

CONTROPARTI LOCALIZZATE in PARADISI FISCALI: INDEDUCIBILITÀ dei COSTI

Le ipotesi in presenza delle quali non si applica il principio dell'indeducibilità dei componenti negativi: inversione dell'onere della prova. Il concetto di inerenza.

di Giuseppe Rebecca e Ivan Gallico

L'esigenza di combattere comportamenti elusivi, messi in atto da contribuenti residenti con **imprese domiciliate in Paesi a fiscalità privilegiata**, ha indotto il Legislatore italiano a disciplinare la materia percorrendo la strada già intrapresa da altri Stati europei.

In questa direzione, l'art. 1, comma 1, **L. 21 novembre 2000, n. 342** ha introdotto alcune importanti novità.

Sostanzialmente, si tratta di disposizioni che limitano la deducibilità dei costi e degli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse fra imprese residenti ed imprese fiscalmente domiciliate in Stati a fiscalità ridotta (art. 76, commi 7-bis, 7-ter e 7-quater, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 [CFF 5176]).⁽¹⁾

Ove invece il soggetto italiano detenga il controllo dell'impresa estera, il reddito prodotto da quest'ultima è imputato «per trasparenza» al soggetto controllante, indipendentemente dalla percezione dello stesso (normativa Cfc - *Controlled foreign company* - di cui all'art. 127-bis, Tuir [CFF 5227a]).

Il regime di indeducibilità dei costi posto dal comma 7-bis dell'art. 76, Tuir non viene comunque applicato ove l'impresa residente provi l'**effettiva attività svolta** dall'impresa estera oppure, in alternativa, il reale interesse economico all'operazione e la sua concreta esecuzione.

In questo articolo si analizzeranno le problematiche legate a queste due esimenti.

Non tratteremo invece, se non per qualche rimando, delle Cfc.

EVOLUZIONE della DISCIPLINA

I commi 7-bis e 7-ter dell'art. 76, Tuir sono stati introdotti dalla **L. 30 dicembre 1991, n. 413**.

Nella formulazione originaria la norma si riferiva però unicamente a società residenti che controllavano o erano controllate da società estere domiciliate in Paesi a fiscalità privilegiata.

Successivamente, la **L. 342/2000**⁽²⁾ ha modificato la normativa in alcuni punti:

- oggetti interessati** all'applicazione del comma 7-bis diventano le **imprese** e le **organizzazioni economiche** in genere **indipendenti tra loro** (irrilevanza del rapporto di controllo), sia residenti che estere;
- per i **oggetti che controllano società estere** residenti in Paesi a fiscalità ridotta viene introdotta la **normativa Cfc** (ora specificamente disciplinata all'art. 127-bis, Tuir);
- viene introdotto il **comma 7-quater dell'art. 76, Tuir**, che prevede l'**applicazione prioritaria della normativa Cfc**, ove ovviamente ne ricorrano i presupposti, rispetto all'art. 76, comma 7-bis, Tuir.

Per **Stati a fiscalità privilegiata** (o ridotta) si intendono quelli caratterizzati da un «**livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello italiano**, ovvero dalla mancanza di un adeguato scambio di informazioni o, ancora, da altri criteri equivalenti» (art. 76, comma 7-bis, Tuir) e, quindi, da una **concorrenza fiscale dannosa**.

Tali Paesi, individuati con apposito decreto, formano la c.d. **black list**.

Il D.M. 23 gennaio 2002 [CFF 6278a - 6278c] -

(1) Cfr. M. Piazza, «Operazioni con società domiciliate in paradisi fiscali: precisazioni di Unico 2003», in questa Rivista, n. 4/2003, pagg. 9 e segg.; L. Perlini - L. Galluccio, «Operazioni elusive transnazionali: indeducibilità dei costi», idem, pagg. 39 e segg.

