

**QUESTIONI IN TEMA DI TRANSFER  
PRICING E LE CD. BLACK LIST**

**GIULIO ANDREANI**

*Professore di diritto tributario  
presso la Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze  
Dottore commercialista*

**Siena, 26 settembre 2014**

---

## INDICE

|  |    |
|--|----|
| Slides sul transfer pricing.....   | 1  |
| Slides sulla deducibilità dei costi black list.....  | 15 |
| Articolo “La rilevanza dell’antieconomicità nei rapporti tra società del medesimo gruppo nazionale”.....           | 36 |
| Articolo “I limiti alla deducibilità dei costi black list alla luce dei principi comunitari e costituzionali”..... | 44 |

**QUESTIONI IN TEMA DI TRANSFER  
PRICING E LE CD. BLACK LIST**

**Tavole sinottiche a cura di  
Giulio Andreani**

Professore di diritto tributario alla  
Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze di Roma  
Docente alla Scuola di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza  
dottore commercialista

**Siena, 26 settembre 2014**

Giulio Andreani

**TRANSFER PRICING**

### Soggetti a cui si applica la norma

L'art. 110, comma 7, del Tuir (cd. transfer pricing) disciplina espressamente le operazioni infragruppo intercorse tra:

- una società estera ed un'impresa italiana da essa direttamente controllata;
- una società estera ed un'impresa italiana da essa indirettamente controllata attraverso altra società estera;
- una società estera ed un'impresa italiana entrambe controllate da una terza società estera.

### Soggetti a cui si applica la norma

La nozione di controllo - che deve sussistere tra l'impresa residente e la società non residente - non è riconducibile alla definizione dell'art. 2359 c.c., ma include ogni ipotesi di influenza economica potenziale o attuale desumibile dalle singole circostanze, quali ad es. la vendita di prodotti fabbricati dall'altra impresa; l'impossibilità di funzionamento dell'impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell'altra impresa; il diritto di nomina dei membri del Consiglio di amministrazione o degli organi direttivi delle società.

### Requisito oggettivo

Il prezzo pattuito per le operazioni infragruppo deve essere determinato in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati, dei beni e dei servizi ricevuti.

### Requisito oggettivo

Ai fini dell'individuazione del valore normale, in via prioritaria, occorre fare riferimento ai listini e alle tariffe del venditore dei beni o del prestatore di servizi ovvero, in caso di inesistenza, di inapplicabilità, o di inattendibilità del listino o della tariffa, alle mercuriali e ai listini delle Camere di commercio o alle tariffe professionali, tenendo conto anche degli sconti d'uso; solo in via sussidiaria potrà farsi riferimento al prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni o i servizi della stessa specie o simili in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o i servizi sono stati acquisiti o prestati; tale ultimo mercato, nell'ambito delle vendite infragruppo, può essere rappresentato dal mercato nazionale del venditore.

(Corte di Cassazione n. 24005 del 23 ottobre 2013)

## Accertamento e onere della prova

In materia di transfer pricing la Corte di Cassazione ha stabilito:

- dapprima, che grava sull'ente accertatore l'onere di comparare i prezzi delle transazioni oggetto della verifica con quelli rilevabili in operazioni analoghe tra parti indipendenti, mentre il contribuente non è tenuto a dimostrare la correttezza dei prezzi di trasferimento applicati, se non dopo che l'Amministrazione finanziaria abbia provato il mancato rispetto del principio del valore normale (sentenza n. 22023 13 ottobre 2006);

## Accertamento e onere della prova

- successivamente, che l'onere di fornire la dimostrazione dell'inerenza dei costi - e, qualora si tratti di cessioni infragruppo soggette alla disciplina dei prezzi di trasferimento, di ogni elemento che consenta all'Amministrazione di verificare il valore normale dei relativi corrispettivi - incombe sul contribuente e non sull'Amministrazione finanziaria (sentenze n. 1709 del 26 gennaio 2007 e n. 11949 del 13 luglio 2012);
- quindi che è necessario, da parte dell'Amministrazione finanziaria, soltanto dimostrare l'esistenza di transazioni tra imprese collegate, spettando invece al contribuente, secondo le regole ordinarie di vicinanza della prova di cui all'art. 2697 c.c., dimostrare che le transazioni sono intervenute per valori di mercato da considerarsi normali ai sensi dell'art. 9, comma 3, del T.U.I.R. (sentenza n. 10742 dell' 8 maggio 2013).

## Accertamento e onere della prova

- infine che l'onere della prova gravante sull'Ufficio resta limitato alla dimostrazione dell'esistenza di transazioni tra imprese collegate e dello scostamento evidente tra il corrispettivo pattuito e quello di mercato (valore normale), non essendo tale onere esteso alla prova della funzione elusiva dell'operazione (sentenza n. 22010 del 25 settembre 2013).

