti e l'Italia prevede che: “*Nonostante le disposizioni della presente Convenzione, ad eccezione del paragrafo 3 di questo articolo, uno Stato contraente può assoggettare ad imposizione:*

(a) *i propri residenti (definiti ai sensi dell'articolo 4 (Residenti)); e*
(b) *i propri cittadini a motivo della cittadinanza, come se tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo degli Stati Uniti d'America non esistesse alcuna Convenzione per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le frodi o le evasioni fiscali*”.

dalla dottrina³²⁶, infatti, “*treaties are not designed to protect Americans from American tax*”. In alcune convenzioni, invece, come quella stipulata con il Belgio³²⁷, viene espressamente previsto che per un periodo di dieci anni dalla perdita della cittadinanza tale evento potrebbe essere considerato *tamquam non esset*.

Tra le imposte coperte dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni non rientrano quelle di competenza dei singoli Stati.

Per quanto riguarda la residenza delle società, generalmente viene previsto che prevalga il criterio del luogo di “incorporazione”, anche se in molti trattati viene previsto che le situazioni di doppia residenza debbano essere risolte di comune accordo tra gli Stati contraenti. Le disposizioni in materia di stabile organizzazione non sono molto differenti rispetto a quelle previste nel modello OCSE.

La tassazione dei cd. “*passive income*”, regolamentata dagli articoli 10, 11 e 12 delle Convenzioni, prevede generalmente un tasso nullo sugli interessi, le *royalties* ed i *capital gain*. Sui dividendi, invece, a parte rare eccezioni³²⁸, trova generalmente applicazione una ritenuta del 5%³²⁹ o del 15%³³⁰.

Le clausole anti-abuso, definite “*Limitation on benefits clause*”, sono una peculiarità presente in molti trattati stipulati dagli Stati Uniti. L’obiettivo di tali clausole, ossia quello di limitare il fenomeno del *treaty shopping*, può in alcuni

³²⁶ Cfr. R.S. AVI-YONAH, *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*, cit., p. 171.

³²⁷ Cfr. articolo 1, paragrafo 4 della Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore tra gli Stati Uniti ed il Belgio: “*Notwithstanding the other provisions of this Convention, a former citizen or former long-term resident of a Contracting State may, for the period of ten years following the loss of such status, be taxed in accordance with the laws of that Contracting State*”.

³²⁸ Nella Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore tra gli Stati Uniti ed il Regno Unito, stipulata nel 2001, è previsto, ad esempio, che i dividendi erogati in favore di soci non residenti che detengano da almeno dodici mesi l'80% del capitale sociale della società che distribuisce il dividendo siano esenti da ritenuta alla fonte.

³²⁹ Qualora, ad esempio, la società “madre” detenga una certa quota del capitale della società che eroga il dividendo.

³³⁰ La ritenuta del 15% viene applicata nel caso dei cd. “*portfolio dividends*”.

casi risultare in contrasto con il diritto dell'Unione Europea. Come rilevato dalla dottrina³³¹, le numerose limitazioni contenute nelle cd. *LOB clause* potrebbero essere contrarie alle disposizioni contenute negli articoli 10, 12, 49, 54, 55, 63 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Inoltre, la stipulazione di una Convenzione contro le doppie imposizioni contenente tali clausole, come nel caso del Trattato contro le doppie imposizioni stipulato tra il Regno Unito e gli Stati Uniti potrebbe essere in contrasto con l'articolo 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, che recita: “Il fatto che il consenso di uno Stato a vincolarsi a un trattato sia stato espresso in violazione di una disposizione del suo diritto interno riguardante la competenza a concludere trattati non può essere invocato dallo Stato in questione come viziante il suo consenso, a meno che questa violazione non sia stata manifesta e non riguardi una norma del suo diritto interno di importanza fondamentale”. Le disposizioni domestiche violate, secondo la medesima dottrina, sarebbero i diritti fondamentali garantiti dall'Unione Europea (come ad esempio la libertà di stabilimento e/o quella relativa alla circolazione dei capitali).

A tal proposito, tuttavia, occorre osservare che, siccome il comma 2 del predetto articolo 46 prevede che: “Una violazione è manifesta se essa è obiettivamente evidente per qualsiasi Stato che si comporti in materia secondo la pratica abituale e in buona fede”, a parere di chi scrive risulterebbe in ogni caso arduo dimostrare la mala fede di uno Stato in sede di stipula di una Convenzione internazionale.

³³¹ Cfr. A. CRAIG, *Open your eyes: what the "open skies" cases could mean for the US tax treaties with the EU member states*, in Bulletin, 2003, IBFD, Amsterdam, p. 63.

L'articolo 24 dei trattati contro le doppie imposizioni stipulati dagli Stati Uniti contiene le disposizioni in materia di non discriminazione, sulla scorta di quanto avviene nel rispettivo articolo 24 del modello OCSE.

Con riferimento, infine, allo scambio di informazioni, l'articolo 26, paragrafo 5 del modello di Convenzione USA del 2006 prevede che: *“In no case shall the provisions of paragraph 3 be construed to permit a Contracting State to decline to supply information requested by the other Contracting State because the information is held by a bank, other financial institution, nominee or person acting in an agency or a fiduciary capacity or because it relates to ownership interests in a person”*. Si tratta di una disposizione che rende inopponibile il segreto bancario previsto nell'ordinamento interno di uno Stato nell'ambito della procedura di scambio di informazioni. L'introduzione dello scambio automatico di informazioni attraverso il modello FATCA, infine, oltre a stimolare un acceso dibattito³³² in merito ai costi/opportunità derivanti dall'implementazione di tale standard, viaggerà in parallelo con i nuovi strumenti multilaterali recentemente varati in sede OCSE ed UE.

³³² Cfr. N. GANDAL, *Why Does Uncle Sam Hate American Expats?*, in *The Wall Street Journal*, December 17, 2014, p. 16. Secondo l'Autore, che cita a sua volta le stime riportate in *Dropping the bomb*, *The Economist*, June 28, 2014, le entrate attese dall'implementazione della procedura FATCA, pari a circa 8,5 miliardi nell'arco di dieci anni, sarebbero inferiori rispetto ai costi di compliance gravanti complessivamente sulle istituzioni finanziarie non residenti negli Stati Uniti. A tal proposito l'Autore ritiene che sia necessario riequilibrare il rapporto tra i costi di compliance, rispetto alle entrate attese, al fine di limitare il fenomeno dei cittadini americani che rinunciano alla propria cittadinanza per evitare di essere ancora sottoposti ad imposizione negli Stati Uniti nonostante siano residenti all'estero.

3.17 Il trattamento fiscale delle partnership nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni

Le disposizioni in materia di tassazione delle partnership, contenute nei trattati contro le doppie imposizioni, prevalgono spesso sulle norme previste dall'ordinamento statunitense. Gli enti commerciali esteri che non sono compresi nella lista contenuta nella sezione 301.7701-2 delle *Treasury Regulation*, possono essere qualificati, secondo il diritto tributario statunitense, sia come *corporation* che come *partnership*. Il contribuente può effettuare tale scelta compilando il modello 8832.

Non è tuttavia possibile attribuire la qualifica di *partnership*, ai fini fiscali, ad enti che abbiano meno di due soci³³³. Un'entità giuridica composta da un solo membro può essere classificata ai fini fiscali, sempre a scelta del contribuente, come *corporation* oppure come *disregarded entity*. Per quanto riguarda le società italiane, l'unica forma giuridica contenuta nella predetta sezione delle *Treasury Regulation* è la società per azioni. Ne consegue che tale forma societaria viene classificata obbligatoriamente come *corporation* ai fini fiscali negli Stati Uniti, mentre per le altre tipologie di società costituite nell'ordinamento italiano, che abbiano almeno due soci, è possibile optare sia per la qualificazione come *partnership* che come *corporation*. La qualificazione fiscale di una società a responsabilità limitata unipersonale costituita in Italia, che intenda operare direttamente negli Stati Uniti, può quindi essere qualificata sia come succursale che come *branch* del socio in base alle concrete modalità di svolgimento dell'attività in tale territorio.

³³³ Treas. Reg. Section 301.7701-3(a).

Qualora non venisse effettuata alcuna scelta nel predetto modello 8832, per gli enti non residenti si applicano le seguenti regole (cd. *default rules*): la qualificazione come *partnership* è prevista per gli enti che abbiano almeno due soci, di cui uno illimitatamente responsabile³³⁴ per le obbligazioni dell'ente. La qualificazione come *corporation* è prevista nel caso in cui tutti i soci beneficino della responsabilità limitata³³⁵. Per quanto riguarda gli enti con un unico socio, la qualificazione ai fini fiscali dipende dal regime di responsabilità del socio: nel caso in cui questo goda del regime della responsabilità limitata per le obbligazioni sociali, l'ente sarà trattato come *corporation*. Nel caso contrario, ossia nell'ipotesi di responsabilità illimitata, l'ente sarà trattato come *disregarded entity*³³⁶.

Nel caso in cui un soggetto estero voglia costituire una *joint venture* negli Stati Uniti, come rilevato dalla dottrina³³⁷, è consigliabile costituire tale soggetto giuridico per il tramite di una *corporation* residente negli Stati Uniti, al fine di evitare l'applicazione della *partnership attribution rule*. In tal caso, infatti, l'esistenza della *corporation* controllata dal soggetto estero, che a sua volta partecipa alla *joint venture*, evita l'applicazione della *partnership attribution rule* nei confronti del soggetto non residente.

³³⁴ Cfr. § 301.7701-3(b)(2)(i)(A) delle *Regulations*.

³³⁵ Cfr. § 301.7701-3(b)(2)(i)(B) delle *Regulations*.

³³⁶ Cfr. § 301.7701-3(b)(2)(i)(C) delle *Regulations*.

³³⁷ Cfr. A.B. Willis, J.S. Pennell, P.F. Postlewaite, *Partnership Taxation*, 6th edition, 2006.

CAPITOLO QUARTO

SISTEMA DI TASSAZIONE DEGLI UTILI SOCIETARI NEI GRUPPI DI SOCIETÀ NEL DIRITTO ITALIANO E STATUNITENSE: ANALISI COMPARATA

SOMMARIO: 4.1 Analisi comparata delle aliquote sui redditi societari applicabili nei Paesi OCSE; 4.2 La struttura dell'imposta sul reddito delle società nel sistema italiano e statunitense; 4.3 La residenza fiscale delle società: aspetti comparati; 4.4 Sistema di tassazione delle transazioni infragruppo nel diritto italiano e statunitense; 4.5 La nozione di dividendo nel diritto tributario italiano e statunitense; 4.6 Sistema di tassazione ordinario degli utili societari nei gruppi di società nel diritto italiano e statunitense; 4.7 Il rapporto tra la soggettività passiva e tassazione degli utili societari nel diritto tributario italiano e statunitense; 4.8 La tassazione degli utili societari nell'ambito del regime di trasparenza fiscale in Italia e negli Stati Uniti; 4.9 La tassazione degli utili societari nell'ambito del consolidato nel diritto tributario italiano e statunitense; 4.10 La Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Stati Uniti; 4.10.1. I conflitti di qualificazione derivanti dall'applicazione della Convenzione attualmente in vigore; 4.10.2 La tassazione dei dividendi nell'ambito della Convenzione; 4.11. Conclusioni.

4.1 Analisi comparata delle aliquote sui redditi societari applicabili nei Paesi OCSE

Da un'analisi delle aliquote nominali applicabili al reddito prodotto dalle società residenti nei vari Stati OCSE risulta evidente che gli Stati Uniti sono il Paese che prevede l'imposizione più elevata in assoluto con riferimento a tale categoria di reddito. L'effetto combinato della *federal income tax* e delle imposte ap-

plicate dai vari Stati genera un'imposizione del 39,1% sui redditi prodotti dalle società residenti negli Stati Uniti:

Tabella 2. Imposta sul reddito delle società negli Stati aderenti all'OCSE

Stato	Anno 2014 Imposta federale (o- ve prevista)	Anno 2014 Aliquota complessi- va (Federale + singoli Stati)
Australia	30,0	30,0
Austria	25,0	25,0
Belgium	33,9	34,0
Canada	15,0	26,3
Chile	20,0	20,0
Czech Republic	19,0	19,0
Denmark	24,5	24,5
Estonia	21,0	21,0
Finland	20,0	20,0
France	34,4	34,4
Germany	15,8	30,2
Greece	26,0	26,0
Hungary	19,0	19,0
Iceland	20,0	20,0
Ireland	12,5	12,5
Israel	26,5	26,5
Italy	27,5 + Irap	27,5 + Irap
Japan	28,1	37,0
Korea	22,0	24,2
Luxembourg	22,5	29,2
Mexico	30,0	30,0
Netherlands	25,0	25,0
New Zealand	28,0	28,0
Norway	27,0	27,0
Poland	19,0	19,0
Portugal	30,0	31,5
Slovak Republic	22,0	22,0
Slovenia	17,0	17,0

Spain	30,0	30,0
Sweden	22,0	22,0
Switzerland	8,5	21,1
Turkey	20,0	20,0
United Kingdom	21,0	21,0
United States	35,0	39,1

Fonte: Dati OECD Database.

Come è stato rilevato dall'OCSE nell'ambito del progetto BEPS³³⁸, analizzando il livello effettivo di tassazione gravante sulle multinazionali statunitensi a livello globale i risultati numerici a cui si arriva sono diametralmente opposti.

4.2 La struttura dell'imposta sul reddito delle società nel sistema italiano e statunitense

Analizzando la struttura dell'imposta sul reddito delle società in Italia e negli Stati Uniti, la prima differenza che emerge è costituita dal fatto che mentre l'Italia ha adottato un sistema di tassazione su base reale e proporzionale, negli Stati Uniti il sistema di tassazione in vigore ha carattere reale e progressivo. Come visto nel capitolo precedente, l'aliquota nominale massima applicabile ai redditi prodotti dalle società residenti negli Stati Uniti può superare il 39%, in quanto, oltre all'imposta federale sui redditi, nel sistema statunitense è dovuta anche un'imposta statale, che oltre alla cd. *surtax* federale, costituisce una sorta di imposta addizionale rispetto alla *corporate income tax* ordinaria dovuta a livello federale.