(2) Con effetto dal periodo d'imposta successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del D.M. 21 novembre 2001 (G.U. 23 novembre 2001, n. 273) e, quindi, dal periodo d'imposta successivo al 23 novembre 2001 (in pratica dal 2002).

modificato dal D.M. 22 marzo 2002 (G.U. n. 78 del 3 aprile 2002) - ha predisposto la **lista dei Paesi** per i quali si ritiene applicabile l'art. 76, comma 7-bis, Tuir. (3)

PRESUPPOSTI per l'APPLICAZIONE dell'art. 76, comma 7-bis, TUIR

Il comma 7-bis dell'art. 76, Tuir prescrive l'indeducibilità di costi ed oneri derivanti da operazioni concluse da un'impresa italiana con una controparte domiciliata in un Paese a fiscalità privilegiata.

I soggetti interessati sono le imprese residenti che entrano in rapporto con imprese (od altri enti) estere, mantenendo comunque la loro indipendenza.

Per quanto riguarda l'oggetto, si considerano i componenti negativi che scaturiscono dall'operazione stessa e che sono sostenuti dall'impresa residente.

Questi devono essere **inerenti all'attività esercitata dall'impresa**.

Il presupposto territoriale consiste nella domiciliazione fiscale dell'impresa estera in uno **Stato o territorio (extra-Ue)** compreso nella **black list** predisposta dall'Amministrazione finanziaria.

DISAPPLICAZIONE del REGIME di INDEDUCIBILITÀ: il comma 7-ter

Il regime di indeducibilità delle spese e degli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse fra un'impresa residente e un'impresa estera domiciliata in Paesi compresi nella black list può essere disapplicato se il contribuente fornisce alternativamente la prova che:

- l'impresa estera svolga in via prevalente un'attività commerciale effettiva;
- oppure

- l'operazione sia ispirata da un effettivo interesse economico e sia concretamente eseguita. Incombe così sul contribuente l'onere di provare una delle due esimenti per poter disapplicare il principio di indeducibilità di cui al comma 7-bis: si tratta quindi di un'inversione dell'onere della prova. (4)

Le due condizioni si trovano in un rapporto di alternatività, nel senso che è sufficiente dimostrare una qualsiasi delle due condizioni per impedire l'applicazione del comma 7-bis.

La prima è chiaramente una condizione generale (in quanto attiene alla generica attività dell'impresa), mentre la seconda è del tutto particolare, in quanto si riferisce alla singola operazione conclusa.

Prima esimente - Svolgimento in via prevalente di un'attività commerciale effettiva

La prima esimente mira a colpire le imprese e società estere costituite con l'unico scopo di attuare una concorrenza fiscale dannosa (**società schermo**).

A tal fine è richiesto che l'**attività commerciale** esercitata dall'impresa estera sia **prevalente ed effettiva**.

Per "**prevalenza**" si intende che la stessa sia rilevante rispetto ad eventuali altre attività esercitate, cioè che siano impiegate, a parità di condizioni,

maggiori risorse da parte del management verso l'attività commerciale.

Per **attività commerciale** s'intende non solo quella **mercantile**, ma anche quella **industriale** e di **prestazione di servizi**, e cioè l'attività produttiva di reddito d'impresa a fini fiscali. (5)

Infine, per "**effettività**" si intende che l'**attività** sia **veritiera e concretamente eseguita** e che la

Non è necessario dimostrare entrambe le condizioni richieste

(3) Questa lista sostituisce l'elenco precedente predisposto dal D.M. 24 aprile 1992 e in vigore fino al 19 febbraio 2002. Inoltre, vi è un ulteriore elenco di Stati a regime fiscale privilegiato mutuato dal D.M. 21 novembre 2001, attuativo dell'art. 127-bis, comma 4, Tuir. Nel medesimo decreto vi è anche la presenza di una "white list", cioè di un elenco di Stati non appartenenti all'Unione europea e soggetti ad un regime di tassazione non privilegiato e che garantiscono un adeguato scambio di informazioni. Ciò consente di applicare l'art. 96-bis, comma 1, Tuir [CFF e 5196a], ai sensi del quale gli utili distribuiti da società non residenti, in particolari condizioni, non concorrono alla formazione del reddito della società ricevente per il 95% del loro ammontare.