## Accertamento e onere della prova

La giurisprudenza di merito è invece più garantista:

- CTR Lombardia sentenza n. 84 del 10 luglio 2013:

l'Amministrazione deve provare di avere accuratamente selezionato le operazioni confrontate, di aver analizzato le funzioni svolte ed i rischi assunti dalle parti nelle transazioni coinvolte dall'analisi e di avere verificato operazioni che insistono sullo stesso livello di commercializzazione e mercati di riferimento, il mancato assolvimento comporta l'annullamento dell'atto impositivo.

Il contribuente, data la complessità della materia e considerato il vantaggio informativo di cui il medesimo gode, non potrà in sede processuale limitarsi ad eccepire il generico difetto di motivazione dell'atto per mancato assolvimento dell'onere probatorio posto a carico dell'Amministrazione finanziaria.

## Accertamento e onere della prova

- CTP di Brescia sentenza n. 13 del 4 febbraio 2013:

L'Amministrazione deve provare la non congruità dei prezzi di trasferimento tra società italiana da una parte e controllata straniera dall'altra, verificando: se la società è stata disponibile a remunerare un'altra impresa indipendente per l'effettuazione di tali servizi; la ragionevolezza e la proporzionalità dei costi dedotti, se cioè potevano essere verosimili in una realtà di mercato normale; la fiscalità dei paesi esteri per constatare l'interesse a far conseguire questi utili in altri nazioni; controllare se la documentazione prodotta dalla contribuente rispondesse ai canoni di prudenza e diligenza; richiedere, se del caso, ulteriori supplementi per approfondire meglio le operazioni compiute laddove precedentemente avessero evidenziato delle anomalie di comportamento

## Transfer pricing interno

L'art. 110, comma 7, del TUIR disciplina solo le operazioni infragruppo con soggetti non residenti.

Tale disciplina può essere applicata anche alle operazioni tra società residenti in Italia facenti parte del medesimo gruppo?

L'Agenzia delle Entrate (Circ. n. 53/E del 1999) aveva escluso la possibilità di procedere a contestazioni basate sulla disciplina dei prezzi di trasferimento qualora le società siano residenti in Italia.

Ha tuttavia affermato che, pur in assenza di una norma specifica, l'apprezzamento della natura elusiva ovvero evasiva delle operazioni infragruppo tra società italiane deve essere condotto sulla base della valenza presuntiva (o comunque indiziaria) della loro economicità.



### Transfer pricing interno

In senso affermativo si è espressa la Corte di Cassazione, con le sentenze n. 17955 del 24 luglio 2013, n. 8849 del 16 aprile 2014 e n. 12502 del 4 giugno 2014.

Nella valutazione a fini fiscali delle manovre sul trasferimento dei prezzi tra società facenti parte di uno stesso gruppo ed aventi tutte sede in Italia, va applicato il principio, avente valore generale, e dunque non circoscritto ai soli rapporti internazionali di controllo, stabilito dall'art. 9 del TUIR, che non ha mera portata contabile e che impone il riferimento al normale valore di mercato per corrispettivi e altri proventi presi in considerazione dal contribuente. Tale principio rappresenta una clausola antielusiva, costituente esplicitazione del generale divieto di abuso del diritto in materia tributaria, essendo precluso al contribuente conseguire vantaggi fiscali - come lo spostamento dell'imponibile presso le imprese associate che, nel territorio, godano di esenzioni o minor tassazione - mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione di legge, di strumenti giuridici idonei ad ottenere vantaggi in difetto di ragioni diverse dalla mera aspettativa di quei benefici.

### Transfer pricing interno

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 23551 del 20 dicembre 2012 aveva peraltro ritenuto in senso opposto che

«Il criterio del valore normale, di cui all'art. 9, comma 3, del D.P.R. n. 917/1987, non è utilizzabile per determinare i ricavi derivanti da cessioni di beni avvenute tra società del medesimo gruppo tutte aventi sede in Italia: sia perché quel criterio è dettato dalla legge solo per le cessioni tra una società nazionale ed una estera, sia perché il suddetto criterio, facendo riferimento ai listini del cedente ed agli sconti d'uso, presuppone che la cessione sia avvenuta in regime di libera concorrenza, verso soggetti estranei al gruppo di appartenenza del cedente.»

## Transfer pricing interno

La valutazione al valore normale di cessioni di beni fra soggetti residenti postula, normalmente, l'assenza di corrispettivi.

Il presupposto per l'insorgenza dell'obbligazione tributaria ai fini delle imposte sui redditi è infatti costituito dal prezzo pattuito fra le parti e non dai valori di mercato.

