

Livia Salvini

**I REGIMI FISCALI E LA
CONCORRENZA TRA IMPRESE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

I regimi fiscali e la concorrenza tra imprese (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Differenziazione fisiologica dell'imposta sulle società nei Paesi UE. — 3. Differenziazione patologica dell'imposta sulle società nei Paesi UE ed extracomunitari. — 4. Caratteristiche e limiti di utilizzabilità di alcune tecniche di pianificazione fiscale internazionale delle imprese.

1. *Premessa.* — 1.1. Il prelievo tributario, e più in generale l'insieme delle regole fiscali che un'impresa è tenuta ad osservare, costituiscono con ogni evidenza fattori fondamentali che incidono sui suoi risultati economici e quindi sulla sua competitività, nel mercato interno e in quello internazionale. L'incidenza del fattore fiscale non è certo limitata alle singole imprese, ma si riflette inevitabilmente nell'andamento e nei risultati dell'intera economia nazionale. Se dunque il Fisco è un potente mezzo a disposizione degli Stati per aumentare la competitività delle proprie imprese e per attrarre ed incentivare investimenti tanto interni quanto esterni mediante una ridotta pressione fiscale, la dimensione complessiva del prelievo, nell'ottica del singolo Stato, dipende da una molteplicità di fattori, ed *in primis* dal livello di spesa pubblica che si vuole (o che si è costretti a) sostenere e dalle politiche redistributive della ricchezza, che travalicano l'ambito prettamente economico e toccano nodali aspetti politici e sociali.

Per gli Stati che fanno parte dell'Unione Europea, questo quadro già di per sé estremamente complesso e dall'instabile equilibrio si complica ulteriormente a causa dell'articolazione su più piani dei centri decisionali: le competenze comunitarie sulla misura e sulla eventuale riduzione del livello di indebitamento statale, sulla disciplina e sulla misura dei tributi armonizzati, nonché su determinati aspetti della regolazione della concorrenza fiscale tra Stati sono destinate ad incidere pesantemente sull'autonomia che gli Stati membri conservano e rivendicano in materia fiscale.

I Paesi dell'Unione come è ben noto hanno scelto, in base al principio di sussidiarietà, di non interferire sulle discipline nazionali in materia di imposte sul reddito, essendo queste materia di competenza esclusiva degli Stati membri; l'unico limite è che — come costantemente precisa la Corte di Giustizia — tale competenza deve essere esercitata nel rispetto dei principi e libertà fondamentali (e dunque osservando ad esempio i principi di non discriminazione e di proporzionalità, rispettando le libertà fondamentali di stabilimento e di libera circolazione e, per quanto qui più interessa, salvaguardando la concorrenza). Al

(*) È il testo della relazione tenuta al Convegno di studio «Unione europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati» il 19 settembre 2014 a Courmayeur.

contrario, le imposte che giuridicamente o economicamente colpiscono gli scambi (le imposte doganali, l'IVA, le accise) sono state oggetto di armonizzazione, in quanto rientrano tra gli scopi fondanti della Comunità la creazione di un'area di libero scambio con l'eliminazione degli ostacoli fiscali alle transazioni commerciali interne e la realizzazione di un mercato comune uniformemente regolato nei rapporti coi Paesi terzi.

Dalla fondazione della Comunità ad oggi si sono susseguiti numerosi tentativi di ravvicinamento di alcuni aspetti dell'imposizione sui redditi degli Stati membri, ma essi sono quasi sempre falliti, soprattutto quando interessavano profili di tassazione domestica ⁽¹⁾; solo per quanto concerne la tassazione di flussi transnazionali di reddito si è talvolta registrata una convergenza di interessi sufficiente a giungere alla regolazione normativa (ad esempio, la Direttiva 90/435/CEE sulla tassazione dei dividendi c.d. Direttiva "madre-figlia").

Si suole dunque dire che, per quanto attiene la tassazione diretta, la politica fiscale dell'UE è essenzialmente negativa, cioè è diretta a limitare sotto determinati aspetti, in ossequio ai principi comunitari, l'autonomia degli Stati membri, senza dettare norme di armonizzazione e senza perseguire, esplicitamente, politiche fiscali proprie ⁽²⁾; non vi è dubbio, peraltro, che l'Unione spesso attua implicitamente vere e proprie politiche fiscali "attive" applicando le suddette limitazioni attraverso la giurisprudenza e gli atti di *soft law* ⁽³⁾.

L'autonomia rivendicata dagli Stati in materia di imposte sul reddito trova le sue radici nella centralità di queste imposte (specie di quelle applicate nei confronti delle persone fisiche, ma non solo) per il perseguimento delle politiche economiche e sociali dei singoli Paesi, anche per le evidenti relazioni che il livello complessivo dell'imposizione, cui le imposte sul reddito concorrono in modo determinante, ha con l'adozione dei sistemi di *welfare* e più in generale con la dimensione della spesa pubblica. Questi aspetti, così come quelli relativi all'obbligo di contribuire ed ai criteri di riparto di tale spesa sono invece estranei alla sfera comunitaria, o meglio lo sarebbero, dato che l'UE influisce sugli stessi — sebbene in modo indiretto e sulla base di una specifica cessione di sovranità da parte degli Stati membri — ogniqualvolta vengano stipulati in sede comunitaria

⁽¹⁾ Si vedano anche i tentativi, da lungo tempo in atto e finora non coronati da successo, di costituire una base imponibile comune (CCTB) per le imprese multinazionali. Può invece ascrivere ad un tentativo riuscito di armonizzazione il recepimento in sede comunitaria degli IAS/IFRS, per i quali ostano però ad un'effettiva azione uniformatrice in sede fiscale sia le differenti scelte operate negli Stati membri sull'obbligatorietà alla loro adozione in settori diversi da quello bancario ed assicurativo, sia le difformi impostazioni dei sistemi fiscali nazionali in ordine alla derivazione dell'imponibile fiscale dal risultato di bilancio.

⁽²⁾ Sulla configurazione in termini essenzialmente "negativi" della fiscalità comunitaria vi è una sostanziale convergenza: v. tra gli altri BORIA, *Diritto Tributario Europeo*, Milano, Giuffrè, 2010; INGROSSO, *La comunitarizzazione del diritto tributario e gli aiuti di Stato*, in INGROSSO-G. TESAURO (a cura di), *A agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Napoli, Jovene, 2009, 9 ss. La situazione non è mutata, perlomeno esplicitamente, con il Trattato di Lisbona, che non ha modificato le competenze fiscali dell'UE: cfr. MELIS-PERSIANI, *Trattato di Lisbona e sistemi fiscali*, in *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, a cura di SALVINI-MELIS, Padova, Cedam, 2014, 305; si veda comunque per approfondimenti il par. 5.

⁽³⁾ V. sul punto, per tutti, BASILAVECCHIA, *L'evoluzione della politica fiscale dell'UE*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, I, 361.

accordi o vengano adottati atti in materia di bilancio dei Paesi membri, ed *in primis* il c.d. “Patto di stabilità e crescita” ed i suoi regolamenti attuativi, il *Fiscal Compact*, il *Six Pack*.