(4) cfr. R. Cordeiro Guerra, "Prime osservazioni sul regime fiscale delle operazioni concluse con società domiciliate in Paesi o territori a bassa fiscalità", in Riv. Dir. Trib., n. 5/1992, pag. 305; E. D'Innella - S. Saponaro, "I paradisi fiscali e la nuova norma antielusiva", in il fisco, n. 10/2000, pag. 2816; M. Boidi - M. Piazza, "Deducibilità dei componenti negativi connessi ad operazioni eseguite con imprese residenti in Paesi a regime fiscale privilegiato", del Gruppo di studio della fiscalità aziendale dell'Università Bocconi, in il fisco, n. 25/2001, pag. 8746.

(5) In tal senso, Relazione di accompagnamento al D.M. 24 aprile 1992.

struttura organizzativa dell'impresa sia idonea a compiere l'attività dichiarata. ⁽⁶⁾

I **documenti** che possono essere addotti a prova sono **molteplici**. Un **elenco**, ovviamente non vincolante, è stato predisposto dalla D.R.E. per il Piemonte, ⁽⁷⁾ che ha anche approvato una procedura relativa ai rapporti con imprese domiciliate in paradisi fiscali.

Questi i documenti proposti:

- **statuto sociale**;
- **autorizzazioni** concesse da autorità locali;
- **iscrizione** al locale Registro delle imprese;
- **normativa** e delibere disciplinanti gli organi sociali e la loro attività, nomina di amministratori e attribuzione dei relativi poteri;
- relazione descrittiva dell'attività svolta;
- **bilanci** pubblicati e **dichiarazione dei redditi**;
- eventuali **certificazioni del bilancio**;
- **numero dei dipendenti** e loro mansioni;
- **disponibilità di locali** ad uso civile, industriale o commerciale;
- stipula di **contratti strumentali** all'attività ed utenze (telefono, Internet, ecc.)

La dimostrazione della prima esimente può risultare alquanto ardua a causa della **difficoltà** nel reperire i richiesti documenti presso società terze.

Seconda esimente - Effettivo interesse economico all'operazione e sua concreta esecuzione

La seconda esimente attiene all'**operazione specifica** conclusa con l'operatore straniero. Si tratta di dimostrare che l'operazione è ispirata da un **concreto e veritiero (effettivo) interesse**, quest'ultimo informato da una logica gestionale-imprenditoriale, che faccia supporre l'esistenza

di una **reale convenienza** economica, finanziaria e patrimoniale alla conclusione dell'operazione stessa. Tale previsione non è invece richiesta nella normativa Cfc.

Per valutare questa condizione ci si deve chiedere se l'operazione sarebbe stata parimenti conclusa qualora l'impresa estera fosse localizzata in zona geografica differente, non soggetta a fiscalità privilegiata. Ad ogni modo, si tratta di **valutazioni soggettive** che attengono alla **sfera discrezionale dell'imprenditore** (o dell'amministratore) e alla sostanziale insindacabilità delle sue scelte.

Gli elementi che possono essere addotti a prove sono i medesimi che permetterebbero la scelta di un fornitore in ambito nazionale (come la bontà del prodotto, la sua qualità, i tempi di consegna, il prezzo, il pagamento, ecc.) e andrà altresì valutata la **strategia imprenditoriale**, anche con riferimento all'operazione in oggetto, tenuto conto dei prezzi praticati tra i due soggetti e di eventuali clausole contrattuali astrattamente elusive.

Congiuntamente all'effettivo interesse economico, occorre dimostrare la **concreta esecuzione dell'operazione**. Ciò non crea problemi di sorta in quanto, se l'operazione è effettivamente conclusa, è sufficiente presentare la **documentazione comprovante la consegna dei beni** (o la **prestazione dei servizi**), consistente in:

- documentazione doganale;
- fatture;
- movimentazione di magazzino;
- movimentazioni finanziarie, le quali devono transitare obbligatoriamente tramite i canali ufficiali;
- altri documenti non obbligatori, come un estratto della contabilità analitica-gestionale, se presente.