³³⁸ Cfr. OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p. 61-71. Il suddetto rapporto fa riferimento ad una serie di studi effettuati con riferimento al calcolo dell'effettivo "global tax rate" gravante sul reddito prodotto su scala mondiale dalle società multinazionali, tra cui quelle aventi la sede principale negli Stati Uniti. Da tali studi risulta che l'effettiva imposizione sui redditi globalmente prodotti dalle multinazionali statunitensi è sensibilmente inferiore rispetto all'aliquota nominale applicabile negli Stati Uniti.

In Italia l'aliquota nominale applicabile sui redditi societari è generalmente più bassa rispetto a quella statunitense in quanto l'Ires colpisce i redditi prodotti dalle società nella misura fissa del 27,5%. Tuttavia, considerato il carattere progressivo dell'imposta sul reddito delle società nel sistema statunitense, una società residente negli Stati Uniti che produca un reddito inferiore a \$ 50.000 scontrerà un'imposizione minore rispetto ad una società residente in Italia che produca lo stesso reddito, in quanto, nel primo caso, l'imposta federale sul reddito delle società applicabile sarà pari al 15%³³⁹, mentre in Italia l'imposta sul reddito delle società applicabile sarà pari al 27,5%.

Qualora si voglia analizzare il “*tax rate*” complessivo gravante sull'utile civilistico prodotto da una società residente in Italia, piuttosto che fare riferimento all'impatto delle imposte sul reddito dovute sul reddito d'impresa calcolato in base alle norme tributarie, occorre calcolare l'impatto complessivo di Ires ed Irap sull'utile civilistico prodotto da una società.

Considerato che i fattori produttivi non deducibili ai fini Irap sono il lavoro ed il capitale, è evidente che quanto più l'impresa sarà indebitata e *labour intensive*, tanto più il carico fiscale complessivo gravante sull'utile civilistico sarà elevato. Non è raro, infatti, che l'Irap trovi applicazione anche nei confronti di società in perdita civilistica e fiscale, in quanto il presupposto d'imposta ai fini Irap, essendo collegato al risultato della gestione caratteristica³⁴⁰ può sussistere anche in assenza di un utile civilistico, ovvero di un reddito imponibile ai fini Ires.

³³⁹ A tale importo deve essere aggiunta l'imposta statale, che difficilmente supera il 10%.

³⁴⁰ Tra i costi iscritti nella lettera B del conto economico, ai fini Irap non sono deducibili: le spese del personale (fatte salve alcune specifiche agevolazioni previste dalla legge), i compensi per il lavoro autonomo, le perdite sui crediti, le svalutazioni delle immobilizzazioni, la quota interessi dei canoni di locazione finanziaria.

Tale difficoltà rende quindi il sistema fiscale italiano difficilmente comparabile in termini di carico fiscale complessivamente gravante sulle società³⁴¹. Per quanto riguarda il sistema di tassazione dei redditi societari, la riforma del 2003 ha avvicinato il sistema tributario italiano non solo a quelli europei ma anche a quello statunitense, in quanto in tale occasione il gruppo di società, forse per la prima volta, è stato trattato dal legislatore non in chiave antielusiva ma come un lecito strumento di pianificazione dell'attività d'impresa nazionale ed estera³⁴².

Gli istituti del consolidato fiscale e della trasparenza fiscale per le società di capitali, entrati in vigore in Italia solo a partire dal 2004, sono due regimi di tassazione che negli Stati Uniti esistono già dallo scorso secolo. Come visto nel precedente capitolo, già nel 1954 il Senato americano aveva proposto l'introduzione del regime di tassazione per trasparenza per le società di capitali, cd. "*S Corporation*", al fine di garantire la neutralità della variabile fiscale nell'ambito della scelta della forma giuridica più adeguata per lo svolgimento di un'attività d'impresa. Come si vedrà più avanti, il medesimo principio ha ispirato l'inserimento della nuova Imposta sul Reddito Imprenditoriale³⁴³ tra le principali novità contenute nella legge delega n. 23 del 2014, avente ad oggetto la riforma del sistema tributario italiano.

³⁴¹ Cfr. in tal senso G. MELIS, R. TISCINI, *La tassazione del reddito di impresa: problemi attuali e prospettive di riforma in chiave comparatistica*, cit.. A tal proposito gli Autori osservano che: "La trasparenza fa riferimento alla immediata comprensibilità del carico fiscale indotto dalle scelte di localizzazione delle attività produttive. Quanto più la base imponibile è vicina al risultato economico determinato secondo corretti principi contabili, tanto più il "Tax rate" effettivo è vicino al "Tax rate" nominale, e quindi di facile comprensibilità e prevedibilità per gli operatori. Al contrario, quando vi sono numerosi e forti disallineamenti tra base imponibile fiscale e risultato economico d'impresa, la percezione del carico fiscale effettivo diviene più complessa ed il sistema impositivo diviene meno trasparente. È il caso, anche qui, dell'alta incidenza della fiscalità in Italia rispetto al risultato ante-imposte a causa dell'IRAP, che colpisce un'amplissima parte del valore aggiunto, anche in assenza di profitti, ed è di assai difficile comprensione per le multinazionali che stabiliscono le loro attività produttive in Italia".

³⁴² Cfr. M. GREGGI, *La fiscalità dei gruppi di società: profili tributari italiani e comparati*, in *Rass. Trib.*, 2002.

³⁴³ Cfr. articolo 11 della legge n. 23 del 2014.

4.3 La residenza fiscale delle società: aspetti comparati

La corretta individuazione della residenza fiscale di una società assume un ruolo centrale per quanto riguarda la determinazione dell'*an* e del *quantum debeat* da sottoporre ad imposizione nello Stato di residenza, in quanto entrambi gli ordinamenti esaminati adottano un criterio di tassazione su base mondiale.

Un'importante differenza tra i due ordinamenti emerge confrontando i criteri utilizzati per la risoluzione dei casi di doppia residenza delle società nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni. L'Italia, che nella quasi totalità dei casi utilizza il modello OCSE, a tal fine prende in considerazione il luogo della sede della direzione effettiva, mentre gli Stati Uniti, che adottano generalmente un proprio modello di Convenzione (cd. *US Model*), utilizzano come criterio dirimente quello del "*place of incorporation*".

L'articolo 4, comma 1 del nuovo modello di Convenzione adottato dagli Stati Uniti, c.d. *U.S. Model* del 2006, affianca il "*place of incorporation*" ai tradizionali criteri di individuazione della sede di una società basati sulla residenza e sulla sede della direzione effettiva. La *tie-breaker rule* standard contenuta in tale modello di Convenzione prevede che nei casi di doppia residenza prevalga il luogo di "*incorporation*". Si tratta di una soluzione totalmente opposta rispetto a quella comunemente utilizzata nel modello OCSE, che fa invece riferimento alla sede di direzione effettiva (cd. *place of effective management*).

La peculiarità della soluzione adottata dagli Stati Uniti potrebbe non essere sempre adeguata a risolvere i casi di doppia residenza, poiché ad esempio, potrebbe essere necessario il comune accordo tra le Autorità fiscali dei due Stati Contra-

enti per risolvere quei casi di doppia residenza in cui una società costituita secondo le leggi di uno Stato contraente e successivamente migrata in un altro Stato, fosse ancora considerata come “incorporata” e quindi residente dallo Stato di costituzione. Qualora le predette Autorità non raggiungano un accordo, secondo quanto previsto dalle “*U.S. Model Technical Explanation*”, p. 14, la società dovrebbe essere considerata come non residente ai fini del trattato in entrambi gli Stati.

Inoltre, l'ultima parte dell'articolo 4 dei modelli di Convenzione U.S. ed OCSE esclude dalla definizione di residente le persone che siano tassate esclusivamente su base territoriale in uno dei due stati. A differenza di quanto previsto nel modello OCSE, il modello USA esclude dalla definizione di residenti anche le persone che sono tassabili in uno Stato solo con riferimento ai profitti attribuibili ad una stabile organizzazione. Le stabili organizzazioni di soggetti esteri situate nel territorio degli Stati Uniti non possono essere considerate ai fini convenzionali come residenti nel territorio degli Stati Uniti in quanto esse sono tassate esclusivamente su base territoriale e non in base al principio *worldwide*³⁴⁴.

Tale differenza, che rappresenta una peculiarità del sistema tributario statunitense rispetto ai criteri generalmente accettati negli altri Stati, tra cui l'Italia, offre numerose opportunità ai gruppi statunitensi che intendano sfruttare tale asimmetria per localizzare utili in Paesi a bassa fiscalità, ovvero per dare luogo a veri e propri fenomeni di “apolidia fiscale delle società” attraverso la costituzione di società controllate in Paesi che non considerano il “*place of incorporation*” come criterio per l'individuazione della residenza fiscale delle società.

³⁴⁴ Cfr. M. WIDRIG, *The Expression "by Reason of His Domicile, Residence, Place of Management..." as Applied to Companies*, in AA. VV., (G. MAISTO ed.), *Residence of Companies Under Tax Treaties and EC Law*, 2009, IBFD, Amsterdam, pp. 282-284.

Significativo a tal proposito è il fenomeno del *double Irish*, nell'ambito del quale la tassazione degli utili prodotti da una società estera residente in Irlanda, appartenente ad un gruppo statunitense, veniva sostanzialmente azzerata attraverso il seguente schema:

a) la società madre residente negli Stati Uniti costituiva una società controllata in Irlanda, che svolgeva l'attività di commercializzazione dei prodotti del gruppo, la cui sede di direzione effettiva veniva localizzata negli Stati Uniti;

b) la società madre statunitense costituiva un'ulteriore società in Irlanda, controllata però da una società localizzata in un paradiso fiscale, che addebitava alla prima le *royalties* derivanti dallo svolgimento dell'attività commerciale; la sede di direzione effettiva di tale società veniva localizzata in un paradiso fiscale.

Il fatto che entrambe le società avessero la sede di direzione effettiva in uno Stato diverso dall'Irlanda consentiva, secondo l'ordinamento interno di tale Stato, di considerarle come non residenti ai fini fiscali in Irlanda. Allo stesso modo, tali società non sono considerate residenti dall'ordinamento statunitense, nell'ambito del quale non assume rilevanza la sede di direzione effettiva.

Attraverso la strumentalizzazione³⁴⁵ della “*Check-the-box rule*”, attuata considerando le società controllate nei paradisi fiscali come entità separate dalla casa madre, anche le *royalties* percepite dalla seconda società residente in Irlanda

³⁴⁵ Cfr. Memorandum elaborato il 21 maggio 2013 dal *Permanent Subcommittee on Investigations* statunitense, dal titolo: *Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code - Part 2 (Apple Inc.)*, p. 36. Da tale documento risulta che “*However, once again, under check-the-box rules, if a U.S. multinational elects to have lower-tier subsidiaries “disregarded” – i.e., no longer considered as separate entities – and instead treated as part of an upper-tier subsidiary for tax purposes, any passive income paid by the lower-tier subsidiary to the higher tier parent would essentially disappear. Because those dividends, royalties and fee payments would be treated as occurring within a single entity, the IRS would not treat them as payments between two legally separate entities or as taxable income under Subpart F*”.

non venivano tassate negli Stati Uniti, azzerando così di fatto il carico fiscale gravante sul gruppo.

Dall'analisi comparata effettuata risulta evidente che le norme previste negli Stati Uniti per la determinazione della residenza fiscale delle società siano poco efficaci per contrastare la fittizia localizzazione all'estero di società gestite da soggetti residenti negli Stati Uniti.

Al contrario, l'ordinamento italiano è invece uno di quegli ordinamenti dove i criteri di collegamento territoriali e le presunzioni di “esterovestizione”³⁴⁶ rendono più difficile il verificarsi di tali comportamenti evasivi, tanto da essere preso come modello di riferimento dalla dottrina statunitense che ha auspicato una modifica delle norme in materia di residenza fiscale vigenti negli Stati Uniti³⁴⁷.

Come rilevato dalla dottrina³⁴⁸, il fatto che l'ordinamento statunitense ammetta la possibilità di considerare come “*foreign corporation*” una società priva di sostanza economica, avente solo la sede legale in Irlanda ma di fatto gestita dagli Stati Uniti (e di proprietà di soggetti statunitensi), rappresenta una lacuna talmente grave del sistema tributario statunitense da minare alle fondamenta la sua caratteristica di sistema di tassazione su base mondiale³⁴⁹. Le proposte di modifica dei criteri di individuazione della residenza delle società sono state numerose negli

³⁴⁶ Cfr. G. MARINO, *Esterovestizione ed estero-certificazione: due facce della stessa medaglia*, in Rass. Trib., 2013, pp. 1019 e ss.. Per i profili legati al riconoscimento del credito per le imposte versate all'estero si veda: B. SANTACROCE, *Esterovestizione: è legittimo il disconoscimento dei costi e delle imposte estere?*, in Corr. Trib., 2011, pp. 545 e ss..

³⁴⁷ Cfr. O. MARIAN, *Meaningful Corporate Tax Residence*, in Tax Notes, 2013, p. 478.

³⁴⁸ Cfr. O. MARIAN, *Meaningful Corporate Tax Residence*, cit., p. 479.

³⁴⁹ Sostiene che il sistema statunitense di tassazione delle società si basi sostanzialmente su un criterio territoriale piuttosto che mondiale anche E. D. KLEINBARD, *The lessons of Stateless income*, 65 Tax L. Rev. 99, 2011.

ultimi anni³⁵⁰. I criteri proposti, tuttavia, non si basano esclusivamente sulla sussistenza della sede della direzione effettiva negli Stati Uniti ma richiedono che si verifichi anche una delle seguenti condizioni: a) che la società estera abbia un patrimonio lordo almeno pari a 50 milioni di dollari; b) che tale società sia quotata in un determinato mercato finanziario. A parere di chi scrive, il fatto di richiedere ulteriori elementi oggettivi, rispetto alla sussistenza della sede della direzione effettiva negli Stati Uniti, svuoterebbe di significato tale disposizione. Come già accennato in precedenza, la maggior parte degli ordinamenti prevede il cd. *place of effective management* quale criterio principale per l'individuazione della residenza fiscale di una società sia a livello interno che convenzionale, senza che siano necessarie ulteriori circostanze di fatto.