L’incidenza diretta o indiretta delle politiche comunitarie sia sul versante delle entrate che su quello della spesa pone evidentemente il problema, cui ho accennato — e che non è però il caso di trattare qui in termini generali, anche perché sarà oggetto della relazione del prof. Gallo —, della legittimazione degli organi che tali politiche decidono e adottano, nonché quello della possibile divergenza degli interessi tutelati in sede comunitaria da quelli tutelati dalle Costituzioni degli Stati membri e decisi dai loro organi rappresentativi.

1.2. Dall’assenza di armonizzazione in materia di imposte sul reddito risulta un quadro molto variegato di regimi e di criteri di determinazione della base imponibile ⁽⁴⁾, nonché di aliquote nei diversi Paesi comunitari, suscettibile senza dubbio di creare distorsioni e comportamenti opportunistici, tanto da parte degli Stati, indotti a prevedere aliquote basse per favorire l’insediamento di imprese straniere, tanto dei contribuenti per sfruttare i regimi fiscali più favorevoli.

Non è agevole stabilire, in linea di principio, se la concorrenza (fisiologica, ovvero lecita) tra regimi fiscali inneschi delle dinamiche virtuose oppure perverse; fermo restando che comunque le istituzioni comunitarie ne valutano positivamente l’esistenza ⁽⁵⁾, nell’interesse dei contribuenti e dell’efficienza economica del mercato, sul che si può senza dubbio concordare. Da un lato, infatti, il perseguimento di una concorrenza fiscale tra Stati fine a se stessa può avere ripercussioni negative sugli assetti dello stato sociale, innescando così una corsa verso il basso. Dall’altro, in una prospettiva più favorevole la concorrenza incentiva l’adozione di politiche “positive” comuni ed innesca quindi una corsa verso l’alto ⁽⁶⁾; è esperienza condivisa anche da altri settori del diritto, infatti, che non vi sia necessariamente una relazione di alternatività tra concorrenza regolatoria ed armonizzazione, potendo esse coesistere virtuosamente ⁽⁷⁾.

La recentissima creazione di Fiat Chrysler Automobiles, con sede legale in Olanda e domicilio fiscale nel Regno Unito, appare un caso emblematico di localizzazione di un’impresa in base a (legittime, ovviamente) scelte operate in base alla concorrenza regolatoria. Come è stato osservato, “dove costituire l’ente al quale l’impresa sarà intestata, poco o nulla importando dove (in quale territorio) questa produca beni o servizi, è opzione suscettibile, oggi, di maturare razionalmente grazie alla ponderazione dei costi giuridici del successo (dell’im-

⁽⁴⁾ Il che consiglia cautela nel valutare i risultati della semplice comparazione di aliquote. Per una recente rassegna delle principali caratteristiche dei diversi regimi impositivi nell’UE, cfr. COPPOLA, *Il fisco come leva ed acceleratore delle politiche di sviluppo*, Padova, Cedam, 2012, 183 ss.

⁽⁵⁾ COM(2001)260 def.

⁽⁶⁾ AULT, *Concorrenza fiscale: corsa verso l’alto o verso il basso?* Napoli, Scinentifica, 2008, 8 ss.

⁽⁷⁾ SPADA, *Regole e giurisdizioni in concorrenza: il crepuscolo della sovranità*, Napoli, 2009, 21 ss. Per la materia fiscale, sullo stemperarsi del concetto di “armonizzazione” in quelli di “ravvicinamento” e “coordinamento” dopo il Trattato di Lisbona, v. MELIS-PERSIANI, (nt. 2), 306 e per la rilevanza di tali nuovi orientamenti nell’ambito dell’imposizione indiretta INGROSSO, (nt. 2), 27 ss.

presa che fa profitti) e dei costi giuridici del dissesto. La legittimità di questa ponderazione (che piace a molti dire arbitraggio) è oggi un acquisito del diritto comunitario” (8).

Ed è un *acquis* non solo nel diritto societario ma anche — in assenza di pratiche abusive, come si vedrà — nel diritto tributario. Dunque, FCA ha stabilito la sede in Olanda per le più confacenti regole di diritto societario e il domicilio fiscale nel Regno Unito per la più favorevole tassazione diretta e per il *network* di trattati contro le doppie imposizioni.

Del resto, a parte le considerazioni di carattere etico, è sempre meno frequente che grandi imprese multinazionali sfruttino con proprie *subsidiaries* i regimi dei paradisi fiscali, a causa della fitta rete di contromisure prese, sia dai singoli Stati che a livello sovranazionale, contro le società ivi stabilite e contro quelle che con esse hanno rapporti commerciali. Ne risulta dunque aumentato l'*appeal* di quei Paesi europei che possono garantire contemporaneamente un basso livello di tassazione, ovvero regimi favorevoli per specifiche componenti reddituali, e l'appartenenza all'UE con il relativo corredo di regole comuni e di garanzie.

Ma vi è di più. La differenziazione dei regimi di imposizione sui redditi, che come si è detto si manifesta anche su piani diversi ed ulteriori rispetto alle semplici differenze di aliquota, si presta altresì a manovre ben più complesse, da parte delle imprese, del semplice insediamento nel Paese che garantisce il trattamento più favorevole. Vengono così poste in essere articolate serie di operazioni, con la creazione e partecipazione di più soggetti residenti in diversi Paesi europei, per sfruttare le differenze tra i regimi impositivi e tra i trattati contro le doppie imposizioni da essi stipulati. In maniera tale che il complessivo trattamento fiscale di queste entità “sfugge di mano” allo stesso legislatore dei singoli Paesi. Come si accennerà in seguito, molti grandi gruppi societari a livello mondiale, specialmente — ma non solo — nei settori delle *new economies*, basano le loro strategie di ottimizzazione fiscale proprio sull'utilizzo (o lo sfruttamento) delle asimmetrie dei regimi tributari dei diversi Paesi comunitari.

1.3. artendo da queste considerazioni di base la mia relazione si articolerà su tre temi: la differenziazione fisiologica dei regimi fiscali tra gli Stati membri dell'UE; la differenziazione patologica dei regimi fiscali, tanto all'interno quanto all'esterno dell'UE; le caratteristiche e limiti di utilizzabilità di alcune tecniche di pianificazione fiscale internazionale delle imprese.

2. *Differenziazione fisiologica dell'imposta sulle società nei Paesi UE.* — Il *trend* dell'imposizione societaria in Europa segue alcune linee ben individuabili. Negli ultimi venti anni si è assistito ad una netta discesa dell'aliquota media europea, passata dal 35% al 23% e si è anche ridotta la distanza tra l'aliquota più alta e quella più bassa tra i Paesi ora facenti parte dell'UE; distanza che però ancora attualmente è molto elevata, se si pensa che la Bulgaria ha un'aliquota solo del 10%. Negli ultimi quattro anni la tendenza delle aliquote è rimasta

(8) SPADA, (nt. 7), 14.

stabile, ma nel 2014 quattro Stati hanno ridotto sensibilmente il *Corporate Tax Rate*, tra cui il Regno Unito, che lo ha portato dal 23% al 21% e progetta di ridurlo ulteriormente.