Infine, il comma 7-ter nell'ultimo periodo prescrive che, per poter usufruire della deduzione in oggetto, le spese devono essere indicate separatamente e specificamente nella dichiarazione dei redditi relativa all'esercizio in cui i costi sono stati sostenuti.

*La D.R.E. Piemonte
ha proposto
un elenco
di documenti
che possono
provare
lo svolgimento
di un'attività*

(6) *Ad esempio, se l'attività dichiarata è quella di "lavorazione marmo", non potrà essere ritenuta effettiva se dai documenti dovesse risultare che la stessa viene esercitata in un ufficio, magari collocato in centro città: ciò per manifesta mancanza di una struttura idonea allo svolgimento.*

(7) *La procedura definita dalla D.R.E. Piemonte (in Il Sole 24 Ore del 12 dicembre 2002) si riferisce alla disapplicazione del regime di indeducibilità posto dal comma 7-bis dell'art. 76, Tuir, e ricalca quanto già richiesto nella precedente Circ. Ag. Entrate 12 febbraio 2002, n. 18/E, dettata in merito alla normativa Cfc. Anche la Ris. Ag. Entrate 19 dicembre 2002, n. 389, sempre in merito alle Cfc, elenca i medesimi documenti. Ciò in quanto vi è una sostanziale analogia fra le prime due condizioni da dimostrare, rispettivamente ai fini del comma 5 dell'art. 127-bis e del comma 7-ter dell'art. 76, Tuir. In quest'ultima risoluzione si legge che l'Agenzia delle entrate ha tenuto anche conto della presenza del bilancio certificato da primaria società di revisione.*

Il **reperimento delle informazioni necessarie** per soddisfare l'onere probatorio richiesto da questa seconda condizione, complessivamente considerata, sembrerebbe cosa **più semplice** rispetto alla dimostrazione della prima esimente (effettiva attività commerciale).

In tal caso, infatti, se l'operazione non ha fini elusivi, ma una reale validità economica per l'impresa, il contribuente non avrà problemi a fornire tutta la **documentazione necessaria alla dimostrazione**, in quanto quest'ultima può ben essere attinta dal proprio sistema informativo aziendale.

Si evita così l'onere di imbarcarsi in lunghe e onerose ricerche di documentazione estera non sempre reperibile, anche a causa dell'**assenza di normativa** in merito alla **redazione di bilanci** e alla **tenuta di atti** che si riscontra, nemmeno molto sporadicamente, in **Stati a fiscalità privilegiata**.⁽⁸⁾

Come precisato, la prima esimente risulterebbe di più facile dimostrazione se fra le imprese sussistesse un rapporto di controllo, ma in tal caso si sconfinerebbe nell'applicazione dell'art. 127-bis, Tuir.

Infine, il secondo periodo del comma 7-ter riconosce all'impresa la facoltà di chiedere parere all'Amministrazione finanziaria in via preventiva in merito all'operazione da compiere. In caso di esito favorevole, l'impresa sarà esonerata dalla presentazione della prova contraria. In tal caso l'interpello ha natura facoltativa.⁽⁹⁾

Seconda esimente alla luce del concetto di inerenza

La dottrina⁽¹⁰⁾ formatasi in commento alla L. 413/1991 - norma che ha introdotto nel nostro ordinamento i commi 7-bis e 7-ter dell'art. 76, Tuir (poi modificati) - ha analizzato il **collegamento tra «effettivo interesse economico»** alla conclusione dell'operazione e concetto di **«inerenza»**, così come è mutuato nel Testo Unico all'art. 75, comma 5.