Conseguentemente, è illegittimo l'accertamento che ipotizzi un transfer pricing interno e rettifichi il prezzo di operazioni effettuate tra società consociate residenti, ove l'amministrazione non sia in grado di provare che i corrispettivi dichiarati sono inferiori a quelli effettivamente conseguiti.

(Sentenza della Commissione Tributaria di Milano  
n. 577 del 28 ottobre 1997)

## La disciplina del transfer pricing ai fini IRAP

Con l'abrogazione dell'art. 11-*bis* del D.Lgs. 446/1997 (ad opera della L. 244/2007), la base imponibile IRAP viene determinata in base al principio di diretta derivazione della base dal conto economico (ferme restando le indeducibilità espressamente previste).

Dal 2008 pertanto la disciplina di cui all'art. 110, comma 7, del TUIR parrebbe non avere effetto ai fini IRAP.

### La disciplina del transfer pricing ai fini IRAP

L'art.1, comma da 281 a 284, della L. n. 147/2013 ha stabilito l'applicazione della disciplina di cui all'art. 110, comma 7, del TUIR anche ai fini IRAP con efficacia retroattiva (ossia a decorrere dai periodi d'imposta successivi a quello in corso alla data del 31 dicembre 2007).

Allo stesso tempo, però, il legislatore ha previsto a favore dei contribuenti la disapplicazione delle sanzioni (comunque spettante, a prescindere dal possesso degli oneri documentali) per infedele dichiarazione IRAP sulle violazioni da *transfer price* commesse dal 2008 al 2012 (commi 282-283) salvo i casi di sanzioni irrogate con provvedimenti già definitivi (comma 284).

### La disciplina del transfer pricing ai fini IVA

*Ante* L. n. 244/2007 (Finanziaria 2008) era inapplicabile la disciplina del transfer pricing ai fini IVA, in quanto:

- tra le operazioni imponibili IVA soggette al valore normale non erano indicate le transazioni infragruppo;
- il principio secondo cui il prezzo di libero mercato rappresenta il riferimento degli scambi commerciali delle imprese multinazionali (cfr. Modello OCSE) non trovava riscontro nell'imposizione indiretta.

## La disciplina del transfer pricing ai fini IVA

L'art.1, comma 261, lett. c) e d), L. n. 244/2007 (Finanziaria 2008) e l'art. 24 della Ln. 88/2009 (Legge Comunitaria 2008) hanno recepito le previsioni contenute nell'art. 80 della Direttiva n. 2006/112/CEE, che dettano specifiche disposizioni in materia di transfer pricing nell'IVA e una specifica nozione di valore normale.

## La disciplina del transfer pricing ai fini IVA

In particolare, con l'art.1, comma 261, lett. c), L. n. 244/2007 (Finanziaria 2008) è stata introdotta nell'art. 13, comma 3, del D.P.R. n. 633/1972 la seguente disposizione:

«per le operazioni imponibili effettuate nei confronti di un soggetto per il quale l'esercizio del diritto alla detrazione è limitato (a norma del comma 5 dell'art. 19, anche per effetto dell'opzione di cui all'art. 36-bis), la base imponibile è costituita dal valore normale dei beni e dei servizi se è dovuto un corrispettivo inferiore a tale valore e se l'operazione è effettuata da società che direttamente o indirettamente controllano tale soggetto, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla il predetto soggetto».

La nuova previsione è entrata in vigore dal 1° marzo 2008

### La disciplina del transfer pricing ai fini IVA

Con la successiva L. n. 88/2009 (Legge Comunitaria 2008):

- sono state recepite nell'art. 13 del D.P.R. n. 633/1972, al comma 3, lett. b) e c) altre due ipotesi di operazioni infragruppo, contemplate dall'art. 80 par. 1 lett. b) e c) della direttiva 2006/112/CE. In particolare:

b) per le operazioni esenti effettuate da un soggetto per il quale l'esercizio del diritto alla detrazione è limitato a norma del comma 5 dell' art. 19, la base imponibile è costituita dal valore normale dei beni e dei servizi, se è dovuto un corrispettivo inferiore a tale valore e se le operazioni sono effettuate nei confronti di società che direttamente o indirettamente controllano tale soggetto, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla il predetto soggetto;

### La disciplina del transfer pricing ai fini IVA

c) per le operazioni imponibili, nonché per quelle assimilate agli effetti del diritto alla detrazione, effettuate da un soggetto per il quale l'esercizio del diritto alla detrazione è limitato a norma del comma 5 dell' art. 19, la base imponibile è costituita dal valore normale dei beni e dei servizi se è dovuto un corrispettivo superiore a tale valore e se le operazioni sono effettuate nei confronti di società che direttamente o indirettamente controllano tale soggetto, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla il predetto soggetto.

Le nuove previsioni si applicano alle operazioni poste in essere dal 27 settembre 2009.