Come rilevato dalla dottrina³⁵¹, l'elaborazione di nuove norme in materia di residenza fiscale delle società dovrebbe essere coerente con le motivazioni che giustificano la tassazione di tali entità giuridiche. Le attuali norme che individuano la sede di una società esclusivamente in base alla sua sede legale sarebbero infatti giustificate qualora lo scopo della tassazione delle società fosse quello di richiedere un contributo a queste ultime in cambio dei benefici derivanti dalla localizzazione della sede legale negli Stati Uniti. Tale argomento teorico verrebbe smentito dall'esistenza di numerose norme che, ammettendo la tassazione del reddito prodotto dalla società in capo ai soci attraverso l'istituto della trasparenza fiscale, permettono a tali entità di essere regolarmente iscritte nel registro delle imprese statunitense e di beneficiare della responsabilità limitata senza contribuire

³⁵⁰ Cfr. S. 268, Cut Unjustified Tax Loopholes Act, section 103, 113th Cong. (2013). S. 2075, Cut Unjustified Tax Loopholes Act, section 103, 113th Cong. (2012); H.R. 62, International Tax Competitiveness Act of 2011, section 2, 112 th Cong. (2011).

³⁵¹ Cfr. O. MARIAN, *Meaningful Corporate Tax Residence*, cit..

direttamente al pagamento dei benefici che esse traggono da tali circostanze di fatto. Nella dottrina statunitense esistono ulteriori teorie e ragioni che giustificano la tassazione delle società che mal si conciliano con il criterio di tassazione basato esclusivamente sulla base della sede legale. Nel 1909 il Congresso americano ritenne opportuno tassare le società per limitare l'uso distorto del potere economico da parte dei manager di società statunitensi che producevano ingenti utili. Una seconda teoria³⁵² considera l'introduzione dell'imposta sul reddito delle società come un mezzo per tassare le ricchezze prodotte o accumulate dai soci attraverso le società. Un'altra teoria³⁵³ considera l'imposta sul reddito delle società come uno strumento per riequilibrare i costi di agenzia derivanti dal mancato allineamento tra gli interessi dei manager e degli azionisti nelle società quotate. Infine, un'altra teoria³⁵⁴ prevede che tale imposta sia il corrispettivo da pagare per l'accesso ai mercati finanziari statunitensi. In ciascuno dei suddetti casi la tassazione delle società basata esclusivamente sul criterio della sede legale non sarebbe coerente con il fine da raggiungere, in quanto una società quotata negli Stati Uniti non deve essere necessariamente residente in tale Paese ai fini fiscali.

Infine, è interessante il dibattito nella dottrina statunitense in merito all'effettiva importanza del concetto di residenza di una società ai fini fiscali. Una parte della dottrina³⁵⁵ sostiene che manchino delle basi normative idonee al fine di considerare una società residente in un ordinamento piuttosto che in un altro, mentre

³⁵² Cfr. S. A. BANK., *Entity theory as Myth in the origins of the corporate income tax*, 43 Wm. & Mary L. Rev., 2001, p. 452.

³⁵³ Cfr. H. KANDA AND S. LEVMORE, *Taxes, Agency Cost, and the Price of Incorporation*, 77 Va. L. Rev. 211, 1991.

³⁵⁴ Cfr. C. H. JOHNSON, *Replace the Corporate Tax With a Market Capitalization Tax*, in *Tax Notes*, December 10, 2007, p. 1082.

³⁵⁵ Cfr. M. S. KIRSCH, *Taxing Citizens in a Global Economy*, 82 N.Y.U. L. Rev. 443, 465–67, 2007. M. J. GRAETZ, *The David R. Tillinghast Lecture: Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies*, 54 Tax L. Rev. 261, 2001, p. 320.

un'altra parte ritiene che la scelta della residenza fiscale di una società si presti a facili manipolazioni da parte dei contribuenti³⁵⁶.

In tale dibattito si inserisce la recente proposta elaborata da uno studioso americano³⁵⁷ avente ad oggetto la modifica delle norme statunitensi in materia di residenza fiscale delle società, che dovrebbe essere effettuata utilizzando due criteri alternativi: a) lo Stato in cui sono negoziate le azioni della società; b) la sede di direzione effettiva, ossia cd. il “*place of the corporation’s central management and control*” che rappresenta l’equivalente del “*place of effective management*” utilizzato nei Paesi di *civil law*. A parere di chi scrive tale proposta dovrebbe essere accolta con favore negli Stati Uniti in quanto andrebbe a colmare una lacuna dell’ordinamento tributario e lo renderebbe conforme ai principali ordinamenti internazionali.

Ovviamente, qualora tale norma venisse inserita nell’ordinamento statunitense, andrebbe rivisto anche l’*U.S. Model* inserendo la sede della direzione effettiva (CMC nell’acronimo statunitense) quale criterio per la risoluzione dei casi di doppia residenza fiscale. È infatti alquanto singolare che gli Stati Uniti siano l’unico Paese al mondo che al tempo stesso estende il proprio potere impositivo al di fuori del proprio territorio nei confronti delle persone fisiche, che sono tassate in base al criterio della cittadinanza, mentre non prevede disposizioni efficaci per contrastare i fenomeni di fittizia residenza all’estero delle società. Tuttavia, in tale contesto

³⁵⁶Cfr. R. S. AVI-YONAH, N. SARTORI & O. MARIAN, *Global Perspectives on Income Taxation Law*, 2011, p. 154. D. SHAVIRO, *The David R. Tillinghast Lecture: The Rising Tax Electivity of U.S. Corporate Residence*, in 64 *Tax L. Rev.* 377, 381–85, 2011. M. J. MCINTYRE, *Determining the Residence of Members of a Corporate Group*, in 51 *Can. Tax J.* 1567, 1571, 2003. R. S. AVI-YONAH, *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State*, 113 *Harv. L. Rev.* 1575, 1593–97, 2000.

³⁵⁷O. MARIAN, *Jurisdiction to Tax Corporations*, cit., p. 1613.

occorre ricordare³⁵⁸ che la scelta di facilitare la crescita all'estero delle imprese statunitensi, attraverso ad esempio la possibilità di godere del *tax deferral* sugli utili prodotti oltreconfine, è stata dettata da motivazioni di politica economica che rientrano in un più vasto piano di azioni che hanno lo scopo di aiutare le imprese statunitensi ad essere più competitive nei mercati internazionali e pertanto appare piuttosto improbabile che tale norma venga inserita nel sistema nel breve periodo.

4.4 Sistema di tassazione delle transazioni infragruppo nel diritto italiano e statunitense

La normativa statunitense in materia di *transfer pricing*, a differenza di quella italiana, è applicabile sia alle operazioni nazionali che a quelle internazionali. Il problema relativo al “regime fiscale” delle transazioni infragruppo è senz'altro più rilevante nel caso in cui abbia ad oggetto operazioni tra società che non fanno parte del consolidato fiscale. In entrambi gli ordinamenti, infatti, la somma algebrica dei redditi e delle perdite del gruppo può avere spesso l'effetto di neutralizzare il risparmio fiscale derivante dall'alterazione dei prezzi posta in essere dalle società del gruppo, fatte salve le possibili contestazioni in materia di *refreshing* (Stati Uniti) o compensazione intersoggettiva delle perdite (Italia).

In entrambi gli ordinamenti la nozione di controllo rilevante ai fini della disciplina *de qua* non è definita in maniera univoca. Analizzando le motivazioni contenute nella sentenza pronunciata dalla Corte di appello degli Stati Uniti, relativa al caso *Robert Brittingham*³⁵⁹, avente ad oggetto un caso di *transfer pricing*,

³⁵⁸ Cfr. M. L. MOORE, E. OUTSLAY, G.A. MCGILL, *U.s. Tax aspects of Doing Business Abroad*, cit..

³⁵⁹ Cfr. § 20 della sentenza *Robert M. Brittingham*, 66 TC 373 (1976): "*Section 482 was enacted to prevent the artificial shifting of income between controlled taxpayers to avoid Federal taxes. See*

si può affermare che i principi affermati in tale occasione possano trovare applicazione anche nel diritto tributario italiano. Come stabilito dai giudici statunitensi, infatti, ai fini dell'applicabilità della disciplina avente ad oggetto la rettifica delle transazioni infragruppo, non è necessaria l'identità della compagine sociale dei soggetti tra cui intercorrono tali transazioni, ma è sufficiente che vi sia un disegno comune per trasferire utili da un soggetto all'altro tramite l'alterazione del prezzo della transazione. Come rilevato dalla dottrina³⁶⁰, infatti: "Quando una parte controlla l'altra per il proprio potere di mercato, per una propria posizione dominante, data dal potersi procurare altri fornitori, dal poter rinviare l'acquisto, dal potersi dedicare ad altre attività, il prezzo che riesce a imporre è il prezzo di mercato, dato dai rapporti di forza tra le parti, e non c'è alcun bisogno di far entrare in gioco il correttivo del *transfer pricing*. Quest'ultimo scatta quando c'è una strategia economica unitaria tra le parti, al di là della diversità di forma giuridica, che rende indifferente la collocazione dei flussi finanziari connessi ai corrispettivi".

Occorre inoltre rilevare come nel diritto tributario statunitense il vantaggio compensativo di gruppo possa assumere in alcuni casi rilevanza anche ai fini fiscali. Al caso esaminato nel capitolo precedente, nell'ambito del quale la concessione di un prestito infruttifero dalla capogruppo in favore di alcune società del gruppo era stato giustificato dalla necessità di non aggravare ulteriormente la dif-

H.Rept.No.2, Supra; S.Rept.No.960, Supra. In using the term "same interests," Congress apparently intended to include more than "the same persons" or "the same individuals." Different persons with a common goal or purpose for artificially shifting income can constitute the "same interests" for the purposes of the statute. Cf. Rishell Phonograph Co., 2 B.T.A. 229, 232-233 (1925). Thus, it is not necessary that the same person or persons own or control each controlled business before section 482 can be applied, but there must be a common design for the shifting of income in order for different individuals to constitute the "same interests". Here, the two businesses were owned and controlled by different individuals, and it is clear there was no design to shift income among them".

³⁶⁰ Cfr. M. LEOTTA, M. MAZZETTI DI PIETRALATA, L. LAZZARINI, R. LUPI, "Transfer pricing" e presenza di soci esterni nella compagine sociale, in *Dial. Trib.*, 2012, p. 442.

ficile situazione economica e finanziaria in cui si trovavano tali società, fa da *pendant* il caso dei finanziamenti infruttiferi effettuati da società italiane nei confronti di società controllate estere. Come osservato dalla dottrina³⁶¹, l'interpretazione della normativa italiana in materia di *transfer pricing* in maniera restrittiva, ossia nel senso di non consentire al soggetto finanziatore di provare che la non fruttuosità del finanziamento non sia dipeso dalla necessità di allocare l'imponibile del gruppo tra diversi Paesi nel modo fiscalmente più conveniente, "si potrebbe risolvere in una misura restrittiva nazionale (sub specie di "restrizione in uscita") non proporzionale, come tale vietata dagli artt. 43 ss. del trattato UE". Infine, con riferimento all'applicazione delle sanzioni relative alle rettifiche aventi ad oggetto le transazioni infragruppo, entrambi gli ordinamenti garantiscono la disapplicazione delle sanzioni qualora il contribuente sia in grado di fornire adeguata documentazione all'Amministrazione Finanziaria al fine di riscontrare le modalità attraverso cui il contribuente ha determinato il valore delle transazioni *de quibus*. Nell'ordinamento italiano, tuttavia, siccome il "*transfer pricing* interno" non è codificato, non è attualmente possibile la disapplicazione di tali sanzioni. Qualora il legislatore decidesse di codificare tale principio nel sistema, per ragioni di coerenza sistematica con il *transfer pricing* internazionale, andrebbe prevista anche la possibilità di evitare l'applicazione delle sanzioni nel caso in cui il contribuente sia in grado di dimostrare i criteri utilizzati per la determinazione dei prezzi, fornendo ade-

³⁶¹ Cfr. E. DELLA VALLE, G. MELIS, *Possono essere ripresi a tassazione gli interessi relativi ad un finanziamento infruttifero erogato a consociate estere comunitarie?*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2007, p. 512. Gli Autori, a tal proposito, osservano che: "In particolare la norma italiana in questione disincentiverebbe (indirettamente) l'utilizzazione di controllate estere rispetto a quelle italiane e tale effetto non potrebbe giustificarsi in termini di proporzionalità (ossia in termini di adeguatezza della norma rispetto al fine che essa intende perseguire) atteso che, come detto, l'infruttuosità del finanziamento infragruppo può dipendere da ragioni extra-fiscali". La ragione extra-fiscale citata dagli Autori nel caso di specie, ossia la possibilità di garantire al gruppo una migliore gestione della tesoreria accentrata, rientra nella logica dei vantaggi compensativi di gruppo.

guata documentazione a tal proposito, sulla scorta di quanto già accade con riferimento al *transfer pricing* internazionale.

4.5 La nozione di dividendo nel diritto tributario italiano e statunitense

Nell'ordinamento tributario italiano la nozione di dividendo non solo può essere riferita alla parte di utile civilistico distribuita ai soci ma anche ai frutti derivanti dalla detenzione di “strumenti finanziari di natura partecipativa”. Con la riforma tributaria del 2003 è venuta meno la necessità del rapporto società/socio, ai fini della qualificazione della remunerazione derivante dalla detenzione di uno strumento finanziario come dividendo³⁶².

Anche nel diritto tributario statunitense la nozione di dividendo non coincide perfettamente con quella civilistica, sebbene il punto di partenza per la determinazione del dividendo sia proprio il risultato civilistico dell'impresa.

Il corretto inquadramento fiscale della remunerazione collegata alla detenzione di uno strumento finanziario assume una rilevanza fondamentale nei suddetti ordinamenti in quanto in entrambi i sistemi tributari le somme erogate a titolo di dividendo in favore dei soci non sono deducibili per il soggetto pagatore, mentre sono imponibili o parzialmente imponibili in capo al soggetto beneficiario, seppure con modalità ben differenziate. Il sistema tributario statunitense, infatti, salvo alcuni casi, prevede una doppia tassazione “piena” nel rapporto società/socio.

Al contrario, in entrambi gli ordinamenti le somme erogate a titolo di interesse sono generalmente deducibili (seppur con limiti quantitativi) per il soggetto

³⁶² Cfr. G. MELIS, *La nozione di «dividendo» tra normativa tributaria ed evoluzione del diritto delle società*, cit..

pagatore e generalmente imponibili per il soggetto beneficiario di tali flussi reddituali.

Sebbene entrambi gli ordinamenti siano dotati di strumenti efficaci per contrastare l'esecuzione di operazioni finanziarie o l'utilizzo di strumenti finanziari ibridi ai fini elusivi si è rilevato che, con particolare riferimento alle operazioni di *earning stripping*, gli Stati Uniti abbiano un atteggiamento abbastanza “tolle-
rante” rispetto a tali fenomeni.