In assenza di pronunce giurisprudenziali si è cercato di coordinare un **concetto astratto** e foriero di svariate interpretazioni (**«effettivo interesse economico»**), con un principio già da lungo sancito dal Legislatore fiscale, quale l'**«inerenza»**. In particolare, si è sostenuto che per "effettivo interesse economico" il Legislatore abbia voluto intendere che l'**onere sostenuto** sia riferito ad **attività o beni da cui derivino ricavi o altri proventi** che concorrono a for-

mare il reddito. Ma allora il principio di inerenza di un costo, il quale informa tutta la disciplina fiscale, sarebbe sufficientemente esteso per ricomprendere l'interesse economico.

Il **riferimento** al concetto di **inerenza** non può certamente essere **scartato a priori**, in quanto la conclusione dell'operazione genera dei costi che, per essere deducibili, devono essere inerenti all'attività dell'impresa residente.

Ma perché allora il **Legislatore** utilizza un'espressione così diversa e ambigua ("effettivo interesse economico") per indicare un concetto già mutuato nel Testo Unico?

Sicuramente il Legislatore intendeva **qualcosa di più** e, verosimilmente, voleva colpire quelle operazioni la cui conclusione non fosse ispirata da un effettivo interesse economico, ancorché inerenti. Potrebbe, ad esempio, essere il caso del pagamento di una provvigione ad un rappresentante che ha concluso realmente un'operazione, inerente all'attività, ma senza che questa presenti alcuna utilità economica per l'impresa residente.

In definitiva, con tale locuzione si allude alla necessità che l'operazione non sia conclusa **con il solo fine di ottenere un vantaggio fiscale**, ma che la stessa risponda ad un **effettivo (e diverso) interesse economico: interesse da valutare in via astratta e preventiva** e comunque degno di tutela, garantita dalla disapplicazione del regime di indeducibilità.

I costi derivanti da questa operazione devono, comunque e in ogni caso, essere inerenti all'attività dell'impresa residente (in obbedienza all'art. 75, comma 5, Tuir) in quanto, se fosse diversamente, sarebbero di per sé già indeducibili, senza necessità di verificare l'effettivo interesse economico. Quindi, per **interesse economico** si intende **qualcosa di più dell'inerenza**, anche se ciò non è ancora ben chiaro.

APPLICAZIONE PRIORITARIA dell'art. 127-bis, TUIR

Le modifiche introdotte dalla L. 342/2000 potrebbero creare qualche perplessità in ordine ai problemi di priorità nell'applicazione rispettivamente dell'art. 76, commi I-bis e I-ter e dell'art. 127-bis (normativa Cfc), relativamente alla deducibilità dei costi.

Analizziamo innanzitutto le differenze riscontrate.

- **Soggetti interessati:**

(8) In tal senso, M. Boidi - M. Piazza, *op. cit.*, pag. 8746.

(9) *Circ. Assonime 18 dicembre 2000, n. 65.*

(10) F. Maisto, "Il regime tributario delle operazioni intercorrenti tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato", in *Riv. Dir. Trib.*, 1991, I, pag. 757; F. Gallo, "Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione", in *Dir. e Prat. Trib.*, 7992, pag. 1784; R. Cordeiro Guerra, *op. cit.*, pag. 305.

- l'art. 76, comma 7-bis si riferisce a tutte le **imprese residenti** che hanno rapporti con imprese estere domiciliate in paradisi fiscali, **prescindendo dal rapporto di controllo**;
- l'art. 127-bis si riferisce solo ai soggetti residenti che detengono il **controllo** di imprese, società od altri enti esteri; quindi, rileva il solo rapporto di controllo.
- **Presupposto oggettivo:**
 - l'art. 76, comma 7-bis si riferisce ad operazioni che generano **componenti negativi** per l'impresa residente;
 - l'art. 127-bis, comma 1 si riferisce ai redditi conseguiti dal soggetto partecipato (e non ai costi).
- **Esimenti** da dimostrare per la disapplicazione:
 - l'art. 76, comma 7-ter considera lo svolgimento in via prevalente di un'effettiva attività commerciale dell'impresa estera, ovvero l'effettivo interesse economico all'operazione e la sua concreta esecuzione;
 - l'art. 127-bis, comma 5 prevede lo svolgimento in via principale di un'effettiva attività industriale o commerciale dell'impresa estera, ovvero la **dimostrazione** che dalla partecipazione non si consegue l'effetto di **localizzare redditi domestici in tali Stati**, al fine di disapplicare il regime di imputabilità dei redditi prodotti in capo all'impresa estera partecipata.