### La disciplina del transfer pricing ai fini IVA

- è stato sostituito l'art. 14 del D.P.R. n. 633/1972, fornendo una nuova definizione di valore normale:

«Per valore normale si intende l'intero importo che il cessionario o il committente, al medesimo stadio di commercializzazione di quello in cui avviene la cessione di beni o la prestazione di servizi, dovrebbe pagare, in condizioni di libera concorrenza, ad un cedente o prestatore indipendente per ottenere i beni o servizi in questione nel tempo e nel luogo di tale cessione o prestazione.

segue

### La disciplina del transfer pricing ai fini IVA

Qualora non siano accertabili cessioni di beni o prestazioni di servizi analoghe, per valore normale si intende:

- a) per le cessioni di beni, il prezzo di acquisto dei beni o di beni simili o, in mancanza, il prezzo di costo, determinati nel momento in cui si effettuano tali operazioni;
- b) per le prestazioni di servizi, le spese sostenute dal soggetto passivo per l'esecuzione dei servizi medesimi.»

### La disciplina del transfer pricing ai fini IVA

Si tratta di ipotesi in cui, le parti potrebbero avere interesse a prevedere corrispettivi (più alti o più bassi) a seconda dei casi:

- se l'acquirente è un soggetto che svolge attività che danno luogo a operazioni esenti, l'imposta addebitata in via di rivalsa non è detraibile, o lo è solo in parte se le operazioni attive effettuate sono in parte esenti e in parte imponibili: l'imposta a monte, in questi casi, diventa un costo, con la conseguenza che la previsione di un corrispettivo contenuto per i propri acquisti consente di contenere l'onere relativo all'applicazione dell'IVA.

### La disciplina del transfer pricing ai fini IVA

- se è il cedente o il prestatore ad avere un pro rata di indetraibilità, vi è l'interesse a gonfiare il corrispettivo in quanto un corrispettivo elevato di un'operazione imponibile consente di diminuire il pro rata di indetraibilità;
- se l'operazione fra soggetti collegati è esente da IVA, il cedente o il prestatore hanno l'interesse a contenere l'imponibile dell'operazione perché imponibili più bassi consentono di contenere anche il pro rata di indetraibilità e quindi di detrarre un maggiore ammontare dell'imposta assoluta a monte.

### La disciplina del transfer pricing ai fini IVA

L'Agenzia delle Entrate non può estendere ai fini IVA la rettifica effettuata ai fini IRES ai sensi dell'art. 110, comma 7, del TUIR, ma deve – a tali fini – verificare se ricorrono le fattispecie previste:

- dall'art. 13, comma 3, lett. a), DPR n. 633/1972, con riguardo all'esercizio 2008;
- dall'art. 13, comma 3, lett. a), b) e c) DPR n. 633/1972, relativamente ai periodi successivi al 2008.

### La disciplina del transfer pricing ai fini IVA

L'art. 80 della Direttiva n. 2006/112/CEE è chiaro nel limitare il campo di applicazione della disciplina *de qua* ai soli casi ivi specificati.

In tal senso, si è pronunciata anche la Corte di Giustizia, la quale ha chiarito che «una normativa nazionale non può prevedere che la base impositiva sia pari al valore normale dell'operazione in casi diversi da quelli elencati nella citata disposizione (art. 80), in particolare qualora il prestatore, il cedente o l'acquirente abbia diritto a detrarre interamente l'IVA»

(cfr. sentenza 26 aprile 2012, cause riunite C-621/10 e C-129/11)



## LA DEDUCIBILITÀ DEI COSTI BLACK LIST

### Casi dubbi di individuazione del fornitore soggetto alla disciplina

- Società avente una sede operativa in uno Stato white list ma costituita in uno Stato black list, che ha acquistato beni in un paese non black list;
- Servizi resi da soggetto black list fatturati da operatore white list che commercializza i servizi del primo;
- Provvigioni versate ad agente white list che si avvale di sub-agenti black list;
- Servizi resi da soggetto black list con S.O. non black list, fatturati dalla sede (black list) del fornitore (vedasi il principio stabilito nella Circ. Ag. Entr. n. 12 del 19/02/2008, par. 8.1);
- Beni o servizi resi da soggetti residenti in paesi white list ma fatturati mediante società black list (CTP Venezia 9/1/2010 n. 1).

**Soggetti ai quali si applica la  
indeducibilità**

- Tutti i soggetti che esercitano nel territorio dello Stato un'attività d'impresa



1. società di capitali ed enti commerciali (in senso ampio, soggetti ex articolo 73, comma 1, lettere a) e b) del TUIR);
2. società di persone;
3. imprese individuali;
4. enti non commerciali, qualora conseguano redditi di impresa;
5. stabili organizzazioni in Italia di società ed enti non residenti;

*segue*

**Soggetti ai quali si applica la  
indeducibilità**

6. soggetti non residenti nei cui confronti trova applicazione la disciplina delle c.d. Controlled Foreign Companies;
7. soggetti non residenti, aventi residenza fiscale nel territorio dello Stato italiano ex art. 73, comma 3 o comma 5-bis del TUIR.