Neanche a dirlo, l'Italia non si colloca brillantemente in questa classifica, con un'aliquota del 31,4%, calcolata come somma dell'aliquota IRES del 27,5% e dell'IRAP al 3,9% ⁽⁹⁾: peggio di noi fanno solo il Belgio (34%), la Francia (al *top* con il 38%), il Portogallo (31,5%) e Malta (35%) ⁽¹⁰⁾. A ciò si aggiunga che in Italia sono previste gravose addizionali IRES (non comprese in queste medie) a carico di alcuni settori produttivi (la c.d. *Robin Hood Tax* che colpisce le imprese del settore energetico, nonché quelle bancarie ed assicurative ⁽¹¹⁾), introducendo non solo una penalizzazione delle nostre imprese in ambito internazionale, ma anche una irragionevole discriminazione interna tra settori produttivi colpiti e non colpiti dalla Robin Hood Tax che passerà prossimamente al vaglio della Corte Costituzionale.

Le imprese italiane, che già si connotano per una scarsa redditività dovuta tra l'altro ad insufficienti investimenti sia pubblici che privati nella ricerca e nell'internazionalizzazione, soffrono perciò ulteriormente di un peso fiscale che ha pochi uguali in Europa con riguardo alle imposte sul reddito e che è in assoluto il più elevato se si guarda alla pressione fiscale complessiva ⁽¹²⁾.

Ovviamente la concorrenza fiscale non si fa solo con le aliquote. Hanno un'importanza determinante l'ampiezza della base imponibile (diversi Paesi europei, ed anche l'Italia dal 2008, hanno bilanciato la riduzione dell'aliquota con l'ampliamento della base ⁽¹³⁾) ed altri fattori di carattere più generale, come la stabilità delle norme tributarie, il numero e la complessità degli adempimenti fiscali, la possibilità di ottenere *ruling* preventivi per determinare lo *status* fiscale di un determinato soggetto e/o il suo regime impositivo, la certezza e semplicità delle regole sostanziali e procedurali, la ragionevolezza e proporzionalità delle sanzioni (aspetti, questi ultimi due, toccati — seppur non in modo particolarmente incisivo — dalla delega fiscale ora in fase di attuazione), l'efficienza dell'amministrazione finanziaria (per esempio per quanto attiene la qualità degli accertamenti fiscali e la celerità dei rimborsi), i tempi del processo tributario e la qualità dei giudizi.

⁽⁹⁾ La quale tuttavia, avendo una base imponibile maggiore di quella dell'IRES, determina un'incidenza effettiva maggiore di quella nominale del prelievo sugli utili di impresa. È appena il caso di rilevare, inoltre, che l'IRAP è senz'altro un notevole disincentivo all'insediamento nel nostro Paese delle imprese *labour intensive* e un corrispondente fattore negativo che incide sulla competitività delle nostre imprese rispetto a quelle estere.

⁽¹⁰⁾ Dati tratti da: EUROSTAT, *Taxation Trends in the European Union*, 2014.

⁽¹¹⁾ Si tratta delle addizionali del 6,5% prevista dall'art. 81, comma 16, d.l. n. 112/2008 per le imprese del settore energetico e dell'8,5% prevista dall'art. 2, comma 2, d.l. n. 133/2013 per gli enti creditizi e finanziari e le società ed enti che svolgono attività assicurativa.

⁽¹²⁾ Per quanto riguarda la pressione fiscale complessiva, l'Italia è l'ultima in Europa (65,8% dei profitti commerciali su una media EU&EFTA del 41,1%) e si colloca al 138° posto su 189 Paesi in un indice combinato di carico fiscale, numerosità e complessità degli adempimenti (in Italia le imprese impiegano in media per gli adempimenti fiscali 269 ore all'anno contro una media europea di 179 ore) (fonte: Banca Mondiale-IFC-PwC, Rapporto *Paying Taxes* 2014).

⁽¹³⁾ Si tratta di un effetto "concorrenziale" positivo innescato da analoghe misure adottate negli USA e nel Regno Unito.

Non è facile pesare, a livello macro, l'influenza di tali — comunque determinanti — fattori sulle scelte di localizzazione delle imprese. Certo è che peró anche sotto questi profili dobbiamo riconoscerci tutt'altro che competitivi: a carico dell'Italia è stata per esempio aperta una procedura di infrazione per la lentezza dei rimborsi IVA ⁽¹⁴⁾; le procedure di *ruling* hanno un ambito di applicazione piuttosto limitato; la certezza del diritto è pesantemente minata dalla prassi e dalla giurisprudenza, anche penale, in materia di abuso del diritto tributario, nonché dalla deprecabile abitudine del legislatore di modificare — ovviamente *in pejus* — le norme impositive nel corso del periodo di imposta con immediata applicazione, nonostante l'argine che a queste prassi ha cercato di porre lo Statuto del Contribuente. Anche per quanto riguarda il processo tributario la relativa celerità (perlomeno rispetto alle medie del processo civile) dei due gradi di giudizio dinanzi le Commissioni tributarie ⁽¹⁵⁾ è compromessa dalla estenuante lentezza del grado di Cassazione (la sezione tributaria è quella con il maggior numero di cause pendenti) e, soprattutto, la qualità delle pronunce non è garantita a causa dei criteri di reclutamento e di qualificazione professionale dei giudici tributari (l'attuale delega fiscale prevede la modifica di alcuni aspetti del processo tributario, ma si guarda bene dall'intervenire sui profili ordinamentali).

3. *Differenziazione patologica dell'imposta sulle società nei Paesi UE ed extracomunitari.* — 3.1. La discrezionale determinazione, da parte degli Stati membri, del proprio livello di tassazione in materia di imposte sul reddito ha da sempre posto, in ambito comunitario, il problema del corretto esercizio di tale discrezionalità. È evidente, infatti, che in un quadro generale come quello descritto, in cui la determinazione del livello di imposizione spetta al singolo Stato, la Comunità poco o nulla può nei confronti di quegli Stati che, per la ridotta dimensione, per la gestione virtuosa dei conti pubblici, per scelte minimali in materia di *welfare* o per altri motivi, decidono di mantenere un ridotto livello di imposizione. E del resto, come si è già osservato, la concorrenza fiscale può costituire per molti aspetti un fenomeno che favorisce lo sviluppo delle imprese e delle economie nazionali, sul quale non solo non si può, ma non si deve intervenire.

Di qui la conseguenza che l'intervento comunitario si limita alle situazioni in cui si manifestano profili di patologia o di abuso nell'esercizio della discrezionalità degli Stati membri.

Lo strumento di intervento previsto nel Trattato è la tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato, anche di carattere fiscale: ciò, come si è già detto, porta a qualificare la competenza comunitaria come essenzialmente di carattere "negativo" ed ispirata da finalità extrafiscali: se una determinata misura fiscale falsi o minacci di falsare la concorrenza in sede comunitaria è di norma

⁽¹⁴⁾ 2013-4080 TAXUD.