Si riscontra una diversità tra i concetti di «interesse economico» e di «inerenza»

In ogni caso, il comma 7-quater dell'art. 76, Tuir prescrive l'**inapplicabilità dei commi 7-bis e 7-ter** ove risulti applicabile la normativa Cfc di cui all'art. 127-bis, e cioè quando si realizzi il **presupposto soggettivo di controllo del soggetto estero** da parte del soggetto residente.

In definitiva, ove si rientri nella **normativa Cfc**, troverà applicazione unicamente l'art. 127-bis, Tuir. Tale impostazione è condivisa anche dalla Circ. Ag. Entrate 30 gennaio 2002, n. 9/E (risposta 6.3),⁽¹¹⁾ laddove si precisa che se il **reddito del contribuente** estero è imputato effettivamente al **soggetto controllante**, non può trovare applicazione l'ineducibilità dei costi di cui al comma 7-bis dell'art. 76, Tuir, indipendentemente dal trattamento più o meno favorevole per il contribuente.

CONCLUSIONI

In **assenza di controllo**, i rapporti economici con soggetti residenti in Paesi a fiscalità privilegiata sono regolamentati dai **commi 7-bis e 7-ter** dell'art. 76, Tuir. Se, invece, si tratta di redditi prodotti da **imprese estere controllate** da soggetti residenti, si applica l'art. 121-bis (disciplina Cfc).

Nel **primo caso** (art. 76, Tuir), per non incorrere nell'ineducibilità dei costi, occorre **dimostrare l'intento non elusivo dell'operazione**, tramite la prova dell'**effettiva attività commerciale prevalente** svolta dall'impresa estera, oppure dell'**effettivo interesse economico** che dovrebbe informare lo svolgimento dell'operazione con la controparte estera.

Nel **secondo caso**, cioè quando la fattispecie concreta riguarda imprese appartenenti allo **stesso gruppo** (o comunque in un rapporto controllante/controllata), alle quali risulta applicabile solo l'art. 127-bis, la prima esimente risulta sicuramente di più facile dimostrazione, e ciò in virtù dell'appartenenza allo stesso gruppo.

Nel caso in cui le imprese siano invece indipendenti (rapporto fornitore/cliente), venendo a mancare un supporto informativo adeguato tra le due, risultano sicuramente **di più agevole dimostrazione l'effettivo interesse economico e la concreta esecuzione dell'operazione**, in quanto le prove si possono reperire direttamente in seno all'azienda residente, essendo attinenti al campo delle valutazioni soggettive dell'imprenditore o dell'amministratore.

È chiaro che, mentre nel primo caso le prove sono oggettive (statuti, bilanci, certificazioni, numero dipendenti, ecc.), nel secondo queste attengono maggiormente alla sfera discrezionale del soggetto decisionale.

Ne consegue che, allo stesso modo in cui l'impresa ha maggior spazio di manovra per dimostrare l'interesse economico all'operazione, anche l'Amministrazione finanziaria avrà maggiori elementi per confutarlo, il tutto non conferendo certezza alla materia. Si dovrà ad ogni modo procedere ad una **valutazione specifica, caso per caso**. È data comunque facoltà di proporre interpello anche ex art. 76, Tuir.

(11) Nella stessa circolare, al punto 6.4, si ribadisce lo stesso principio, chiarendo che se in una precedente istanza di interpello sia stato dato esito favorevole in merito all'effettiva attività commerciale svolta dall'impresa controllata estera, ciò rileva anche ai fini della conseguente disapplicazione dell'art. 76, comma 7-bis. Ciò non preclude, peraltro, la possibilità di una verifica in merito all'eventuale violazione dell'art. 76, comma 5, in materia di transfer price intragruppo.