**Comprese le stabili organizzazioni in Italia di società estere**

- Sono quindi esclusi:

1. enti non commerciali;
2. lavoratori autonomi;
3. privati.

**Soggetti (fornitori) che effettuano le operazioni i cui costi sono indeducibili**

- Imprese residenti o localizzate in Stati black list



Comprese le S.O. in Stati black list di imprese residenti in uno Stato white list e anche di un'impresa residente in Italia

Comprese le imprese residenti in Italia che operano come commissionarie per conto di imprese estere domiciliate in paesi black list (secondo l'Agenzia delle Entrate - Ris. 1/2/2005 n. 12 - che non pare peraltro condivisibile, perché contrasta con la sostanza dell'operazione, con il principio di capacità contributiva e con la natura giuridica del rapporto di mandato)

*segue*

**Soggetti (fornitori) che effettuano le operazioni i cui costi sono indeducibili**

- Non rileva il rapporto di controllo o collegamento tra le imprese;
- La prova della residenza o localizzazione può essere fornita mediante certificazione delle Autorità estere, dichiarazione del fornitore, fatture, lettere emesse dal fornitore, ecc.
- Professionisti (intesi in senso ampio: esercenti abitualmente arti e professioni anche non regolamentate) domiciliati in Stati black list



- non solo residenti ma comunque ivi localizzati (ad esempio perché dispongono in loco di una base fissa).

### Fornitori relativamente ai quali non si applica la disposizione sulla indeducibilità

- Soggetti che non esercitano attività d'impresa;
- Soggetti che non esercitano arti e professioni;
- Soggetti che esercitano arti e professioni, ma non con abitualità;
- In base alla Circ. Ag. Entrate n. 51/2010 dovrebbero essere esclusi anche i soggetti di cui al comma 2 dell'art. 53 TUIR (autori di opere dell'ingegno, associati in partecipazione che prestano solo attività lavorativa, soci fondatori e promotori che percepiscono utili per l'attività svolta in sede di costituzione della società).

### Casi dubbi di individuazione del fornitore soggetto alla disciplina

- Società avente una sede operativa in uno Stato white list ma costituita in uno Stato black list, che ha acquistato beni in un paese non black list;
- Servizi resi da soggetto black list fatturati da operatore white list che commercializza i servizi del primo;
- Provvigioni versate ad agente white list che si avvale di sub-agenti black list;
- Servizi resi da soggetto black list con S.O. non black list, fatturati dalla sede (black list) del fornitore (vedasi il principio stabilito nella Circ. Ag. Entr. n. 12 del 19/02/2008, par. 8.1);
- Beni o servizi resi da soggetti residenti in paesi white list ma fatturati mediante società black list (CTP Venezia 9/1/2010 n. 1).

**La struttura della black list**  
(D.M. 23/1/2002 e D.M. 27/07/2010)

Tre distinti elenchi:

1. Elenco dei paesi con rilevanza “assoluta” (da cui sono stati esclusi Cipro, Malta e Corea del Sud, peraltro con alcune incertezze circa la decorrenza di tale esclusione);
2. Elenco dei paesi rilevanti con alcune accezioni, poiché talune attività sono escluse dal campo di applicazione delle disposizioni antielusive (ad esempio: EAU per le attività petrolifere);

*segue*

**La struttura della black list**  
(D.M. 23/1/2002 e D.M. 27/07/2010)

3. Elenco dei paesi relativamente ai quali le disposizioni antielusive si applicano limitatamente a talune tipologie di soggetti, a soggetti che usufruiscono di regimi agevolati ovvero a soggetti che esercitano particolari attività (ad esempio: Svizzera con riferimento a società non soggette alle imposte cantonali e municipali, quali le holding, le ausiliarie e “di domicilio”).



necessità di certificazioni rilasciate da autorità fiscali straniere che:

- non sempre sono disponibili;
- talvolta hanno contenuto più formale che sostanziale;
- non consentono sempre all’A.F. italiana l’accertamento della reale situazione del soggetto estero (vedi Convenzione Italia-Svizzera, art. 27).