⁽¹⁵⁾ In media 1.700 giorni (dati MEF per il 2013), media che risulta però da un forte divario tra le Commissioni più veloci e quelle più lente.

circostanza del tutto estranea alla struttura della misura “incriminata” e alle finalità per le quali essa è stata prevista dallo Stato membro. Non mi soffermerò su questo tema, che è stato oggetto della relazione dell’avv. Rossi.

Mi limito ad osservare che uno degli elementi essenziali per la configurabilità di un aiuto fiscale vietato è la sua selettività, cioè la sua idoneità a favorire solo talune produzioni o talune imprese insediate nello Stato che ha previsto la misura o in alcune sue aree geografiche. Ciò significa che un regime di bassa imposizione previsto da uno Stato membro, ma di carattere generale, non è idoneo a falsare la concorrenza tra imprese e quindi a ricadere nell’ambito del divieto. Dunque si tratta, come si è già rilevato, di uno strumento idoneo a reprimere solo situazioni patologiche e non ad incidere sulla sovranità fiscale degli Stati comunitari, anche se il mantenimento di un basso livello di imposizione o l’adozione di regimi di ridotta tassazione per alcune componenti reddituali sono senza dubbio idonei a falsare la concorrenza, pur se si tratta di misure di carattere generale. Peraltro è proprio l’elemento della selettività, tra tutti quelli costitutivi degli aiuti di Stato ⁽¹⁶⁾, l’elemento di più difficile valutazione, in primo luogo perché ogni tributo è suscettibile di costituire un elemento di differenziazione all’interno di un sistema, essendo esso finalizzato a colpire (e a colpire solo) una determinata manifestazione di capacità contributiva e a creare differenziazioni tra soggetti colpiti e non colpiti da esso, in ossequio al criterio di riparto della spesa pubblica di volta in volta prescelto. Inoltre perché è necessario valutare molto attentamente il sistema nel suo insieme, nella struttura giuridica e negli effetti economici, per stabilire se, per esempio, una misura apparentemente di carattere generale abbia invece effetti selettivi, o se una misura apparentemente selettiva sia invece destinata a sanare una differenziazione economica causata da un fallimento del mercato e quindi sia mirata a ripristinare, anziché a falsare, il corretto operare delle regole della concorrenza.

Ed infatti, la tutela della concorrenza mostra anche effetti proattivi, e non solo negativi, laddove prevede che possano essere autorizzate misure di aiuto per favorire lo sviluppo di aree svantaggiate o per ristorare i danni economici causati da catastrofi naturali, purché non eccedano quanto necessario per sanare la situazione di svantaggio competitivo ⁽¹⁷⁾; effetti positivi rilevanti sotto il profilo economico, ritenuti per definizione inidonei a falsare la concorrenza, possono avere anche gli aiuti alle imprese rientranti nel limite del “*de minimis*” (€ 200.000 per singola impresa in tre anni) e quindi non soggetti a notifica alla Commissione europea.

Un aspetto particolare della concorrenza è costituito dalla differenziazione di regimi fiscali all’interno di singoli Stati dell’UE. Tale differenziazione può avere diverse origini, ed essere in particolare frutto delle normative statali cui si è appena accennato, dirette ad agevolare aree economicamente svantaggiate, ov-

⁽¹⁶⁾ Costituisce aiuto di Stato fiscale il trasferimento di risorse statali a vantaggio di talune imprese o produzioni (cioè di natura selettiva), idoneo a falsare la concorrenza. Si veda sul tema, tra gli altri, GRAZIANO, *La selettività e gli aiuti regionali*, in *Aiuti di Stato in materia fiscale*, a cura di SALVINI, Padova, Cedam, 2007.

⁽¹⁷⁾ Su tutti questi aspetti v. COPPOLA, (nt. 4), *passim*.

vero può originare da normativa adottate da enti locali substatuali aventi potestà normativa in materia fiscale, più favorevoli di quelle adottate a livello statale o vigenti in altri territori del medesimo Stato.

Per quanto riguarda in particolare queste ultime, appare evidente la delicatezza del loro sindacato nell'ottica della tutela della concorrenza, in quanto si tratta da un lato di regimi selettivi per definizione, su base territoriale, ma dall'altro è evidente che escludere *tout court* la loro legittimità a livello comunitario avrebbe significato incidere in maniera sostanziale sulla struttura federalista degli Stati membri o comunque sull'autonomia istituzionalmente riconosciuta agli enti substatuali. La Corte di Giustizia ha dunque elaborato un criterio per il riconoscimento della legittimità delle misure fiscali differenziate adottate da tali enti, e cioè quello della autonomia dell'ente sotto il profilo istituzionale, procedurale ed economico ⁽¹⁸⁾ ⁽¹⁹⁾.

3.2. Il fatto che, sebbene con i limiti sopra visti ed in termini essenzialmente negativi, l'integrazione fiscale europea sia ispirata dal principio economico di concorrenza pone evidentemente la questione se i diritti sociali dei cittadini europei, che gli Stati potrebbero decidere di favorire anche attraverso misure di incentivazione fiscale ⁽²⁰⁾, siano idoneamente garantiti. Ed invero, nel nostro sistema, il principio di capacità contributiva richiede che, individuato un determinato presupposto, possano essere previste agevolazioni o esenzioni per il tributo che lo colpisce solo ove vi siano finalità, costituzionalmente rilevanti o comunque ragionevolmente ritenute meritevoli, che giustificano il non assoggettamento o l'assoggettamento in misura ridotta al tributo per particolari fattispecie. Ne consegue che il sindacato su queste misure fiscali di favore alla luce della tutela della concorrenza inevitabilmente va ad incidere sulle finalità non fiscali che lo Stato ha ritenuto meritevoli ed ha inteso perseguire.

Il tema dei rapporti tra concorrenza e diritti sociali — che è poi un portato del confronto tra tesi liberiste e solidariste — è evidentemente troppo ampio e dibattuto per ragionarne qui. Basti accennare al tema più attuale, cioè quello se l'applicazione del divieto di aiuti in materia fiscale potrà risentire del diverso peso che la tutela della concorrenza ha nel TUE dopo il Trattato di Lisbona. In esso,

⁽¹⁸⁾ In base a quest'ultima condizione il minore gettito non deve essere compensato da trasferimenti statali. Peraltro all'interno dell'UE sono tuttora presenti territori con regimi fiscali talmente vantaggiosi da essere comunemente definiti come "paradisi fiscali": ad es. Madeira in Portogallo e le Isole Canarie in Spagna, su cui *v. infra*.

⁽¹⁹⁾ Per quanto riguarda i tributi locali in senso proprio, la concorrenza fiscale all'interno dei singoli Stati va vista generalmente in termini positivi, perché le imposte locali sono ispirate al principio del beneficio e quindi vi è (o dovrebbe essere) una relazione più diretta tra livello di tassazione ed efficienza del servizio pubblico fornito. La questione della loro liceità si pone dunque su un piano diverso rispetto a quello della tassazione a livello nazionale e rende più difficile stabilire se a livello internazionale la concorrenza in materia di tributi locali sia o meno dannosa (cfr. AULT, (nt. 6), 15 ss.).