Nell'ordinamento tributario italiano sono previste una serie di norme per contrastare il ricorso all'utilizzo a fini elusivi di strumenti finanziari ibridi, che abbiano cioè caratteristiche solo in parte dei titoli di debito e solo in parte dei titoli di partecipazione al capitale o al patrimonio di una società.

Una delle norme “anti ibridi”, introdotta in occasione della riforma tributaria del 2003, è quella che prevede ai fini della determinazione del reddito d'impresa, l'indeducibilità³⁶³ della quota di remunerazione di uno strumento finanziario dovuta direttamente collegata al risultato economico della società emittente o di altra società del gruppo. Come è stato chiarito nella relazione illustrativa al decreto legislativo n. 344 del 2003, tale indeducibilità non si estende “ai proventi per i quali la connessione con i risultati economici dell'impresa riguardi unicamente l'*an*, ma non il *quantum*, della corresponsione dei proventi e/o del rimborso dei sottoscrittori”. La disposizione oggetto di analisi nel secondo capitolo, che subordina l'applicazione delle disposizioni contenute nella direttiva madre-figlia all'indeducibilità del flusso finanziario dal reddito del soggetto estero che emette azioni

³⁶³ Ai sensi dell'articolo 109, comma 9, lettera a) del Tuir.

o titoli assimilati detenuti da un soggetto residente in Italia è un'ulteriore norma che contrasta l'utilizzo di strumenti ibridi ai fini elusivi.

Come evidenziato nel capitolo precedente, la giurisprudenza statunitense ha elaborato una serie di criteri che possono essere utilizzati ai fini della corretta qualificazione tributaria di uno strumento finanziario. Come rilevato dalla dottrina³⁶⁴, infatti, i criteri elaborati dalla giurisprudenza statunitense, basati sulla prevalenza della sostanza sulla forma, hanno colmato alcune lacune dell'ordinamento interno, basato su un approccio casistico, piuttosto che su un principio generale anti-abuso.

4.6 Sistema di tassazione ordinario degli utili societari nei gruppi di società nel diritto italiano e statunitense

Le società di capitali residenti in Italia, a meno che i soci non esercitino l'opzione per il regime di trasparenza fiscale o per quello del consolidato fiscale, sono tassate sul reddito d'impresa prodotto con l'aliquota proporzionale Ires del 27,5%. Allo stesso modo, l'utile prodotto da una società residente negli Stati Uniti, in assenza di opzioni per i predetti regimi opzionali di tassazione, è tassato in capo alla società ma, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento italiano, l'aliquota applicabile a tali redditi è progressiva anziché proporzionale.

In entrambi gli ordinamenti il dividendo viene tassato in capo ai soci, in base al principio di cassa, ossia nel momento in cui esso viene distribuito.

Il trattamento fiscale della quota di utile che non viene distribuito ai soci è invece diametralmente opposto nei due ordinamenti, seppure il fine perseguito sia

³⁶⁴ Cfr. R. MINERVINO BISPO, *Cross-Border Intra-Group Hybrid Finance: A Comparative Analysis of the Legal Approach Adopted by Brazil, the United Kingdom and the United States*, in *European Taxation*, 2013, IBFD, p. 378.

lo stesso. Nell'ordinamento italiano, a seguito dell'emanazione del decreto legge n. 201 del 2011 è stato introdotto l'Aiuto alla Crescita Economica³⁶⁵, ossia uno strumento agevolativo che detassa il rendimento nozionale del capitale proprio investito nell'attività d'impresa, secondo un tasso di rendimento fissato dalla legge³⁶⁶, che per l'anno d'imposta 2015 è pari al 4,5%. Ai fini del calcolo del capitale proprio "agevolabile" rilevano i conferimenti e i versamenti in denaro e gli utili accantonati a riserva ad eccezione di quelli destinati a riserve non disponibili. Tale misura, che incentiva la patrimonializzazione delle società piuttosto che la distribuzione di dividendi, oltre al fine di ridurre lo squilibrio del trattamento fiscale tra imprese che si finanziano con debito ed imprese che si finanziano con capitale proprio, ha tra i suoi obiettivi anche quello di stimolare il reinvestimento degli utili nell'attività d'impresa³⁶⁷.

Negli Stati Uniti, invece, la quota di utili non distribuiti ai soci, anziché essere detassata come avviene in Italia, viene sottoposta ad un'ulteriore imposizione fiscale qualora tale quota di ricchezza non venga reinvestita nell'attività d'impresa secondo alcuni parametri fissati dalla legge. Nel caso in cui l'Amministrazione Finanziaria statunitense emetta un avviso di accertamento avente ad oggetto tale imposta, la pressione fiscale complessiva che graverebbe sul reddito

³⁶⁵ Cfr. M. BALDACCI, *Alcune riflessioni sull'Aiuto alla Crescita Economica (ACE)*, in *Rass. Trib.*, 2014, p. 711 e ss..

³⁶⁶ Come previsto dall'articolo 1, comma 3, del decreto legge n. 201 del 2011: "A partire dall'anno d'imposta 2017, l'aliquota percentuale per il calcolo del rendimento nozionale del nuovo capitale proprio sarà determinata con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze da emanare entro il 31 gennaio di ogni anno, tenendo conto dei rendimenti finanziari medi dei titoli obbligazionari pubblici, aumentabili di ulteriori tre punti percentuali a titolo di compensazione del maggior rischio".

³⁶⁷ L'effetto incentivante dell'ACE può essere così sintetizzato. A fronte di un utile pari a 1.200 ed accantonato a riserva per 1.000, il costo nozionale del capitale proprio sarebbe pari a 45, ossia il 4,5% di 1000, mentre l'impatto fiscale in termini di minore IRES dovuta all'Erario sarebbe pari a 12,37. Si tratta quindi di un vantaggio fiscale "netto" dell'1,24% rispetto al capitale proprio investito nell'attività d'impresa.

prodotto dalla società, successivamente distribuito al socio persona fisica, sarebbe vicina al 70%. Si tratta quindi di una norma che riservando un trattamento fiscale peggiore alle imprese che non investono finisce per stimolare indirettamente gli investimenti. Inoltre, dall'analisi delle conclusioni raggiunte da R. F. Mangel, Jr., membro della Camera di Commercio americana in Corea, in un report³⁶⁸ avente ad oggetto l'analisi degli effetti dell' "Accumulated Earning Tax" (cd. AET), i cui soggetti passivi erano solo alcune società residenti in tale Stato³⁶⁹, è emerso che tale tributo, già previsto nell'ordinamento statunitense³⁷⁰, deve essere strutturato non in un'ottica punitiva ma con una finalità di politica economica. Il predetto report, trasmesso al Dipartimento del Tesoro statunitense, faceva seguito ad una ufficiale richiesta formulata dalla Camera di commercio americana in Corea al Ministro delle Finanze coreano, avente ad oggetto la richiesta di modifica o l'abolizione di tale imposta, introdotta in Corea nel 1992. Secondo l'esponente della Camera di Commercio americana, infatti, tale imposta avrebbe condizionato le scelte dei soci di società residenti in Corea, che sarebbero stati "costretti" a distribuire i dividendi al fine di evitare l'applicazione di tale imposta. L'AET coreana, a differenza di quella statunitense, non ammetteva la possibilità di evitare l'applica-

³⁶⁸ Cfr. R. F. MANGEL, Jr., *Organization opposes Korean Accumulated Earnings Tax*, in *Tax Notes Today*, October 5, 1992.

³⁶⁹ L'imposta ordinaria sul reddito delle società residenti in Corea era pari al 36,55%. L'imposta sui profitti non distribuiti (cd. AET) trovava invece applicazione con un'aliquota del 26,875% da applicarsi su una base imponibile calcolata tramite la seguente formula: (Utili distribuibili - dividendi distribuiti) - (40% degli utili distribuibili). I soggetti passivi dell'AET erano le società non quotate in mercati regolamentate che integravano i seguenti requisiti: "1. *Unlisted corporations with paid-in capital greater than W5 billion (about \$6.5 million) or net equity greater than W10 billion.* 2. *Unlisted corporations affiliated with large business conglomerates as designated in the Monopoly Regulation and Korea Trade Laws*".

³⁷⁰ A differenza dell'AET introdotta nella Repubblica coreana, quella vigente negli Stati Uniti non trovava applicazione nel caso in cui la società avesse effettuato degli investimenti nell'attività d'impresa.

zione dell'imposta effettuando investimenti ed assumeva quindi, più un carattere di imposta patrimoniale che di imposta sul reddito.

Tornando alle modalità di tassazione dell'utile distribuito, come visto nel capitolo precedente, l'ordinamento statunitense adotta il sistema classico di doppia tassazione. Nei rapporti tra società, ai fini di eliminare la tripla imposizione degli utili societari è prevista la cd. *Dividends Received Deduction* (DRD), che prevede una detassazione dal 70% al 100% con riferimento ai dividendi percepiti da società e provenienti da altre società che non abbiano optato per la tassazione per trasparenza³⁷¹. Il sistema italiano di tassazione degli utili societari rientra invece tra i sistemi ad esenzione parziale, dove le società di capitali che percepiscono i dividendi devono sottoporli a tassazione unicamente nella misura del 5% del loro ammontare. Le persone fisiche, qualora percepiscano dividendi derivanti da partecipazioni non qualificate, subiscono un'imposizione del 26%, che si contrappone a quella progressiva Irpef, limitatamente alla quota imponibile del 49,72% dell'ammontare dei dividendi percepiti in relazione alla detenzione di partecipazioni qualificate³⁷². La cessione di quote di società effettuata da soggetti Ires è esente al 95% dall'imposta qualora siano integrati tutti i requisiti³⁷³ previsti dalla normativa in materia di *participation exemption*.

³⁷¹ Nel caso di una società che abbia optato per la trasparenza fiscale, gli utili distribuiti ai soci non sono imponibili in capo a questi ultimi limitatamente alla quota di reddito già imputata per trasparenza.

³⁷² Dopo le novità introdotte dal decreto legge n. 66 del 2014, le partecipazioni qualificate usufruiscono di un trattamento di favore rispetto a quelle non qualificate. Sia consentito il rinvio a V. TAMBURRO, *Prelievo più alto per le partecipazioni non qualificate*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 giugno 2014, p. 49.

³⁷³ I requisiti richiesti al fine di usufruire del regime della Pex, che devono sussistere congiuntamente, sono contenuti nell'articolo 87 del Tuir: a) *minimum holding period* della partecipazione pari ad almeno 12 mesi; b) classificazione nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso; c) residenza della società partecipata in uno Stato white list; d) esercizio da parte della partecipata di un'attività commerciale. Come osservato dalla dottrina il regime della *participation exemption* "perde la connotazione di logico corol-

Per quanto riguarda la tassazione dei dividendi in uscita (cd. “*outbound dividends*”) erogati in favore di società di capitali, il sistema italiano di tassazione è generalmente meno oneroso rispetto a quello statunitense in quanto prevede come regola generale l'applicazione di una ritenuta a titolo d'imposta del 26% in luogo della *withholding tax* del 30% prevista nell'ordinamento statunitense. Tuttavia, considerato che molte società italiane sono partecipate da società residenti nell'Unione Europea la ritenuta generalmente applicabile varia dallo 0% all'1,375%, come visto nel secondo capitolo. Per quanto riguarda la ritenuta utilizzata nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni, la doppia aliquota del 5% e del 15%, utilizzata nel Trattato Italia-Stati Uniti stipulato il 25 agosto 1999, è conforme a quella generalmente utilizzata dai due Stati negli accordi con altri Paesi.

Il sistema di tassazione dei dividendi in entrata (cd. “*inbound dividends*”) vigente negli Stati Uniti potrebbe essere sotto alcuni aspetti, ed in via teorica, più efficace rispetto a quello vigente in Italia, ai fini della tassazione dei dividendi provenienti da paradisi fiscali. Nonostante negli Stati Uniti non vi sia alcuna *black list*³⁷⁴ per distinguere i paradisi fiscali dagli altri Stati, l'inclusione nella base imponibile della società residente del dividendo lordo percepito da una società partecipata non residente, fatto salvo il diritto allo scomputo dell'imposta sul reddito pagata all'estero dalla società che distribuisce il dividendo, genera un effetto diametralmente opposto a quello che si verifica nell'ordinamento italiano nel caso in cui una società riesca a fornire prova della sussistenza dell'esimente di cui all'articolo 167, comma 5, lettera b) del Tuir, con riferimento a dividendi provenienti da

lario dell'esenzione dei dividendi e si trasforma in una sorta di “beneficio” per le sole partecipazioni ritenute meritevoli dal legislatore”. Cfr. G. MELIS, *Lezioni di Diritto Tributario*, cit., p. 520.

³⁷⁴ Cfr. M. S. HOOSE, *Chapter 22: United States, in Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law*, cit.

Paesi *black list*. Qualora volessimo applicare in Italia il sistema di tassazione dei dividendi provenienti dall'estero adottando il sistema utilizzato negli Stati Uniti nell'ordinamento italiano, occorrerebbe in sostanza abrogare tale esimente. L'applicazione di tale regime di tassazione dei dividendi in entrata in Italia potrebbe essere esteso anche a quelli provenienti da altri Paesi, in quanto tale sistema sarebbe conforme ai criteri dettati dalla direttiva madre figlia, che all'articolo 4 prevede, oltre al regime dell'esenzione per i dividendi in entrata, anche la possibilità di sottoporre ad imposizione tali utili "autorizzando però detta società madre o la sua stabile organizzazione a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta societaria relativa ai suddetti utili e pagata dalla società figlia e da una sua sub-affiliata, a condizione che a ciascun livello la società e la sua sub-affiliata soddisfino i requisiti di cui agli articoli 2 e 3 entro i limiti dell'ammontare dell'imposta corrispondente dovuta". Si tratterebbe, però di un ritorno al passato, che sarebbe sconsigliato soprattutto per quanto riguarda le problematiche relative alla determinazione del limite di credito per imposte versate all'estero scomputabile in Italia. Tali considerazioni di natura giuridica andrebbero sicuramente integrate con considerazioni di natura economica. Negli Stati Uniti, infatti, l'esistenza di tale regime di imposizione per i dividendi provenienti dall'estero, unito ad altri fattori, ha influenzato i comportamenti dei principali gruppi societari statunitensi, che alla data del 30 giugno 2011 avevano accumulato fuori dai confini nazionali un ammontare di liquidità pari a 2 trilioni di dollari³⁷⁵. Qualora tali soggetti avessero rimpatriato negli Stati Uniti gli utili prodotti all'estero, l'elevata tassazione di tali componenti reddituali avrebbe inciso significativamente sul livello di profittabilità

³⁷⁵ Cfr. B. CASSELMAN, J. LAHART. *Companies shun investment, hoard cash*, in Wall Street Journal, September 17, 2011. I dati forniti dagli Autori si riferiscono a gruppi statunitensi diversi da quelli operanti nel settore finanziario.

di gruppo e sul *tax rate* complessivo globale. Il consistente vantaggio finanziario derivante dal *tax deferral*, qualora tale sistema di imposizione dei dividendi in entrata fosse adottato nel sistema italiano potrebbe quindi spingere le imprese a non rimpatriare utili in Italia. Una soluzione valida sotto il profilo giuridico potrebbe quindi non esserlo sotto il profilo economico.