*segue*

**La struttura della black list**  
(D.M. 23/1/2002 e D.M. 27/07/2010)

Il comma 2 dell'art. 3 del D.M. 23 gennaio 2002 specifica che *“le disposizioni del comma 1 si applicano, altresì, ai soggetti ed alle attività insediati negli Stati di cui al medesimo comma che usufruiscono di regimi fiscali agevolati sostanzialmente analoghi a quelli indicati, in virtù di accordi o provvedimenti dell'Amministrazione Finanziaria nei medesimi Stati”*



la certificazione dovrebbe quindi attestare anche l'inesistenza di condizioni che garantiscano al soggetto estero di poter fruire di regimi fiscali agevolati sostanzialmente analoghi a quelli indicati nel comma 1 del medesimo art. 3, in virtù di accordi o provvedimenti raggiunti con l'Amministrazione finanziaria estera

**Effetti della mancata indicazione dei costi  
black list nella dichiarazione dei redditi**

Anteriormente alle modifiche introdotte con la L. 27/12/2006 n. 296 la deduzione delle spese e degli altri componenti negativi era comunque subordinata alla separata indicazione nella dichiarazione dei redditi dei relativi ammontari dedotti.

Su tale impianto normativo è intervenuta, opportunamente, la L. n. 296/2006, operante su tre fronti distinti:

- con il comma 301 dell'art. 1 è stato soppresso l'ultimo periodo del comma 11 dell'art. 110 del TUIR, eliminando dunque, come condizione per la deducibilità dei componenti negativi di specie, l'evidenziazione nella dichiarazione dei redditi come condizione essenziale per la deduzione di tali componenti;

*segue*

### Effetti della mancata indicazione dei costi black list nella dichiarazione dei redditi

- con il comma 302, è stato introdotto uno specifico comma 3-*bis* nell'art. 8 del D.Lgs. n. 471/1997, in base al quale la mancata indicazione dei costi *black list* nel modello di dichiarazione viene punita con una sanzione amministrativa pari al 10% dell'importo complessivo delle spese e dei componenti negativi non indicati nella dichiarazione dei redditi, con un minimo di euro 500 e un massimo di euro 50.000;
- con il comma 303 è stato precisato che la disposizione del comma 302 si applica anche per le violazioni commesse prima del 1° gennaio 2007, sempre che il contribuente fornisca la prova di cui all'art. 110, comma 11, primo periodo, del TUIR. Resta ferma in tal caso l'applicazione della sanzione di cui all'art. 8, comma 1, del D.Lgs. n. 471/1997 .

*segue*

Giulio Andreani

41

### Effetti della mancata indicazione dei costi black list nella dichiarazione dei redditi

Ogniqualevolta i costi da Paesi "black list" non siano stati separatamente indicati in dichiarazione e non sia stata raggiunta la prova delle circostanze esimenti richieste dall'articolo 110, comma 11 del TUIR, oltre al recupero della maggior imposta dovuta e dei relativi interessi, vengono irrogate le seguenti sanzioni, in conformità al disposto del D. Lgs. n. 471/1997:

- per le violazioni commesse fino al 31 dicembre 2006, è applicabile la sola sanzione per "infedeltà" della dichiarazione, conseguente alla ineducibilità dei costi (art. 1, comma 2 del D.Lgs. n. 471/1997);

*segue*

Giulio Andreani

42

**Effetti della mancata indicazione dei costi  
black list nella dichiarazione dei redditi**

- per le violazioni commesse dal 1° gennaio 2007, la sanzione correlata alla “*infedeltà*” della dichiarazione è applicabile unitamente a quella per irregolare compilazione della dichiarazione, di cui al nuovo articolo 8, comma 3-*bis* del D.Lgs. n. 471/1997, riferita a violazioni di autonomi adempimenti, colpite da distinte sanzioni.

La sanzione di cui al citato comma 3-*bis* non è infatti alternativa a quella concernente la dichiarazione c.d. “*infedele*”.

*segue*

**Effetti della mancata indicazione dei costi  
black list nella dichiarazione dei redditi**

Qualora, invece, sia dimostrata la sussistenza delle circostanze esimenti, per le violazioni dell’obbligo dichiarativo, in ogni tempo commesse, risulta applicabile la sola sanzione di cui al nuovo comma 3-*bis* dell’articolo 8 del D.Lgs. n. 471/1997, ferma restando la deducibilità dei costi non separatamente indicati in dichiarazione.