⁽²⁰⁾ Le misure di carattere fiscale che possono ricadere nell'ambito del divieto di aiuti di Stato sono solo quelle rivolte alle imprese. È tuttavia evidente che, per quanto sopra si è detto, non appare possibile disgiungere i profili sociali e quelli economici quando si tratta di entrate (e spese) pubbliche, qualunque sia il tipo di entrata di cui si tratta. Va inoltre considerato che misure fiscali di favore potrebbero essere ispirate da ragioni extrafiscali che nella pura ottica della concorrenza non vengono considerate, rilevando solo il loro effetto di alterare le condizioni del mercato comunitario.

come è ben noto, il riferimento all'economia di mercato è stato arricchito dall'aggettivo "sociale" e la tutela della concorrenza non rientra più tra i fini dell'Unione, ma è visto dalla maggior parte dei commentatori solo come uno strumento dell'azione comunitaria (21). Va detto che le modifiche apportate al Trattato, sebbene abbiano prodotto significativi risultati in termini di aumento degli aiuti lecitamente adottati senza previa notifica e di quelli autorizzati dalla Commissione (22), sembrano aver recepito un orientamento già emerso nell'evoluzione dell'applicazione del diritto comunitario, per cui la tutela del mercato e della concorrenza non costituiscono valori assoluti, ma vanno comunque temperati con gli obiettivi ed interessi sociali perseguiti dagli Stati membri (23). Il che, peraltro, non ha portato in materia fiscale ad una particolare valorizzazione di questi aspetti. Ciò sembrerebbe avvalorare la conclusione che non è ragionevolmente prospettabile, perlomeno nella nostra materia, un nuovo orientamento comunitario più attento ai profili sociali rispetto al passato (24).

3.3. La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato fiscali, come si è accennato, è idonea essenzialmente a reprimere politiche fiscali degli Stati idonei ad agevolare proprie imprese o produzioni mediante trasferimenti (indiretti, solitamente costituiti da agevolazioni o minori tassazioni) di risorse statali. È difficile che queste misure siano ingenuamente costruite come discriminatorie nei confronti di soggetti (comunitari) non residenti; più spesso esse tendono a favorire settori particolarmente caratterizzanti il tessuto produttivo dello Stato che prevede l'aiuto, ovvero produzioni o territori che si trovino in situazione di particolare difficoltà economica, fermo restando che anche soggetti non residenti che abbiano insediato analoghe attività produttive nello Stato in questione possono accedere all'aiuto. Benché possano esservi senza dubbio casi di utilizzo di misure qualificabili come aiuti di Stato che hanno il fine di attrarre investimenti stranieri, tipicamente tali aiuti sono mirati a favorire le produzioni domestiche, alterando a favore di queste ultime la concorrenza a livello comunitario.

Le misure fiscali di carattere specifico volte principalmente, se non esclusi-

(21) Tra gli altri, TOSATO, *L'evoluzione della disciplina degli aiuti di Stato*, in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, a cura di Schepisi, Torino, Giappichelli, 2011, 8 ss.; VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Contr. impr.*, 2011, 915.

(22) Il trend positivo riguarda tutte le misure di aiuto, e non specificamente quelle fiscali: cfr. TOSATO, (nt. 21).

(23) FRANSONI, *Profili fiscali della disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, Pisa, Pacini, 2007, 25 ss. Molti sottolineano comunque una positiva evoluzione dell'ordinamento comunitario in tal senso, anche sulla base della non conflittualità, in linea di principio, tra valori sociali e mercato: cfr. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, I, 81 ss.; MENGOLZI, *Il contributo del diritto alla determinazione dell'identità dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 645 ss. Stigmatizza invece la funzione di esclusiva tutela delle libertà fondamentali di tipo economico nell'ambito della visione "negativa" della fiscalità comunitaria, a discapito della giustizia distributiva, giudicando troppo deboli e incerte le aperture del Trattato costituzionale europeo (poi sostanzialmente trasfuso nel Trattato di Lisbona) ai profili sociali GALLO, *Il ruolo dell'imposizione dal Trattato dell'Unione alla Costituzione europea*, in *Rass. trib.*, 2003, 1473 ss. e Id., *Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari*, in *Rass. trib.*, 2006, 407 ss.

(24) Si v. ad esempio SACCHETTO, *La tassazione internazionale degli enti non commerciali: un problema aperto*, in *Rass. trib.*, 2012, 563 ss. che sottolinea la perdurante scarsa attenzione in sede comunitaria per la fiscalità degli enti del terzo settore, nonché MELIS-PERSIANI, (nt. 2), 308 ss.

vamente, ad attrarre investimenti stranieri hanno invece spesso una caratteristica del tutto opposta: esse attuano cioè una “discriminazione a rovescio” (c.d. *Home State Restriction*), penalizzando le imprese domestiche a favore di quelle che — pur essendo formalmente residenti — presentano rilevanti elementi di collegamento con Paesi esteri, quali ad esempio la provenienza estera dei capitali e la destinazione all'estero degli utili.

Sono pertanto necessarie, per reprimere tale concorrenza fiscale dannosa, altri tipi di misure.

Naturalmente, il tema della concorrenza fiscale travalica l'ambito comunitario e si manifesta anche con riferimento a Paesi terzi, non legati da un comune sostrato normativo e istituzionale. L'OCSE ha emanato nel 1998 un Rapporto sulla concorrenza fiscale dannosa (*Harmful Tax Competition*), per la cui redazione è risultato essenziale stabilire quando appunto la concorrenza non sia un fenomeno positivo, ma possa qualificarsi come “dannosa”. Anche qui la chiave di lettura adottata è stata quella della selettività. Non è stato infatti ritenuto sufficiente che un Paese preveda basse aliquote impositive: se esse sono applicate alla generalità dei contribuenti la concorrenza fiscale non può ritenersi dannosa. È invece necessario che i regimi o le prassi speciali abbiano caratteristiche tali da avere l'effetto di attrarre investimenti dall'estero; in questa ottica il Rapporto si occupa esclusivamente della tassazione delle attività finanziarie in quanto, per loro natura, maggiormente suscettibili di allocazioni di comodo. Non vi è dubbio, d'altra parte, che estendere l'ambito del Rapporto OCSE anche ad attività industriali avrebbe posto delicati e probabilmente non risolvibili problemi con riguardo ai Paesi in via di sviluppo, i quali legittimamente possono perseguire politiche di attrazione di investimenti esteri, anche se non gradite ai Paesi economicamente più progrediti qualora alterino le regole del “gioco fiscale” (25). Ovviamente il Rapporto non ha natura di atto normativo e non ha efficacia cogente, ma gli Stati OCSE si sono impegnati ad osservare le sue raccomandazioni (26).