4.7 Il rapporto tra la soggettività passiva e tassazione degli utili societari nel diritto tributario italiano e statunitense.

Sia nel diritto tributario statunitense che in quello italiano la soggettività tributaria delle società è spesso svincolata da quella civilistica in quanto, come visto, negli Stati Uniti le società che sono considerate come dotate di autonomia patrimoniale perfetta ai fini del diritto commerciale possono essere qualificate come società trasparenti e viceversa. In Italia, invece, è possibile esclusivamente l'esercizio dell'opzione per qualificare come "trasparente" un soggetto che viene generalmente tassato come entità separata dai soci (cd. ente opaco). Non è ammessa l'opzione opposta, ossia la qualificazione di ente opaco ai fini fiscali nel caso di società con autonomia patrimoniale imperfetta. In Italia, a tal proposito, la dottrina³⁷⁶ ha distinto "la soggettività passiva in senso sostanziale" dalla "soggettività passiva in senso formale". Nel primo caso si tratta di individuare il soggetto che sopporta l'onere del tributo, mentre nel secondo si tratta di individuare il soggetto che, sebbene non sia tenuto al materiale pagamento delle imposte, è destinatario di

³⁷⁶ Cfr. E. POTITO, *Soggetto passivo di imposta*, in Enc. dir., XLII, Milano, 1990, p. 1226.

una serie di obblighi, quali, ad esempio, la tenuta delle scritture contabili e la presentazione della dichiarazione annuale dei redditi.

Mentre il regime di tassazione delle *partnership* negli Stati Uniti può essere definito “ibrido” nell'ambito della stessa imposta (*corporate income tax*) in tale ambito in parte si applicano le disposizioni che considerano tali entità come soggetti trasparenti (cd. *aggregate approach*) ed in parte trovano applicazione le disposizioni del codice tributario federale che considerano tali entità come soggetti opachi ai fini delle imposte sul reddito (cd. *entity approach*), in Italia il sistema di tassazione delle società di persone può essere definito “ibrido” solo se si paragona il sistema di tassazione di tali entità ai fini Irpef ed Irap. Nel primo caso, infatti, le società di persone possono essere classificate come soggetti passivi d'imposta in senso formale, mentre nel secondo caso tali entità sono soggetti passivi in senso sostanziale.

4.8 La tassazione degli utili societari nell'ambito del regime di trasparenza fiscale in Italia e negli Stati Uniti

Le società di persone residenti in Italia sono l'esempio classico di soggetto passivo in senso “formale” ai fini delle imposte dirette, in quanto il regime di trasparenza fiscale, obbligatorio ai sensi dell'articolo 5 del Tuir, prevede che il reddito prodotto da tali soggetti sia imputato direttamente ai soci, indipendentemente dalla percezione dell'utile. Una volta tassato l'utile per trasparenza, la distribuzione del dividendo, limitatamente alla quota di utile già tassato, non è sottoposto a tassazione in capo al socio e non è deducibile dal reddito della società che lo distribuisce.

Negli Stati Uniti, come visto nel capitolo precedente, le *Partnership* sono il classico esempio di società tassate per trasparenza. Possono essere qualificate come partnership ai fini fiscali esclusivamente le cd “*eligible entities*”, tra cui sono comprese le società di persone. Il regime di tassazione naturale per le società di persone è quello della trasparenza fiscale. A differenza dell'Italia, si tratta di un regime naturale e non obbligatorio. Infatti, nel caso in cui nella dichiarazione dei redditi di una società di persone residente negli Stati Uniti non venga effettuata l'opzione³⁷⁷ per la qualificazione di tale entità come *corporation* ai fini fiscali, il regime fiscale applicabile sarà quello delle *partnership*. Come appena accennato, anche in tale caso, come avviene anche in Italia, la società “trasparente” è comunque obbligata alla presentazione della dichiarazione annuale dei redditi, sebbene i redditi prodotti da tali soggetti siano imputati direttamente ai soci.

Negli Stati Uniti, come visto, l'introduzione del regime di tassazione per trasparenza è il risultato di un compromesso politico tra i sostenitori del sistema di integrazione totale e quelli del sistema di doppia tassazione degli utili.

In Italia, la scelta di adottare il sistema di tassazione per trasparenza dei redditi prodotti dalle società di persone deriva dal fatto che le disposizioni civilistiche che regolano la distribuzione dell'utile, il potere di amministrazione, il regime di responsabilità dei soci, la tenuta delle scritture contabili e la differente natura dell'investimento in una società di persone piuttosto che in una società di capitali fanno sì che la prima tipologia di società si trovi in un rapporto di “quasi immedesimazione” con i soci.

³⁷⁷ Ai sensi della *Check-the-Box Regulation*.

In primo luogo, infatti, a differenza di quanto avviene nelle società di capitali, dove la distribuzione dell'utile è solo eventuale, nelle società di persone, in base a quanto previsto dell'articolo 2262 del codice civile, il diritto alla percezione dell'utile è “automatico”, fatto salvo patto contrario dei soci.

In secondo luogo, i poteri di amministrazione che spettano ai soci ed il regime di responsabilità per le obbligazioni contratte dalla società creano un rapporto tra tali soggetti che la dottrina³⁷⁸ ha definito di “immedesimazione”. Quanto al regime contabile, la circostanza che spesso le società di persone possano adottare il regime di contabilità semplificata renderebbe difficile un monitoraggio dell'utile accantonato rispetto a quello distribuito³⁷⁹. Inoltre, come rilevato dalla dottrina³⁸⁰, l'attività d'impresa svolta da una società di persone spesso non esprime tanto un fatto di investimento, quanto il fatto che più persone operano insieme. Tra soci e società vi è quindi un minor “distacco” che non tra soci di società di capitali. Per i suddetti motivi, gli elementi strutturali delle società di persone giustificano, anche da un punto di vista costituzionale, l'applicazione di tale regime di tassazione anche se il regime di “imputazione” del reddito è cosa diversa dal “possesso” dello stesso, e quindi anche se la relativa disciplina si presenta come “eccezionale rispetto ai principi generali in materia di riferibilità ai soggetti dei fatti indice di capacità contributiva³⁸¹”.

³⁷⁸ Cfr. R. SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi – Redditi prodotti in forma associata*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, diretta da F. TESAURO, I, Torino, 1994, p. 125;

³⁷⁹ Cfr. A FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle imposte sui redditi ed altri scritti - Studi in memoria di A. E. Granelli*, Roma, 1990, p. 21.

³⁸⁰ Cfr. F. TESAURO, *Istituzioni Di Diritto Tributario, Parte Speciale*, 2009, p. 29.

³⁸¹ Cfr. A FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit., p. 552.

Con l'approvazione della legge finanziaria per il 2008³⁸² era stato introdotto un “correttivo” rispetto a tale regime obbligatorio di tassazione, nell'ambito del quale i soci (persone fisiche) di una società di persone³⁸³ avrebbero potuto optare per la tassazione separata al 27,5% del reddito d'impresa prodotto dalla società ed imputato per trasparenza, nella misura in cui questo non fosse stato distribuito ai soci. La tassazione in capo al socio, secondo l'aliquota progressiva Irpef, sarebbe avvenuta esclusivamente all'atto della distribuzione del dividendo, scomputando dall'imposta dovuta quella già pagata all'atto dell'imputazione del reddito nella misura ridotta del 27,5%. Il decreto attuativo di tale disciplina non è stato ancora adottato e pertanto tale regime non è mai entrato in vigore.

In Italia, a seguito dell'entrata in vigore della riforma Ires del 2003, è stato introdotto, in via opzionale, il regime di trasparenza fiscale per le società di capitali. In entrambi gli ordinamenti è previsto che la scelta di tale regime di tassazione sia esercitata all'unanimità dai soci della società “trasparente”. È comune ad entrambi gli ordinamenti anche il regime fiscale applicabile alle quote di partecipazione in società trasparenti. Sia nel sistema italiano che in quello statunitense è previsto che il valore fiscale di una quota di partecipazione in una società trasparente, debba essere incrementato, rispetto al costo di acquisto, per un valore pari agli utili imputati per trasparenza e diminuito per un valore pari agli utili distribuiti. Analizzando in un'ottica comparata il regime di trasparenza fiscale italiano e quello statunitense, quest'ultimo offre nel complesso maggiori opportunità in termini di pianificazione fiscale, sia nazionale che internazionale. In primo luogo, a

³⁸² Cfr. articolo 1, commi 40-42 della legge n. 244 del 2007.

³⁸³ Si tratta di un regime di tassazione applicabile esclusivamente in favore dei soci di società di persone in regime di contabilità ordinaria. Inoltre, il medesimo regime di tassazione sarebbe applicabile anche nei confronti dell'imprenditore individuale, il quale sarebbe tassato con l'aliquota Irpef progressiva solo in relazione agli utili prelevati.

differenza del sistema italiano, ove è ammessa la possibilità di optare per il sistema di tassazione per trasparenza solo in capo alle società residenti che abbiano un numero di soci non superiore a dieci, nel sistema statunitense, nel caso delle *S-corporation*, possono adottare il regime di trasparenza fiscale le società che abbiano un numero di soci non superiore a cento.

Nel diritto tributario statunitense, attraverso la “*Check-the-Box Regulation*” è ammessa la possibilità di scegliere se classificare come opache o trasparenti le società estere le cui quote o azioni siano detenute da soggetti residenti negli Stati Uniti, mentre nell'ordinamento italiano non è possibile utilizzare il regime di tassazione per trasparenza per le società estere. Tuttavia, con riferimento al sistema di tassazione delle *S-corporation*, mentre il sistema statunitense prevede che tutti i soci di tali entità giuridiche debbano essere residenti negli Stati Uniti, l'ordinamento italiano ammette la possibilità che tra i soci della società di capitali residenti che vogliano esercitare l'opzione per la trasparenza fiscale vi siano anche società non residenti che abbiano i requisiti della direttiva madre-figlia.

Come rilevato dalla dottrina³⁸⁴, l'interazione delle regole vigenti nei due sistemi tributari può sicuramente offrire opportunità di pianificazione fiscale da parte dei gruppi statunitensi, che potrebbero porre in essere operazioni di arbitraggio fiscale basate sull'utilizzo delle cd. entità ibride³⁸⁵.

³⁸⁴ Cfr. M. ROSSI, *Italy's New Check-the-Box Rules*, in *Tax Notes Int.*, 2005, p. 330.

³⁸⁵ L'utilizzo di entità ibride nell'ambito di operazioni *cross-border* può garantire, ad esempio, la doppia deduzione del medesimo costo.

4.9 La tassazione degli utili societari nell'ambito del consolidato nel diritto tributario italiano e statunitense

In entrambi gli ordinamenti esaminati il consolidato fiscale è un regime opzionale di tassazione. Il sistema italiano richiede requisiti di partecipazione al capitale sociale ed agli utili meno stringenti rispetto a quello statunitense. Nell'ordinamento italiano, infatti, possono essere incluse nel perimetro di consolidamento esclusivamente le società partecipate in una misura superiore al 50 per cento, a patto che anche la partecipazione agli utili sia superiore alla predetta soglia. Nell'ordinamento statunitense, ai fini dell'inclusione nel perimetro di consolidamento, sia la percentuale di partecipazione al capitale che quella relativa ad i diritti di voto esercitabili nell'assemblea devono essere pari almeno all'80 per cento.

Mentre nell'ordinamento italiano l'opzione per tale regime di tassazione ha una durata di tre anni, in quello statunitense l'opzione è vincolante per cinque anni. Il sistema italiano è più flessibile rispetto a quello statunitense in quanto ammette la possibilità che solo alcune società, tra quelle che rispettano i requisiti per l'adesione a tale regime di tassazione, possano essere inserite nel perimetro di consolidamento. Il sistema statunitense prevede invece la regola dell' "*all in*", ossia che tutte le società del gruppo che abbiano i requisiti per l'adesione al regime del consolidato fiscale debbano essere inserite nel perimetro di consolidamento. Anche una società che dovesse essere acquisita in un momento successivo rispetto a quello in cui il gruppo adotta il regime del consolidato fiscale entra automaticamente a far parte del perimetro di consolidamento, senza possibilità di opporsi. Nel sistema italiano, invece, l'opzione è bilaterale e pertanto è necessaria anche la

volontà della società partecipata ai fini della sua inclusione nel perimetro di consolidamento.

Nell'ordinamento italiano, l'adesione al regime del consolidato comporta il trasferimento dei redditi e delle perdite in misura totalitaria, ossia senza tenere conto della percentuale di partecipazione nel capitale delle società consolidate. Il sistema statunitense ammette anche la possibilità di optare per l'imputazione dei redditi e delle perdite in base all'effettiva partecipazione. Nell'ambito dell'autonomia privata delle parti, in entrambi gli ordinamenti sono generalmente previsti dei contratti, collaterali rispetto all'esercizio dell'opzione per la tassazione consolidata, aventi ad oggetto il trasferimento in neutralità fiscale dei vantaggi derivanti dall'adesione a tale regime fiscale.

In entrambi gli ordinamenti, come visto, la stipula di tali accordi deriva dalla necessità di evitare un indebito arricchimento della società che trae i vantaggi fiscali derivanti dall'adesione a tale regime opzionale di tassazione. La tesi di parte della dottrina italiana³⁸⁶, che ritiene necessari tali “accordi di consolidamento” trova conforto in una decisione della giurisprudenza statunitense³⁸⁷, che nel 1954 ha trattato un caso avente ad oggetto l'indebito arricchimento di una società consolidante, la quale, compensando dal proprio reddito le perdite di una sua controllata senza trasferire a quest'ultima alcun flusso di denaro per compensare il vantaggio fiscale trasferito, è stata condannata a rifondere tali somme alla società consolidata.