*segue*



**Effetti della mancata indicazione dei costi  
black list nella dichiarazione dei redditi**

Violazioni obbligo dichiarativo:

| Data violazione    | Prova Esimenti | Deducibilità Costi | Avvio Controlli | Dichiarazione Integrativa  | Sanzioni applicabili   |  |
|--------------------|----------------|--------------------|-----------------|--|--|--|
|                    |                |                    |                 |  | Normativa  | Misura   |
| Non rileva         | SI             | SI                 | NO              | Entro termine presentazione dichiarazione rel. all'anno nel corso del quale è stata commessa la violazione | art. 8, comma 1 del D.Lgs. n. 471 del 1997<br><br>Art. 13, comma 1, lett. B) del D. Lgs. n. 472 del 1997 | € 32<br>(€ 258 ridotta ad un ottavo)   |
| Non rileva         | SI             | SI                 | NO              | Entro termine decadenza controlli  | art. 8, co. 1 del D.Lgs. n. 471 del 1997   | min. € 258<br>max € 2.065  |
| Non rileva         | SI             | SI                 | SI              | Non rileva   | art. 8, co. 3-bis del D.Lgs. n. 471 del 1997   | 10% costi<br>min. € 500<br>max € 50.000  |
| Fino al 31/12/2006 | NO             | NO                 | Non rileva      | Non rileva   | art. 1, comma 2 del D.Lgs. n. 471 del 1997   | da 100% a 200% maggior imposta   |
| Dal 01/01/2007     | NO             | NO                 | SI              | Non rileva   | art. 8, co. 3-bis del D.Lgs. n. 471 del 1997<br>+<br>art. 1, comma 2 del D.Lgs. n. 471 del 1997          | 10% costi<br>min. € 500<br>max € 50.000<br>+<br>da 100% a 200% maggior imposta |

Giulio Andreani

45

**Effetti della mancata indicazione dei costi  
black list nella dichiarazione dei redditi**

La Corte di cassazione, con la sentenza n. 5398 del 2012, ha peraltro affermato che l'omessa separata indicazione nella dichiarazione dei redditi dei costi per operazioni con imprese site in Paesi «black list» ne pregiudica la deduzione, a prescindere dalla dimostrazione delle esimenti, qualora l'omissione riguardi un periodo d'imposta anteriore alla entrata in vigore della Finanziaria 2007, che ha sostituito il regime di indeducibilità con una sanzione del 10% degli importi non indicati in dichiarazione. La decisione non è affatto condivisibile, in quanto travalica il quadro normativo di riferimento, pervenendo a conclusioni più favorevoli per l'A.F. addirittura rispetto alle interpretazioni della stessa Agenzia delle entrate.

Giulio Andreani

46

### La rilevanza del divieto di deducibilità ai fini IRAP

A seguito dell'abrogazione dell'art. 11-*bis* del D.Lgs. 446/1997 (ad opera della L. 244/2007) si sono prodotti relativamente all'IRAP i seguenti effetti generali:

- principio di irrilevanza delle norme IRES ai fini della determinazione dell'imponibile IRAP;
- principio di diretta derivazione della base imponibile IRAP dal conto economico (ferme restando le indeducibilità espressamente previste);

*segue*

### La rilevanza del divieto di deducibilità ai fini IRAP

- principio di correlazione IRAP, per cui i componenti reddituali non rilevanti ai fini IRAP rilevano comunque se correlati a componenti IRAP di periodi anteriori o successivi.

**Conseguentemente:**

l'indeducibilità di cui all'art 110, comma 10, TUIR non dovrebbe più trovare applicazione con riguardo all'IRAP, fatto salvo il caso di difetto di inerenza.

*segue*

### La rilevanza del divieto di deducibilità ai fini IRAP

Tuttavia, con la risoluzione 31 marzo 2009, n. 84/E l'Amministrazione finanziaria ha esteso all'IRAP il principio secondo il quale la rinuncia da parte del contribuente alla detrazione dell'IVA sulle spese per prestazioni alberghiere e di ristorazione determinerebbe l'indeducibilità dall'imposta sul reddito di tale componente iscritto a conto economico (contraria l'Assonime: tale tesi non è accettabile poiché comporterebbe la permanenza del criterio dell'inerenza nel sistema IRAP "anche in tutte le altre fattispecie di deduzioni di componenti negativi. E questo significherebbe sostanzialmente riproporre ai fini dell'IRAP la normativa del TUIR, aderendo ad una impostazione esattamente contraria a quella espressa dal legislatore che ha introdotto il nuovo regime dell'IRAP").

*segue*

### La rilevanza del divieto di deducibilità ai fini IRAP

La posizione dell'Agenzia delle entrate sul tema della inerenza è stata successivamente manifestata nel par. 1.2 della circolare n. 36/E del 2009, ma chiarita meglio con la circolare n. 39/E del 2009:

1. in linea generale "la rilevanza IRAP dei componenti positivi e negativi segue il principio di derivazione dalle voci rilevanti del conto economico, così che la ricorrenza del requisito di inerenza rileva - già ai fini civilistici - come condizione per imputare a conto economico un determinato componente negativo di reddito";

*segue*

### La rilevanza del divieto di deducibilità ai fini IRAP

2. i componenti negativi correttamente imputati a conto economico in applicazione dei principi civilistici “sono normalmente connotati dal generale requisito di inerenza al valore della produzione IRAP”;
3. l'inerenza “è tuttavia sindacabile dall'Amministrazione finanziaria in sede di controllo”.