Anche l'UE ha adottato un Codice di condotta (27) sostanzialmente analogo a quello OCSE, ma che si applica a tutte le attività di impresa e non solo a quelle finanziarie. Sono state in particolare ritenute “dannose” quelle misure che, ad esempio, accordano vantaggi solo ai non residenti e per transazioni condotte con non residenti, che non comportano effetti sulla base imponibile domestica, i cui vantaggi sono assicurati ad un soggetto che non abbia una presenza effettiva sul territorio dello Stato in questione, ecc.

(25) Problema, questo, che evidentemente non si pone o si pone in misura minore all'interno dell'UE, il cui codice di condotta riguarda infatti, come si dirà, tutte le attività di impresa.

(26) “Nessuno dei 47 regimi preferenziali identificati come potenzialmente dannosi nel 1998 continua infatti ad essere tale allo stato attuale. Alcuni regimi sono stati aboliti ed altri modificati in modo da rimuovere le potenziali componenti distorsive; altri ancora non si sono rivelati dannosi in seguito ad un'analisi approfondita del loro effettivo impatto” (AULT, (nt. 6), 24 ss.).

(27) ECOFIN 1/12/1997. Come si vedrà anche in seguito, vi è uno stretto collegamento tra le misure adottate dall'UE e dall'OCSE, trattandosi di questioni che possono essere idoneamente affrontate solo mediante un coordinamento tra le diverse organizzazioni internazionali e i relativi Stati membri.

3.4. Se si vuole fare un rapido bilancio di queste misure e dei loro effetti sulla concorrenza, si deve in primo luogo ribadire che nessuna di essa ha, né può, né vuole avere, effetti di contrasto alla concorrenza fiscale tra Stati in modo assoluto; essa infatti viene ritenuta legittima e virtuosa in quanto basata su regimi fiscali applicabili alla generalità dei contribuenti, senza alcun effetto discriminatorio, diretto o indiretto, né dei non residenti rispetto ai residenti, né viceversa. Da questa concorrenza tra Stati non può che avvantaggiarsi anche la concorrenza tra imprese e la loro produttività.

Ciò che si tende a reprimere, ma naturalmente attraverso atti non normativi e non vincolanti dato il limite inderogabile delle sovranità statali, è l'abuso, da parte degli Stati, delle loro prerogative in materia di tassazione; abuso che viene individuato sulla base di specifiche caratteristiche delle misure fiscali in questione, le quali dimostrano che esse sono state costruite *ad hoc* per attrarre "slealmente" imprese estere alterando così la fisiologica concorrenza tra Stati.

Certamente dall'espressione di buone intenzioni negli atti di *soft law* alla loro attuazione il passo non è breve. Prova ne sia che si registra tuttora, ad esempio, la presenza di territori a fiscalità privilegiata all'interno di Paesi comunitari (ad es. Madeira, spesso definita significativamente, anche se impropriamente sotto il profilo tecnico, come "paradiso fiscale"), o extracomunitari di primaria importanza (ad es. lo Stato del Delaware negli USA ⁽²⁸⁾), i cui regimi di favore sono stati ritenuti leciti o sono comunque tollerati.

Sfuggono invece (o sono sfuggiti fino a tempi recenti) al *network* delle organizzazioni internazionali e alla spontanea attuazione di queste raccomandazioni un buon numero di Paesi a fiscalità fortemente privilegiata, che spesso si connotano anche per una notevole, se non totale, opacità informativa, definiti correntemente come "paradisi fiscali". Nei loro confronti la classica opzione a disposizione dei Paesi a fiscalità ordinaria è l'adozione di normative interne dirette a contrastare le transazioni con soggetti ivi stabiliti, ovvero dirette a ricondurre a tassazione nel Paese di residenza della capogruppo i redditi delle controllate residenti nei paradisi fiscali ⁽²⁹⁾. Non vi è dubbio peraltro che alcune di queste misure, ed in particolare quelle che tendono a circondare di particolari cautele la deduzione di costi sostenuti in transazioni con soggetti residenti in paradisi fiscali, possa costituire un notevole e talvolta non giustificato ostacolo alle attività imprenditoriali. Ed infatti, talvolta l'impresa non può scegliere liberamente il proprio fornitore per determinati mercati o per determinate forniture (si veda per esempio l'utilizzo da parte di società cinesi di *subsidiaries* residenti ad Hong Kong — inserita nella *black list* — in ragione del suo

⁽²⁸⁾ Tale Stato ha non solo una legislazione societaria particolarmente favorevole, consentendo la creazione di società anonime, ma anche una fiscalità estremamente ridotta, con una *flat tax* inferiore al 9%, né trasmette informazioni al governo centrale. Si calcola che nel 2013 il numero delle società stabilite (1 milione) supera quello degli abitanti (920.000). I tentativi del governo centrale di mettere sotto controllo questa situazione, la cui pericolosità ovviamente travalica l'ambito fiscale, non hanno avuto alcun successo.

⁽²⁹⁾ In Italia, v. per le società il regime di aggravamento dell'onere probatorio per la deducibilità dei costi sostenuti verso fornitori residenti in Paesi *black list* (art. 110, commi 10 ss., t.u.i.r.) o il regime delle *Controlled Foreign Companies* (artt. 167 e 168 t.u.i.r.).

ordinamento societario di tipo anglosassone e dell'apertura ai commerci internazionali), perché questi agisce come monopolista in determinate produzioni o prestazioni o comunque è in una posizione tale da condizionare le scelte dei suoi clienti.

La sempre maggiore esigenza di globalizzazione dei mercati da un lato e dall'altro la spinta per alcuni Paesi ad uscire dal limbo delle *black list* fa peraltro sì che recentemente, nel quadro di analoghe iniziative prese da altri Paesi, siano stati conclusi dall'Italia o si stiano per concludere accordi per lo scambio di informazioni oppure trattati contro le doppia imposizioni con Stati già qualificati come paradisi fiscali, quali Hong Kong, Bermuda, Cayman. Il che in termini ottimistici si può giudicare come un successo delle politiche di *soft law*, se adottate e perseguite a livello globale, e in termini più realistici come un effetto delle politiche fiscali restrittive dei singoli Paesi in materia di paradisi fiscali.

È proprio lo scambio di informazioni, in particolare sulle attività finanziarie, l'aspetto sul quale attualmente si incentrano le maggiori attenzioni a livello internazionale, per le sue evidenti ricadute non limitate solo alla questione fiscale (riciclaggio, terrorismo internazionale, ecc.). Ne è espressione l'accordo FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) sottoscritto dagli USA e da *partner* europei tra i quali l'Italia, per la cui attuazione è stato pubblicato il c.d. *Model IGA (Model Intergovernmental Agreement on Improving Tax Compliance and Implementing FATCA)*, sottoscritto dall'Italia agli inizi di quest'anno e che prevede uno scambio di informazioni (per ora a senso unico verso gli USA) sulle transazioni finanziarie di soggetti USA.