³⁸⁶ Cfr. G. ZIZZO, *Osservazioni in tema di consolidato nazionale*, cit..

³⁸⁷ Cfr. *Western Pacific Railroad Corp. v. Western Pacific Railroad company*, 345 US 247 (1953), 206 F2d 495 (9th Cir. 1953), 216 F2d 513 (9th Cir. 1954). In tale caso, il ricorrente lamentava l'indebito arricchimento della società madre, che si sarebbe indebitamente appropriata delle perdite della società figlia: "*It is petitioners' theory that respondents had unjustly enriched themselves by wrongfully appropriating a 'tax loss' incurred by petitioner Western Pacific Railroad Corporation and applying it to the sole benefit of respondent Western Pacific Railroad Company*".

Una delle differenze principali tra i due ordinamenti è costituita dal fatto che, mentre in Italia non si tiene conto dei redditi o delle perdite di una società le cui quote o azioni siano state cedute al termine del periodo d'imposta, negli Stati Uniti deve essere incluso nella base imponibile di gruppo anche la quota di reddito prodotto nel corso dell'anno da una società non più facente parte del gruppo al termine del periodo d'imposta.

Ai fini della determinazione del reddito di gruppo, il regime tributario statunitense considera le società incluse nel perimetro di consolidamento come un unico soggetto, in quanto le plusvalenze e le minusvalenze infragruppo sono irrilevanti ai fini fiscali, e non prevede l'obbligo di presentazione della dichiarazione annuale dei redditi in capo alle società consolidate. Il regime tributario italiano, invece, oltre a non considerare le società incluse nel perimetro di consolidamento come un unico soggetto, in quanto la Legge Finanziaria 2008 ha eliminato le cd. rettifiche di consolidamento, prevede l'obbligo di presentazione della dichiarazione annuale dei redditi in capo alle società controllate.

In entrambi gli ordinamenti le società incluse nel perimetro di consolidamento sono solidalmente responsabili, insieme alla società consolidante, per le maggiori imposte dovute a seguito dell'accertamento, in capo ad una di esse, di un maggior reddito o di una minore perdita oggetto di trasferimento nell'ambito del consolidato fiscale. La peculiarità del sistema statunitense rispetto a quello italiano è costituita dal fatto che la responsabilità solidale viene meno per le società che alla data di notifica dell'avviso di accertamento non facciano più parte del gruppo. In ogni caso, ai fini dell'esclusione della responsabilità solidale della società cedu-

ta è necessario che la vendita delle quote di tale società sia avvenuta a valore di mercato ed in buona fede.

In Italia, secondo la dottrina maggioritaria³⁸⁸, l'opzione per il consolidato fiscale non determina la nascita di un nuovo soggetto avente una soggettività giuridica propria ed autonoma rispetto alle imprese partecipanti alla tassazione di gruppo. Negli Stati Uniti, invece, si può affermare che il gruppo goda di una soggettività giuridica propria "quasi perfetta" in quanto: a) il regime di responsabilità solidale delle società controllate può venire meno una volta che tali società non facciano parte del gruppo³⁸⁹; b) è obbligatorio computare nel reddito di gruppo anche i redditi o le perdite di una società le cui quote siano cedute nel corso del periodo d'imposta; c) le società consolidate non devono presentare la dichiarazione annuale dei redditi. Il fatto che anche negli Stati Uniti sia prevista la responsabilità solidale tra società consolidante e consolidata, seppur con i limiti evidenziati, non permette, a parere di chi scrive, di considerare il "gruppo" come un nuovo soggetto avente una soggettività propria ed autonoma rispetto alle imprese partecipanti.

La tassazione dei dividendi distribuiti nell'ambito del perimetro di consolidamento prevede l'eliminazione della doppia imposizione negli Stati Uniti, in quanto tali dividendi non concorrono alla formazione della base imponibile di gruppo. Nell'ordinamento italiano, invece, dopo le modifiche apportate dalla Legge Finanziaria per il 2008 tale categoria di dividendi concorre alla formazione della base imponibile di gruppo nella misura del 5% del dividendo distribuito.

³⁸⁸ A. FANTOZZI, *I rapporti di gruppo*, cit., p. 169.

³⁸⁹ Con riferimento ai redditi o alle perdite trasferiti alla capogruppo nel periodo antecedente alla fuoriuscita del gruppo.

4.10 La Convenzione contro le doppie imposizioni Italia - Stati Uniti

La Convenzione contro le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito tra gli Stati Uniti d'America e l'Italia (di seguito “La Convenzione”) è stata firmata a Washington il 25 agosto 1999 ed ha acquistato efficacia a partire dal 1° gennaio 2010. Rispetto alla Convenzione precedentemente in vigore, che era stata firmata il 17 aprile 1984, sono state ridotte, tra l'altro, le aliquote applicabili ai pagamenti transfrontalieri aventi ad oggetto interessi, dividendi e *royalties*. Un'ulteriore novità introdotta nella Convenzione del 1999 è costituita dal fatto che anche l'Irap è stata inclusa nell'elenco delle imposte a cui si applica la Convenzione. Viste le particolari modalità di calcolo di tale imposta rispetto all'Ires, è stato comunque previsto un particolare meccanismo di calcolo³⁹⁰ che limita i benefici della Convenzione soltanto per la “parte di imposta che è considerata imposta sul reddito”.

La Convenzione considera come “persone” ai fini del trattato anche le società di persone. Tale riferimento, come rilevato dalla dottrina³⁹¹, non è tuttavia sufficiente ai fini dell'applicazione dei benefici della Convenzione in quanto è richiesto che tali soggetti possono essere qualificati come residenti ai sensi dell'articolo 4 della Convenzione.

La struttura dell'articolo 4 della Convenzione è conforme al modello standard US in quanto, accanto ai classici criteri di individuazione della residenza previsti generalmente nelle Convenzioni redatte secondo il modello OCSE, pre-

³⁹⁰ Cfr. articolo 23, paragrafo 2, lettera c) della Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Stati Uniti.

³⁹¹ P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie Imposizioni*, VI edizione, cit., p. 1111.

vede anche il luogo di costituzione (c.d. *place of incorporation*) tra i criteri da utilizzare ai fini di dirimere i casi di doppia residenza. Anche la previsione contenuta nell'articolo 4, comma 1, lettera a) della Convenzione, che non considera residenti ai fini del Trattato le società tassate in uno degli Stati contraenti su base territoriale, è conforme allo standard OCSE.

Anche se non viene specificato espressamente nell'articolo 4 della Convenzione, non sono considerate come persone ai fini della stessa le stabili organizzazioni³⁹² di società italiane negli Stati Uniti.

La principale differenza rispetto a tale modello di Convenzione si ravvisa nella mancanza di una *tie-breaker rule* per la risoluzione dei casi di doppia residenza delle società. Nel caso in cui una società venisse considerata residente da entrambi gli ordinamenti, viene previsto che la risoluzione di tale conflitto sia di competenza delle Autorità degli Stati contraenti.

4.10.1. I conflitti di qualificazione derivanti dall'applicazione della Convenzione attualmente in vigore

Come visto nel secondo capitolo, nell'ordinamento tributario italiano le società estere sono considerate come soggetti passivi IRES, e quindi soggetti “fiscalmente opachi” indipendentemente dallo Stato in cui sono incorporate ed indipendentemente dalla loro forma giuridica. Nell'ordinamento statunitense è invece possibile decidere, secondo i limiti imposti dalla normativa *Check-the-Box*, se qualificare una società estera come ente fiscalmente trasparente ovvero come ente

³⁹² Cfr. Technical explanation della Convenzione Italia-USA, p. 12 “*although not stated explicitly in this Article, an enterprise of Italy with a permanent establishment in the United States is not, by virtue of that permanent establishment, a resident of the United States. The enterprise generally is subject to U.S. tax only with respect to its income that is attributable to the U.S. permanent establishment, not with respect to its worldwide income, as it would be if it were a U.S. resident*”.

opaco ai fini fiscali. Tale disallineamento tra i due ordinamenti, può dare luogo a ben undici conflitti³⁹³ di qualificazione ai fini fiscali:

a) una società di capitali diversa dalla SPA partecipata direttamente da due o più soci di cui almeno uno residente in un Paese extra-UE è classificata come soggetto trasparente negli Stati Uniti e come soggetto opaco in Italia;

b) una società di capitali diversa dalla SPA partecipata direttamente da due o più soci residenti in Italia e/o in Paesi dell'UE è classificata come soggetto opaco negli Stati Uniti e come soggetto trasparente in Italia;

c) una SPA partecipata direttamente da uno o più soci residenti in Italia e/o in Paesi dell'Unione Europea è classificata come soggetto opaco ai fini americani e tassata per trasparenza in Italia;

d) una società di capitali diversa dalla SPA con un unico socio residente in un Paese extra UE è classificata come succursale o *branch* del socio ai fini americani e come soggetto opaco ai fini italiani;

e) una società di capitali diversa dalla SPA partecipata direttamente da due o più soci residenti in Italia e/o in Paesi della UE è considerata come soggetto opaco ai fini italiani e come soggetto trasparente ai fini americani;

f) una LLC o LLP americana con due o più membri è classificata come soggetto trasparente ai fini americani e come soggetto opaco ai fini italiani;

g) una LLC o LLP americana con un socio unico è classificata come succursale o *branch* del socio a fini americani e come soggetto opaco ai fini italiani;

h) una società di persone italiane è considerata trasparente in Italia e come soggetto opaco negli Stati Uniti;

³⁹³ Cfr. M. ROSSI, *L'applicazione dei trattati fiscali alle "partnership" e agli enti ibridi*, in AA. VV. (coord. da V. UCKMAR), *Diritto Tributario Internazionale*, 2005 pp. 283-284.

i) una *partnership* americana è trattata come soggetto trasparente negli Stati Uniti e come soggetto opaco ai fini italiani;

j) una *partnership* americana con un unico partner è trattata come succursale o *branch* del socio ai fini americani e come soggetto opaco ai fini italiani.

k) una società di persone con un unico socio è trattata come succursale o *branch* del socio ai fini americani e come ente fiscalmente trasparente ai fini italiani.

Come rilevato dalla dottrina³⁹⁴, siccome il contribuente di solito utilizza società che prevedono il beneficio della responsabilità limitata, le combinazioni che si verificano più spesso nella realtà sono le prime sette. Come risulta dall'analisi delle *Technical Explanation* della Convenzione, qualora una *partnership* residente negli Stati Uniti riceva un dividendo da una società residente in Italia, i benefici del Trattato vengono concessi ai *partner*, se questi sono residenti negli Stati Uniti. Qualora uno o più dei partner fosse residente in un Paese terzo potrebbe trovare applicazione la Convenzione tra l'Italia e tale Stato. Infine, qualora una *corporation* americana riceva un dividendo erogato da una società italiana, si applicano i benefici del trattato a meno che non trovino applicazione le cd. "*LOB clause*".

4.10.2 La tassazione dei dividendi nell'ambito della Convenzione Italia-Stati Uniti

L'articolo 10 della Convenzione prevede l'applicazione di una ritenuta massima del 15% sui dividendi pagati da un residente di uno Stato contraente ad

³⁹⁴ Cfr. M. ROSSI, *L'applicazione dei trattati fiscali alle "partnership" e agli enti ibridi*, cit., p. 284.

un residente di un altro Stato contraente. La ritenuta trova applicazione nella misura del 5% qualora il beneficiario effettivo sia una società, residente nell'altro Stato contraente, che abbia posseduto “almeno il 25 per cento delle azioni con diritto di voto della società che paga i dividendi per un periodo di 12 mesi avente termine alla data alla quale i dividendi sono dichiarati”. Come rilevato dalla dottrina³⁹⁵, al termine “pagati da un residente” va accordato un significato ampio, tale da ricomprendere anche altre modalità di “distribuzione” del dividendo.

La definizione convenzionale del termine dividendo è vasta e flessibile, in quanto, come risulta dalle *Technical explanation* della Convenzione, comprende “*all arrangements that yield a return on an equity investment in a corporation as determined under the tax law of the state of source, as well as arrangements that might be developed in the future*”.

Ai fini della Convenzione rileva quindi la definizione di dividendo contenuta nello Stato della fonte che, come visto, non coincide sempre con quella prevista nel diritto commerciale dei rispettivi ordinamenti.

Rispetto al precedente Trattato, nella nuova Convenzione è stata introdotta la possibilità di applicare la cd. “*branch profit tax*” agli utili prodotti dalle *branch*, al fine di equilibrare il regime fiscale degli utili prodotti dalle stabili organizzazioni con quello previsto per i dividendi derivanti da società controllate. Resta da risolvere la questione legata alla retroattività o meno di tale nuova ritenuta sugli utili. Come osservato dalla dottrina³⁹⁶, mentre nel Trattato stipulato tra gli Stati Uniti ed i Paesi Bassi è stato previsto esplicitamente che tale imposta trovi applicazione unicamente con riferimento agli utili maturati a partire dalla data di

³⁹⁵ Cfr. P. VALENTE, *Convenzioni Internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., p. 1127.

³⁹⁶ Cfr. P. VALENTE, *Convenzioni Internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., pp. 1129-1130.

entrata in vigore dell'accordo, nella Convenzione stipulata tra gli Stati Uniti e l'Italia non è contenuta tale previsione.

I benefici convenzionali potrebbero essere negati ad un contribuente dall'Autorità di uno degli Stati contraenti qualora quest'ultimo non superi i test previsti dalle cd. *LOB clause*, previste dall'articolo 2, comma 2 del Protocollo alla Convenzione. Nel caso di una società, viene previsto che essa abbia diritto ai benefici previsti dalla Convenzione 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;

Per le società non quotate è previsto invece un test, disciplinato sempre dall'articolo 2 del Protocollo alla Convenzione, denominato *active trade* o *business test* che ha l'obiettivo di verificare l'effettivo svolgimento di un'attività economica da parte della società nello Stato contraente.

4.11 Conclusioni

Dall'analisi comparata effettuata è emerso che i sistemi di tassazione degli utili nei gruppi societari italiani e statunitensi si basano su due modelli diversi. Il primo ordinamento ha adottato, a partire dalla riforma fiscale del 2003, un sistema

di integrazione parziale, garantendo una parziale riduzione della doppia tassazione economica in capo ai soci persone fisiche. L'ordinamento statunitense, che ha da sempre adottato un sistema classico di doppia tassazione degli utili societari, prevede invece una doppia tassazione piena in capo alle persone fisiche.

L'imposta sui profitti accumulati prevista nell'ordinamento statunitense e l'aiuto alla crescita economica previsto dall'ordinamento italiano, come visto, rappresentano due strumenti totalmente diversi per stimolare gli investimenti delle imprese. A seguito dell'entrata in vigore della riforma fiscale del 2003, il sistema tributario italiano, oltre ad assumere una fisionomia più simile rispetto a quella di altri ordinamenti europei, si è dotato di nuovi regimi di tassazione già conosciuti nell'ordinamento statunitense, come il consolidato fiscale e la trasparenza fiscale per le società di capitali. In un'ottica statunitense, dove è prevista la possibilità di qualificare le società estere come opache o trasparenti le novità introdotte nel sistema tributario italiano possono rappresentare un'interessante occasione di pianificazione fiscale.

Una delle principali differenze riscontrate tra i due sistemi fiscali riguarda il regime di deduzione delle perdite dal reddito d'impresa, che negli Stati Uniti, a differenza dell'Italia, possono essere riportate anche indietro (cd. *carry back*). Le modalità di determinazione della residenza delle società, sia su base domestica che convenzionale, rendono il sistema statunitense particolarmente vulnerabile nei confronti dei gruppi societari che intendano delocalizzare gli utili societari in Paesi a bassa fiscalità. L'elevata aliquota applicabile ai redditi prodotti dalle società residenti negli Stati Uniti, unita al sistema di doppia tassazione degli utili, ha avuto, come visto, l'effetto di incentivare l'accumulo di utili oltreconfine.

L'American Jobs Creation Act del 2004 ha introdotto, in via provvisoria, un incentivo³⁹⁷ per le società che avessero rimpatriato utili depositati in Paesi terzi, detassando tali componenti di reddito nella misura dell'85% del loro ammontare. Si tratta di una misura che avrebbe dovuto incentivare gli investimenti nel territorio degli Stati Uniti ma che secondo le conclusioni a cui sono giunti vari economisti statunitensi³⁹⁸, nella maggior parte dei casi ha invece generato una distribuzione dei profitti rimpatriati ai soci.

Nell'ordinamento italiano, a dieci anni dalla riforma fiscale del 2003 è in corso un'ulteriore modifica del sistema fiscale, che prevede, tra l'altro, l'introduzione di un nuovo regime di tassazione del reddito d'impresa per i soggetti Irpef, nell'ambito dei principi direttivi fissati dall'articolo 11 della legge delega n. 23 del 2014³⁹⁹.

Coerentemente con i criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, il nuovo regime di imposizione del reddito d'impresa favorirebbe la capitalizzazione delle imprese che esercitano la propria attività in una forma giuridica diversa dalla società di capitali, in continuità con quanto già avviene attraverso l'applicazione

³⁹⁷ Cfr. American Jobs Creation Act of 2004, Section 422: Incentives to reinvest foreign earnings in United States.

³⁹⁸ Cfr. DHARMAPALA, DHAMMIKA, C. FRITZ FOLEY, AND K. FORBES, *Watch What I Do, Not What I Say: The Unintended Consequences of the Homeland Investment Act*, in *Journal of Finance*, 2011 pp. 753-787; BLOUIN, JENNIFER L. AND KRULL, K. LINDA, *Bringing it Home: A Study of the Incentives Surrounding the Repatriation of Foreign Earnings Under the American Jobs Creation Act of 2004*, in *Journal of Accounting Research*, 2009, pp. 1027-1059.

³⁹⁹ Per un inquadramento generale del nuovo regime di tassazione del reddito d'impresa si veda: A. DI PIETRO, *L'Iri cambia la geometria del sistema*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 aprile 2012, p. 5. Come osserva l'Autore, la nuova imposta sul Reddito d'impresa ha l'obiettivo di eliminare il divario di tassazione esistente tra i soggetti passivi Irpef ed Ires nello svolgimento dell'attività d'impresa. Si tratta di un divario che si è accentuato dopo la riduzione dell'aliquota Ires, che dal 1° gennaio 2008 è scesa dal 33% al 27,5%. Inoltre, come rileva l'Autore, "con l'Iri si completerà quell'opera di manutenzione fiscale della base imponibile del reddito di lavoro autonomo che negli anni ha progressivamente portato alla sostanziale corrispondenza con il reddito d'impresa, nonostante la mancanza strutturale dell'organizzazione che ancora distingue i due redditi. Per rispondere alle attese delle imprese, l'Iri cambierà anche la geometria del sistema d'imposizione sui redditi: quella che, dal 1971, aveva, faticosamente, cercato di mantenere la propria identità, resistendo a riforme fiscali incompiute e integrando interventi settoriali contingenti".

dell'ACE. La possibilità di dedurre l'utile distribuito da tali soggetti dal proprio reddito d'impresa rappresenterebbe una novità assoluta nell'attuale sistema tributario italiano.

Dopo le novità introdotte con il decreto legge n. 66 del 2014, la tassazione complessiva società/socio ai fini Ires nel caso delle partecipazioni qualificate è ormai prossima ad un livello del 50%. Nel caso dei soggetti passivi IRI, invece, il livello massimo di imposizione applicabile ai redditi prodotti attraverso l'esercizio dell'attività d'impresa sarebbe pari al 43%, ossia pari all'aliquota marginale Irpef. La possibilità di dedurre l'utile distribuito dal reddito imponibile della società dovrebbe essere sufficiente a garantire l'eliminazione della doppia imposizione sulla quota di utile distribuita al socio e già sottoposta ad imposizione ai fini IRI in capo all'impresa, fatto salvo il problema relativo allo sfasamento temporale tra il momento di produzione dell'utile e quello della distribuzione di tale componente di reddito al socio.

Inoltre, i profili critici della nuova disciplina riguarderanno il problema del riporto delle perdite. Come rilevato dalla dottrina⁴⁰⁰, infatti, dovrebbe essere ammessa la possibilità di scomputare le perdite pregresse nella disponibilità dell'impresa da entrambi i segmenti reddituali espressi dai due diversi piani di imposizione, ossia il reddito d'impresa e quello relativo all'utile distribuito.

⁴⁰⁰ Cfr. A. MASTROBERTI, *Nel passaggio dall'imposizione proporzionale a quella progressiva da tenere fermo lo scomputo delle perdite pregresse*, in *Il Fisco*, 2013, p. 1-5894. A tal proposito l'Autore rileva che: "Anche in relazione ai redditi imputati per trasparenza, però, siamo in presenza di un unico reddito d'impresa riveniente dalla partecipazione (ved., in particolare, quanto previsto dall'art. 6, comma 3, per le società in accomandita semplice e le società in nome collettivo), prodotto dalla società partecipata, sicché è da ritenersi che l'imposizione venga ad essere traslata, per entrambi i piani, ovverosia quello attinente alla sfera Iri e quello che invece dovrebbe essere ricondotto all'imposizione progressiva Irpef, in capo al socio, trattandosi, comunque, di un'unica manifestazione reddituale relativa alla partecipazione nella società di persone che svolge attività commerciale, la cui matrice genetica porta a concludere per la classificazione nella categoria dei redditi d'impresa".

Analizzando la struttura delle entrate tributarie dei due ordinamenti esaminati, con riferimento al periodo d'imposta 2014, in base ai dati costantemente aggiornati dalle Autorità Fiscali di tali Paesi, si è rilevato che negli Stati Uniti le entrate da *Corporate Income Tax* rappresentano l'11,6% del totale delle entrate tributarie, mentre nel nostro Paese le entrate derivanti dall'IRES rappresentano circa il 6,2% delle entrate tributarie totali. In entrambi gli Stati la quota maggiore di entrate deriva dall'imposta sul reddito delle persone fisiche (Stati Uniti 45,6% - Italia 40,5%).

Infine, considerati i problemi di finanza pubblica comuni ai maggiori Paesi, la vera sfida per il futuro sarà quindi non tanto quella di riequilibrare il rapporto di tassazione tra società e soci persone fisiche già residenti, ma piuttosto quella di definire nuove modalità di tassazione dei soggetti non residenti, per due ordini di motivi. In primo luogo, sempre più spesso i grandi gruppi societari conseguono elevati profitti in alcune giurisdizioni senza contribuire, se non marginalmente, alle entrate tributarie di tali Paesi. In secondo luogo, la progressiva digitalizzazione dell'economia richiede un'evoluzione, non più rinviabile, dei principi di tassazione internazionale.

Una volta che l'OCSE avrà ultimato i lavori relativi al progetto BEPS sarà quindi indispensabile che tutti i Paesi si impegnino a recepire le norme di contrasto al fenomeno del *profit shifting*, contribuendo così ad una più equa ripartizione tra essi delle entrate tributarie relative agli utili prodotti dai gruppi societari su base mondiale.

BIBLIOGRAFIA

- A. AMATUCCI, *Soggettività tributaria*, in Enc. giur., XXIX, Roma, 1993, p. 1.
- M. ANDRIOLA, *Compensazione infragruppo di perdite pregresse: dov'è l'elusione fiscale?*, in Rass. Trib., 2007, p. 1143.
- E. ANTONINI, *Personalità giuridica e imposta sulle persone giuridiche*, in Riv. Dir. Fin. Sc. Fin., 1978, pp. 381 e ss..
- R. S. AVI-YONAH, N. SARTORI & O. MARIAN, *Global Perspectives on Income Taxation Law*, 2011, p. 154.
- R.S. AVI-YONAH, *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*, in Cambridge Tax Law Series, Cambridge Univ. Press, 2007, p. 182.
- R. S. AVI-YONAH, *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State*, 113 Harv. L. Rev. 1575, 1593-97, 2000.
- M. BALDACCI, *Alcune riflessioni sull'Aiuto alla Crescita Economica (ACE)*, in Rass. Trib., 2014, p. 711 e ss..
- S. A. BANK., *Entity theory as Myth in the origins of the corporate income tax*, 43 Wm. & Mary L. Rev., 2001.
- M. BARASSI, *Comparazione giuridica e studio del diritto tributario straniero*, in Diritto tributario internazionale (coordinato da V. UCKMAR), 2005, p. 1499.
- M. BARGAGLI, M. THIONE, *Tassabilità dei dividendi provenienti indirettamente da "black list": problematiche applicative*, in Il Fisco, 2011, pp. 3656 e ss..
- L. BARONE, R. LUPI, D. STEVANATO, A. ZOPPINI, *Accordi di consolidamento tra diritto civile e diritto tributario*, in Dial. Trib., 2004, p. 1336.
- M. BASILAVECCHIA, *La nuova imposta sul reddito delle società (IRES): lineamenti generali*, in Imposta sul reddito delle società (IRES), opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007.
- M. BASILAVECCHIA, *"Tonnage tax" e "tax lease scheme"*, in Corr. Trib., 2007, pp. 3800 e ss..

- M. BEGHIN, *Il consolidato nazionale*, in AA.VV. (a cura di F. TESAURO), *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, Bologna, 2007, pp. 558 ss..
- B. I. BITTKER AND J. S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 7th edition, WG&L, New York, 2006.
- BLOUIN, JENNIFER L. AND KRULL, K. LINDA, *Bringing it Home: A Study of the Incentives Surrounding the Repatriation of Foreign Earnings Under the American Jobs Creation Act of 2004*, in *Journal of Accounting Research*, 2009, pp. 1027-1059.
- R. BOOTH, *Financing the Corporation*, Thomson Reuters, 2011.
- P. BORIA, *Il transfer pricing interno come possibile operazione elusiva e l'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2013, pp. 427 e ss..
- Y. BRAUNER, *United States*, in AA. VV: (G. MAISTO ed.), *Residence of Companies Under Tax Treaties and EC Law*, 2009, IBFD, pp. 855- 865.
- M. CALVA, K. CHANDRASEKHAR & M. GAFFNEY, *Chapter 17 United States in Transfer Pricing and Intra-Group Financing (A. BAKKER & M.M. LEVEY eds.)*, Amsterdam, 2012, Online Books IBFD.
- S. CAPOLUPO, *Alcune considerazioni sulla tassazione dei dividendi*, in *Il Fisco*, 2004, pp. 1-8007 e ss..
- L. CARPENTIERI, R. LUPI, D. STEVANATO, *"Transfer pricing interno" tra abuso del diritto e valore normale*, in *Dial. Trib.*, 2013.
- L. CARPENTIERI, *Valore normale e transfer pricing "interno" ovvero alla ricerca dell'arma accertativa perduta*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2013, pp. 448 e ss..
- L. CARPENTIERI, *Le prospettive evolutive dell'Ires: la participation exemption*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, pp. 371 e ss..
- L. CARPENTIERI, *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Milano, 1997.
- D. CASALE, *Il consolidato nazionale*, in AA. VV. (a cura di C. BUCCICO), *La tassazione dei gruppi d'impresa*, 2014, Maggioli Editore, p. 149.
- B. CASSELMAN, J. LAHART. *Companies shun investment, hoard cash*, in *Wall Street Journal*, September 17, 2011.
- L. CASTALDI, *Soggettività tributaria*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, VI, Milano, 2006, p. 5621.