4. *Caratteristiche e limiti di utilizzabilità di alcune tecniche di pianificazione fiscale internazionale delle imprese.* — Gli ampi spazi riconosciuti alla concorrenza lecita tra regimi fiscali, da un lato, e l'impossibilità di assumere misure cogenti nei confronti degli Stati extracomunitari non collaborativi, dall'altro, fa sì che si presentino alle imprese ampie possibilità di ottimizzare il carico fiscale attraverso la dislocazione su base internazionale delle attività produttive⁽³⁰⁾. La possibilità di delocalizzare le attività economiche è evidentemente maggiore per alcune tipologie, e tipicamente per quelle produttive di redditi di capitale, più che per altre. Ciò provoca effetti sostanziali sui sistemi fiscali, anche non desiderabili. Ad esempio, si può manifestare la tendenza, nell'ambito delle imposte sul reddito, a diminuire l'onere impositivo sulle attività finanziarie per non provocare una "fuga di capitali" o per incentivare investimenti esteri e quindi a spostare un maggiore onere impositivo sul lavoro, oppure la tendenza ad incrementare l'imposizione sui consumi o sul patrimonio immobiliare — essendo tali presupposti totalmente, o comunque in misura rilevante, vincolati al territorio — rispetto al reddito. Tendenze queste che è facile qualificare in termini generali come non desiderabili, a causa del maggior peso che

⁽³⁰⁾ Non esaminerò qui, per ragioni di materia e di tempo, la tematica del *transfer pricing*, cioè le tecniche utilizzate dai gruppi multinazionali per allocare costi e ricavi in modo conveniente tra società del gruppo residenti in differenti Paesi in ragione del regime fiscale applicabile.

viene a gravare su attività che implicano il lavoro personale, dipendente o autonomo, e che vengono perciò generalmente ritenute più meritevoli rispetto al mero impiego del capitale, o a causa della regressività tendenziale delle imposte sul consumo o, ancora, a causa degli effetti economici negativi (per taluni, negativi anche sotto il profilo costituzionale) della combinazione di elevate imposte sul patrimonio con bassi redditi.

Quando le attività produttive di reddito vengono localizzate in Paesi considerati a fiscalità agevolata, ovvero un soggetto residente in uno Stato a fiscalità “ordinaria” ha rapporti con soggetti residenti in tali Paesi, le norme “anti-paradisi fiscali” di cui si è parlato operano in presenza dei relativi presupposti e in assenza di cause esimenti. In questi casi, quindi, la possibilità di una concorrenza sul piano fiscale viene eliminata alla radice, naturalmente in quanto tali norme siano effettivamente applicate, perché è stata effettuata a monte dal legislatore del Paese che ha adottato questa norma una valutazione sulla dannosità di tale concorrenza.

Più complessa è invece la situazione quando l’impresa mira all’ottimizzazione fiscale nell’ambito della concorrenza fiscale lecita, adottando delle scelte di localizzazione che si traducono in “scelte del diritto” più confacente, secondo la concezione del “diritto come prodotto”⁽³¹⁾. In ambito tributario, non diversamente da quanto accade in altre aree del diritto, e forse di più, è necessario distinguere tra scelte genuine di delocalizzazione e scelte dettate esclusivamente o principalmente dall’intento di fruire di *status* o istituti giuridici previsti da ordinamenti esteri pur mantenendo collegamenti con l’ordinamento di origine ed anzi al fine di godere in quest’ultimo ordinamento dei vantaggi assicurati da tali ordinamenti esteri⁽³²⁾. Scelte, queste ultime, che manifestano profili di anomalia, connotate come sono dall’intento di sfruttare, più che di utilizzare al fine per cui sono stati pensati, regimi fiscali più favorevoli previsti da determinate legislazioni statali.

Questo tema di carattere generale si arricchisce di ulteriori profili se considerato nell’ambito comunitario, in cui le libertà fondamentali di stabilimento e di libera circolazione delle persone e dei capitali comportano una tutela rafforzata della libera scelta del diritto, con riferimento anche alla localizzazione societaria. In questo ambito la questione è stata risolta dalla Corte di Giustizia con la nota sentenza *Cadbury-Schweppes*⁽³³⁾, con la quale è stato stabilito che la libertà di stabilimento consente di localizzare ai fini dell’imposta sul reddito un’impresa in un Paese comunitario anche per sole motivazioni fiscali, purché non si tratti di “costruzioni puramente artificiose, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale”.

⁽³¹⁾ Cfr, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di ZOPPINI, Roma-Bari, Laterza, 2004; GNES, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggio, diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁽³²⁾ GNES, *Scelta del diritto (nell’ordinamento europeo)*, in *Dizionario di Diritto Pubblico* a cura di CASSESE vol. VI, Milano, Giuffrè, 2006, 5450 ss.

⁽³³⁾ CGCE C-196/04 del 12/9/2006.

È stata così applicata, con riferimento ad un particolare aspetto di un'imposta non armonizzata, la nozione comunitaria di abuso del diritto fiscale, che l'A.F. e la giurisprudenza italiane, traendola dal principio costituzionale di capacità contributiva, utilizzano correntemente per contestare la localizzazione all'estero di un'impresa fatta ai soli fini fiscali, senza valide ragioni economiche. È interessante rilevare che la giurisprudenza comunitaria in materia fiscale è più rigorosa di quella relativa alla materia societaria, come emerge dal confronto tra le sentenze *Cadbury-Schweppes* e *Centros* ⁽³⁴⁾. Ed infatti, nel ben noto caso *Centros* la Corte ha ritenuto legittimo lo stabilimento di una società in Gran Bretagna benché essa intendesse svolgere la sua attività solo in Danimarca. È molto probabile che la sede inglese sarebbe risultata, secondo i criteri della *Cadbury-Schweppes*, una "costruzione di puro artificio". Quindi in materia fiscale la facoltà di "scelta del diritto" sarebbe più limitata che in ambito societario, senza che peraltro sembrino evidenti, nel pensiero della Corte, i motivi di tale differenziazione. È probabile che tali motivi risiedano nella delimitazione connaturata alla nozione di abuso del diritto fiscale, che lascia intatti i profili sostanziali della fattispecie abusiva, intendendosi per tali quelli civilistici, societari, ecc. Così come una fusione abusiva o elusiva ai fini delle imposte sul reddito è e resta del tutto legittima ed efficace ai fini societari (evidentemente laddove non esistano profili patologici di altro tipo), è ben possibile che la Corte di Giustizia, sia pure implicitamente ⁽³⁵⁾ abbia ritenuto che negare — come sarebbe avvenuto ove nel caso *Centros* avesse affermato l'abusività della incorporazione nel Regno Unito — lo *status* di soggetto comunitario avrebbe avuto la conseguenza di negare *funditus* l'applicazione del diritto dell'Unione Europea, mentre il riconoscimento di tale *status* non preclude ed anzi consente in via successiva di applicare anche regole specifiche, tra cui eventualmente quella in materia di abuso del diritto. Di qui la maggiore elasticità dei principi applicati per il riconoscimento della libertà di stabilimento al di fuori dell'ambito fiscale ⁽³⁶⁾.

Ancora una volta, non si tratta certo di un problema solo europeo. Negli USA, che hanno visto drasticamente ridursi negli anni il gettito dell'imposta sul reddito delle società, è di questi giorni la dichiarazione di guerra (questa volta metaforica) del Presidente Obama contro le "*tax inversions*", cioè le fusioni inverse di grandi società americane in più piccole società neoacquisite e site in Paesi con fiscalità più favorevole.

La questione è resa di ancora più difficile approccio dal fatto che è lo stesso concetto di localizzazione dell'attività ad essere entrato in crisi, perlomeno per alcuni, ma rilevanti, settori produttivi; con ciò rendendo sempre più ardua la individuazione dell'ordinamento "naturale" di riferimento rispetto al quale valutare la liceità o la non abusività della localizzazione della sede legale e quindi

⁽³⁴⁾ CGCE C-212/97 del 9/3/1999.

⁽³⁵⁾ La sentenza *Cadbury-Schweppes* infatti dà atto del precedente *Centros*, e ribadisce la sua applicabilità in linea di principio anche al caso da essa esaminato.

⁽³⁶⁾ Su questi temi, tra gli altri, LANG, *Cadbury-Schweppes' Line of Case Law from the Member States' Perspective*, in *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law?*, a cura di De La Feria e Vogenauer, Oxford, Hart, 2011, 448.

della scelta del diritto societario e fiscale applicabile. Basti fare i notissimi esempi di Amazon, con sede legale in Lussemburgo, o di Ryan Air, Google, Twitter, Yahoo, tutte con sede in Irlanda⁽³⁷⁾, cioè di soggetti che svolgono la loro attività, con particolare riguardo alla stipula del contratto con il consumatore, attraverso il *web*, oppure di soggetti che svolgono attività di raccolta e diffusione della pubblicità avvalendosi di dati spontaneamente, gratuitamente e spesso inconsapevolmente forniti dagli utenti dei loro servizi di *social network* o di altro tipo⁽³⁸⁾. In questi casi la residenza della società può essere agevolmente collocata nel Paese a fiscalità più conveniente⁽³⁹⁾, senza che possa facilmente contestarsi che in realtà l'attività, di carattere immateriale, viene svolta altrove. Ne risulta corrispondentemente aumentata la libertà di scelta delle imprese e potenziata la concorrenza fiscale tra Stati.

Tale libertà di scelta ha dunque sempre più *chances* di minare la sovranità e la potestà impositiva degli Stati erodendo il gettito e quindi di ridurre la portata della loro autonomia finanziaria e di compromettere il perseguimento delle politiche di spesa ritenute più idonee. Ha inoltre introdotto un divario sempre più inaccettabile tra il ridottissimo livello di tassazione dei gruppi multinazionali che possono sfruttare i più favorevoli regimi fiscali e quello delle piccole imprese operanti su base esclusivamente nazionale e delle persone fisiche, spezzando il legame naturale, costituzionalizzato nel nostro Paese, tra spesa pubblica e soggetti chiamati a finanziarla. Ancora una volta, una risposta adeguata non può venire da disposizioni adottate isolatamente dai singoli Stati⁽⁴⁰⁾, ma da misure condivise a livello internazionale che facciano i conti con le nuove realtà.

È dunque in questa ottica che si muovono le misure più recenti. A fine 2012 la Commissione europea ha presentato un piano di azione per la lotta alla frode e all'erosione fiscale, nonché alla "pianificazione fiscale aggressiva". Da parte sua, l'OCSE nel 2013 ha pubblicato, su raccomandazione del G20 l'*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) sulla base del Rapporto BEPS dello stesso anno, individuando molti temi strategici su cui intervenire prioritariamente, ed in particolare il trattamento fiscale dell'economia digitale, l'elaborazione di rimedi contro le asimmetrie dei regimi fiscali dei diversi Paesi, l'adozione di strumenti convenzionali multilaterali in luogo di quelli bilaterali tradizionali.

⁽³⁷⁾ La localizzazione in Irlanda consente anche di attuare il c.d. *Double Irish and Dutch Sandwich*, cioè di sfruttare, attraverso un classico *treaty shopping*, i favorevoli effetti fiscali del trattato contro le doppie imposizioni tra Irlanda e Paesi Bassi, rimbalsando *royalties* tra due società irlandesi e una olandese.

⁽³⁸⁾ Cfr. il noto Rapporto Colin-Collin sulla fiscalità dell'economia digitale del gennaio 2013, commissionato dal Governo francese, incentrato sulle nuove modalità di creazione del valore tramite il *web*.

⁽³⁹⁾ Ciò è anche agevolato dal fatto che i gruppi societari operanti in questi settori dell'economia sono di norma di recente costituzione e quindi hanno potuto fin dall'origine strutturarsi in modo da ottimizzare il prelievo fiscale complessivo. Il rilevante impatto della loro organizzazione e della loro attività sull'economia ha dato luogo alla creazione del neologismo GAFAnomics (Google, Amazon, Facebook, Apple) e a numerosi specifici studi economici.

⁽⁴⁰⁾ Il riferimento, non casuale, è alla disposizione adottata dall'Italia nel 2013 (art. 17-bis d.p.r. n. 633/1972) che impone a soggetti passivi IVA che intendono acquistare *on line* servizi pubblicitari di farlo presso soggetti dotati di partita IVA italiana).

Non è qui il caso di ripercorrere dettagliatamente le tematiche affrontate e i rimedi prospettati. Vorrei sottolineare solo un aspetto, che mi sembra particolarmente rilevante sotto il profilo del metodo: si sta prendendo atto del fatto che la guerra contro la pianificazione fiscale aggressiva non può essere vinta solo con la repressione e senza la collaborazione dei contribuenti interessati, cioè i grandi gruppi multinazionali. Per questo motivo viene incentivata la *cooperative compliance* e la *disclosure* fiscale, cioè la collaborazione tra le Autorità fiscali e le imprese in un'ottica di trasparenza sulle costruzioni di ottimizzazione fiscale, affinché esse passino al vaglio delle autorità prima della loro adozione.

Evidentemente è troppo presto per dire se queste misure avranno successo, anche perché non mancano segnali in senso opposto. Nel discussissimo Trattato sullo scambio di servizi attualmente allo studio di Stati Uniti e Commissione europea sarebbero previste, stando alle bozze riservate pubblicate da Wikileaks, norme restrittive sul potere dei Governi di prevedere scambi di informazioni, specie nel settore finanziario.

E la guerra continua

...

LIVIA SALVINI

Abstract

Tax rules applicable to a company affect its domestic and international competitiveness. The harmonization of these rules would be very important, at least at European level, but with respect to income taxes the EU fiscal policy is primarily directed at limiting the autonomy of Member States rather than implementing common active policies. Furthermore, the EU fiscal policy cannot and will not impose curbs on legitimate tax competition among different countries, even when this competition has negative effects. This picture is even more complex at the global level because of the presence of a plurality of institutional actors and because of the difficulty of identifying concrete lines of common action. Not least, multinational groups can optimize their tax burden through opportunistic behaviour which is not easy for a single State to present.