- V. CERIANI, S. GIANNINI, *La tassazione delle società nel contesto comunitario*, in AA.VV. (a cura di P. RUSSO), *La riforma dell'imposta sulle società*, 2005, Giappichelli, pp. 1-38.
- R. CORDEIRO GUERRA, *La disciplina del transfer price nell'ordinamento italiano*, in Riv. dir. trib., 2000, pp. 421 e ss..
- L.R. CORRADO, R. LUPI, *Cautele contro le esenzioni di dividendi esteri: perché cambiare da "corrisposti" a "provenienti"?*, in Dial. Trib., 2012, p. 328.
- G. COTTANI, *Italian Transfer Pricing Legislation: An International Perspective*, in Bulletin for International Taxation, 2010, p. 463 e ss..
- A. CRAIG, *Open your eyes: what the "open skies" cases could mean for the US tax treaties with the EU member states*", in Bulletin, 2003, IBFD, Amsterdam, p. 63.
- F. DAVIS & C. MCGILL, JR., *Corporate Charitable Contributions and the Constructive Dividend Problem*, in 8 J. Corp. Tax'n 323, 1982.
- J. M. DEL BO, D. PESOLE, *Il Governo riapre il cantiere dell'IRES*, in Il Sole 24 Ore, 24 giugno 2006.
- L. DEL FEDERICO, *Riforma Ires: introduzione della tonnage tax*, in Il Fisco, 2004, pp. 36 e ss..
- E. DELLA VALLE, *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, in Riv. Dir. Trib., 2009, pp. 133 e ss..
- E. DELLA VALLE, G. MELIS, *Possono essere ripresi a tassazione gli interessi relativi ad un finanziamento infruttifero erogato a consociate estere comunitarie?*, in Dir. Prat. Trib. Int., 2007, p. 512.
- DHARMAPALA, DHAMMIKA, C. FRITZ FOLEY, AND K. FORBES, *Watch What I Do, Not What I Say: The Unintended Consequences of the Homeland Investment Act*, in Journal of Finance, 2011, pp. 753-787.
- J. DIAZ DE LEON GALARZA, *Tax Reforms to the Maquiladora Regime*, 21 Intl. Transfer Pricing J. 3, Amsterdam, Journals IBFD, 2014.
- A. DI PIETRO, *L'Iri cambia la geometria del sistema*, in Il Sole 24 Ore, 23 aprile 2012, p. 5.
- T. DI TANNO, *Linee guida per una possibile riforma dell'imposizione societaria*, in Dial. Dir. Trib., 2006.
- A. DODERO, G. FERRANTI, L. MIELE, *L'imposta sul reddito delle società, seconda edizione*, 2006, pp. 19-30.

G. ESCALAR, *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 *Rass. Trib.*, 2003.

A. FANTOZZI, *I rapporti di gruppo*, in AA.VV. (a cura di P. RUSSO), *La riforma dell'imposta sulle società*, 2005, Giappichelli, pp. 167-190.

A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle imposte sui redditi ed altri scritti - Studi in memoria di A. E. Granelli*, Roma, 1990, p. 21.

G. FERRANTI, *Le possibili correzioni alla participation exemption*, in *Dial. Dir. Trib.*, 2006.

G. GAFFURI, *Il consolidato domestico nella disciplina dell'imposta riformata sulle società*, in *Trib. Imp.*, 2004, p. 23.

F. GALLO, *Riforma del diritto societario e imposta sul reddito*, in *Giur. Comm.*, 2004, p. 272.

F. GALLO, *I soggetti del libro primo del codice civile e l'Irpeg: problematiche e possibili evoluzioni*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1993, pp. 345 e ss..

N. GANDAL, *Why Does Uncle Sam Hate American Expats?*, in *The Wall Street Journal*, December 17, 2014, p. 16.

F. GHISELLI, *Gli utili "provenienti" da società residenti in Paesi a fiscalità privilegiata*, in *Il Fisco*, 2006, pp. 1-6829.

M. GIACONIA, A. PREGAGLIA, *L'Agenzia delle entrate illustra la disciplina dei dividendi da stati o territori "black-list"*, in *Corr. Trib.*, 2010, p. 3466.

M. J. GRAETZ, *The David R. Tillinghast Lecture: Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies*, 54 *Tax L. Rev.* 261, 2001, p. 320.

M. GRAZIOLI, M. THIONE, *Il refreshing delle perdite nel consolidato fiscale*, in *Il Fisco*, 2011, p. 4172.

M. GREGGI, *La fiscalità dei gruppi di società: profili tributari italiani e comparati*, in *Rass. Trib.*, 2002.

A. GUACCERO, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli Stati Membri. Europa vs. USA*, in *Eur. e Dir. Priv.* 2007, pp. 133 e ss..

M.S. HOOSE, *Chapter 22: United States*, in *Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law* (G. MAISTO ed.), Amsterdam, Online Books IBFD, 2012.

- C. H. JOHNSON, *Replace the Corporate Tax With a Market Capitalization Tax*, in *Tax Notes*, December 10, 2007, p. 1082.
- H. KANDA AND S. LEVMORE, *Taxes, Agency Cost, and the Price of Incorporation*, 77 Va. L. Rev. 211, 1991.
- M. S. KIRSCH, *Taxing Citizens in a Global Economy*, 82 N.Y.U. L. Rev. 443, 465–67, 2007.
- E. D. KLEINBARD, *The lessons of Stateless income*, 65 Tax L. Rev. 99, 2011.
- M. LEOTTA, M. MAZZETTI DI PIETRALATA, L. LAZZARINI, R. LUPI, *"Transfer pricing" e presenza di soci esterni nella compagine sociale*, in *Dial. Trib.*, 2012, p. 442.
- E. MACARIO, *La tonnage tax tra norme di attuazione, correttivo Ires e collegato alla legge Finanziaria per l'anno 2006*, in *Il Fisco*, 2006, pp. 545 e ss..
- R. F. MANGEL, Jr., *Organization opposes Korean Accumulated Earnings Tax*, in *Tax Notes Today*, October 5, 1992.
- F. MARCHETTI, *Il regime fiscale in Italia dei dividendi, interessi, capital gains e royalties destinati a soggetti non residenti*, in AA.VV. (coordinato da V. UCKMAR), *Corso di diritto tributario internazionale*, Cedam, 1999, pp. 103-120.
- O. MARIAN, *Jurisdiction to Tax Corporations*, 54 *B.C.L. Rev.*, 2013, pp. 1613-1665.
- O. MARIAN, *Meaningful Corporate Tax Residence*, in *Tax Notes*, 2013, p. 478.
- G. MARINO, *Esterovestizione ed estero-certificazione: due facce della stessa medaglia*, in *Rass. Trib.*, 2013, pp. 1019 e ss..
- P. MARONGIU, *Aspetti comparati del consolidato fiscale: la disciplina tedesca*, in *Fisc. Int.*, 2005, pp. 205 e ss.
- G. MARONGIU, P. MARONGIU, *Il consolidato fiscale domestico nello "schema di decreto" fra proposte di disciplina generale e dubbi di costituzionalità in tema di responsabilità solidale*, in *Il Fisco*, 2003, p. 1-6363.
- A. MASTROBERTI, *Nel passaggio dall'imposizione proporzionale a quella progressiva da tenere fermo lo scomputo delle perdite pregresse*, in *Il Fisco*, 2013, p. 1-5894.
- M. J. MCINTYRE, *Determining the Residence of Members of a Corporate Group*, in 51 *Can. Tax J.* 1567, 1571, 2003.

W. S. MCKEE, W. F. NELSON, R. L. WHITMIRE, *Federal Taxation of Partnerships and Partners*, 4th edition, Thomson Reuters, New York, 2007.

G. MELIS, R. TISCINI, *La tassazione del reddito di impresa: problemi attuali e prospettive di riforma in chiave comparatistica*, in *Rass. Trib.*, 2014, pp. 97 e ss..

G. MELIS, *Le interrelazioni tra le nozioni di residenza fiscale e stabile organizzazione: problemi ancora aperti e possibili soluzioni*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2014, pp. 29 e ss..

G. MELIS, *La nozione di “dividendo” tra normativa tributaria ed evoluzione del diritto delle società*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2013, p. 1031.

G. MELIS, *Lezioni di Diritto Tributario*, Giappichelli, 2013, p. 520.

C. MICHEAU, *WTO Law and Tax Subsidies: Towards Establishing Jurisprudential Standards*, in *Bulletin for International Taxation* vol. 61, 2007, pp. 551-552.

G. A. MICHELI, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1977, pp. 419 e ss..

E. MIGNARRI, *Trattamento fiscale dei dividendi di fonte estera*, in *Il Fisco*, 2010, pp. 1-6490.

E. MIGNARRI, *Trattamento fiscale dei dividendi di fonte estera: la disciplina in vigore e le problematiche interpretative e applicative*, in *Il Fisco*, 2007, pp. 1-5448.

R. MINERVINO BISPO, *Cross-Border Intra-Group Hybrid Finance: A Comparative Analysis of the Legal Approach Adopted by Brazil, the United Kingdom and the United States*, in *European Taxation*, 2013, IBFD, p. 378.

M. L. MOORE, E. OUTSLAY, G. A. MCGILL, *U.S. Tax Aspects of Doing Business Abroad*, 6th edition, American Institute of Certified Public Accountant, Inc., New York, 2005, pp. 299-372.

S. MORATTI, *Il consolidato fiscale nazionale*, Giappichelli Editore, 2013, p. 134.

F. M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Giuffrè, 2010, pp. 73-74.

M. PIAZZA, G. D'ANGELO, M. VALSECCHI, *Aspetti fiscali del trasferimento della sede in Italia*, in *Il Fisco*, 2015, p. 1-56 e ss..

M. PIAZZA, *Azioni, obbligazioni e strumenti finanziari partecipativi nella riforma fiscale*, in *Il Fisco*, 2004, p. 1-620.

P. PICCONE FERRAROTTI, *La nozione di utili da partecipazione e contiguità con le altre tipologie di redditi di capitale*, in AA.VV. (a cura di G. MAISTO), *La tassazione dei dividendi intersocietari. Temi attuali di diritto tributario italiano, dell'Unione Europea e delle convenzioni internazionali*, Milano, 2011, p. 45.

P. PISTONE, *La incompatibilità della ritenuta sui dividendi in uscita con il diritto europeo (in parte) ingiustamente giustificata*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2010, pp. 509-515.

W.T. PLUMB, *The Federal Income Tax Significance of Corporate Debt: A Critical Analysis and a Proposal*, in *26 Tax L. Rev.* 369, 1971, p. 447.

F. PORPORA, *Problematiche applicative della thin cap alle operazioni straordinarie*, in *Il Fisco*, 2006, p. 1-67.

E. POTITO, *Soggetto passivo di imposta*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 1226.

RABY AND RABY, *Do Adjacent Country Corporations Still Exist?*, *Tax Notes*, March 12, 1998.

F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria - Profili ricostruttivi di un modello impositivo*, Cedam, 2012, pp. 1-387.

F. RASI, *La tassazione dei redditi societari in ambito U.E.: il nuovo modello italiano a confronto con i sistemi degli altri paesi*, in *Rass. Trib.*, 2004, pp. 1789 e ss.

M.J. ROE, *Delaware's Competition*, 117 *Harv. L. Rev.* 588, 2003.

M. ROSSI, *L'applicazione dei trattati fiscali alle "partnership" e agli enti ibridi*, in AA. VV. (coord. da V. UCKMAR), *Diritto Tributario Internazionale*, 2005, p. 283-284.

M. ROSSI, *Italy's New Check-the-Box Rules*, in *Tax Notes Int.*, 2005.

P. ROSSI MACCANICO, *L'opzione tra integrazione e doppia tassazione degli utili societari negli Stati Uniti. Il raffronto internazionale*, in *Rass. Fisc. Int.*, 2003.

P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, in AA.VV. (a cura di P. RUSSO), *La riforma dell'imposta sulle società*, 2005, Giappichelli, p. 74.

C. SACCHETTO, *Le fonti del diritto internazionale tributario*, in *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, 2002, p. 44.

L. SALVINI, *Diritto Societario e Diritto Tributario: dieci anni dalle riforme*, in *Giur. Comm.*, 2014, p. 698.

L. SALVINI, *Atto di accertamento “unico” per la rettifica dei redditi dei soggetti aderenti al consolidato*, in *Corr. Trib.*, 2011, pp. 2824 e ss..

L. SALVINI, *Accertamento, adesione e altre forme di definizione nel consolidato nazionale*, in *Corr. Trib.*, 2010, pp. 3073 e ss..

B. SANTACROCE, *Esterovestizione: è legittimo il disconoscimento dei costi e delle imposte estere?*, in *Corr. Trib.*, 2011, pp. 545 e ss..

M.S. SCHADEWALD & R.J. MISEY, JR., *Practical Guide to U.S. Taxation of International Transactions*, Fifth Edition, CCH, 2005, Chicago.

R. SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi – Redditi prodotti in forma associata*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, diretta da F. TESAURO, I, Torino, 1994, p. 125.

J. A. SEIDA AND W. F. WEMPE, *Effective Tax Rate Changes and Earnings Stripping Following Corporate Inversion*, in *National Tax Journal* 57 (4), 2004, pp. 805- 828.

P. SELICATO, *L'attuazione del tributo nel procedimento amministrativo*, Milano, 2001, p. 151.

D. SHAVIRO, *The David R. Tillinghast Lecture: The Rising Tax Electivity of U.S. Corporate Residence*, in 64 *Tax L. Rev.* 377, 381–85, 2011.

V. TAMBURRO, *Prelievo più alto per le partecipazioni non qualificate*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 giugno 2014, p. 49.

V. TAMBURRO, *L'opzione per il riconoscimento del credito d'imposta sui dividendi esclude l'applicazione della Direttiva “Madre-Figlia”: considerazioni a seguito del recente pronunciamento della Corte di Cassazione*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2012, pp. 813-823.

F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte Speciale*, Utet, 2009.

G. TINELLI, *Troppi pesi per la controllante*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 luglio 2004, p. 21.

G. TINELLI, *Consolidato al bivio verifica*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 giugno 2004, p. 24.

A. TOMASSINI, *La responsabilità per imposte e sanzioni nel consolidato nazionale nella dinamica del procedimento di accertamento*, in *Rass. Trib.*, 2008, p. 375.

M. E. TRON, M. A. MARTINEZ-BORJA, *Maquiladoras: US and Mexican implications*, in *International Transfer Pricing Journal*, Amsterdam, IBFD, 2001.

V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, C. CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale*, II ed., Padova, 2012.

P. VALENTE, *Base Erosion e Profit shifting: l'Action plan dell'OCSE*, in *Il Fisco*, 2013, p. 5744.

P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie Imposizioni*, VI edizione, IPSOA, 2012, p. 1130.

G. VISENTINI, F. MARCHETTI, G. MELIS, *L'imposta sul reddito delle società (IRES): spunti di approfondimento su alcuni aspetti qualificanti della riforma*. Testo dell'audizione informale presso il Senato della Repubblica, VI Commissione Finanze e Tesoro, disponibile, nel momento in cui si licenzia il presente scritto, al seguente indirizzo:

<http://archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/osservatori/tributario/IRES.pdf>;

M. WIDRIG, *The Expression "by Reason of His Domicile, Residence, Place of Management..." as Applied to Companies*, in AA. VV., (G. MAISTO ed.), *Residence of Companies Under Tax Treaties and EC Law*, 2009, IBFD, Amsterdam, pp. 282-284.

G. ZIZZO, *Osservazioni in tema di consolidato nazionale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004 p. 635.