inapplicabilità art. 110, comma 10 e segg. TUIR ai fini dell'IRAP, salvo che in presenza di componenti non effettivi o non inerenti

### L'impatto delle convenzioni internazionali sul divieto di deducibilità

La questione del rapporto tra norme pattizie e norme antielusive interne si fonda sul presupposto della loro sovrapposibilità e cioè sulla loro riconducibilità alla categoria di norme sostanziali escludendo che quelle antielusive siano norme procedurali

compatibili con quelle pattizie

non sono compatibili fra loro

Norme pattizie

sostanziali  
(in quanto intendono ripartire il potere impositivo fra gli Stati)

Norme antielusive

sostanziali  
(in quanto attengono alla quantificazione e alla imputazione del reddito e non alla sua prova)

conseguentemente occorre individuare la gerarchia delle fonti per stabilire quali prevalgono

segue

### **L'impatto delle convenzioni internazionali sul divieto di deducibilità**

Ulteriore questione:

posto che le norme antielusive sono espressione del principio del divieto dell'abuso del diritto, il quale è a sua volta espressione di principi costituzionali (artt. 23 e 53 Cost.), possono esse – per questo motivo – prevalere sulle norme pattizie?

La risposta è negativa perché anche le norme convenzionali si fondano su basi costituzionali di pari rango.

In merito, la CTP Milano ha ritenuto che le disposizioni contenute in una Convenzione internazionale, in quanto destinate a disciplinare in via esclusiva i rapporti tra i soggetti appartenenti ad uno Stato estero e l'Italia, assumano il carattere di specialità e, quindi, assumano rilievo rispetto alle normative nazionali quali, nel caso in esame, il TUIR (13/12/2012 n. 294).

### **L'impatto delle convenzioni internazionali sul divieto di deducibilità**

**Inoltre: non esiste una norma di diritto internazionale che stabilisce la sopravvivenza delle norme antielusive interne alle norme pattizie**



**la soluzione va ricercata nelle stesse convenzioni internazionali**

### L'impatto delle convenzioni internazionali sul divieto di deducibilità

Il Commentario al Modello OCSE di Convenzione ammette la liceità delle disposizioni interne antielusive, che non sono quindi assorbite dalle norme convenzionali (il Commentario ha valore interpretativo perché contiene le dichiarazioni interpretative unilaterali degli Stati)



Paragrafo 9.2 del Commentario del Modello OCSE  
Paragrafo 22.1 del Commentario del Modello OCSE

Il Commentario si riferisce però alle norme antielusive generali (art. 37-bis D.P.D. 600/1973) e non a quelle specifiche.

*segue*

### L'impatto delle convenzioni internazionali sul divieto di deducibilità

Quanto al disposto delle singole convenzioni occorre considerare la "clausola di non discriminazione" di cui all'art. 24, paragrafo 4, del Modello di convenzione dell'OCSE, ai sensi del quale *"fatta salva l'applicazione delle disposizioni contenute nel paragrafo 1 dell'articolo 9, nel paragrafo 6 dell'articolo 11 o nel paragrafo 4 dell'articolo 12, gli interessi, i canoni e altre somme pagate da un'impresa di uno Stato contraente ad un residente dell'altro Stato contraente, ai fini di determinare gli utili imponibili di detta impresa, sono deducibili alle stesse condizioni come se fossero stati pagati ad un residente del primo Stato contraente. Similmente, ogni debito di un'impresa di uno Stato contraente verso un residente dell'altro Stato contraente, ai fini di calcolare il patrimonio imponibile di tale impresa, sarà deducibile alle stesse condizioni come se i debiti fossero stati contratti verso un residente del primo Stato"*.

*segue*

### L'impatto delle convenzioni internazionali sul divieto di deducibilità

Per esempio, tra i Paesi appartenenti alla black list nella cui convenzione con l'Italia è presente la citata clausola di non discriminazione figurano l'Ecuador, le Mauritius e la Svizzera. In tale ipotesi, come previsto dall'art. 75 del D.P.R. n. 600/1973, nonché dall'art. 169 del TUIR, prevalendo - ove più favorevole - la disciplina convenzionale su quella nazionale, parrebbe venir meno anche l'obbligo di separata indicazione dei costi in dichiarazione dei redditi (CTP Milano 20/12/2010 n. 338).

Nonostante l'applicazione della convenzione resta da valutare la effettività e l'inerenza quantitativa dell'operazione.

*segue*

### L'impatto delle convenzioni internazionali sul divieto di deducibilità

Tuttavia in altre convenzioni contro le doppie imposizioni di più recente ratifica (per esempio, quella stipulata con l'Oman), è stata introdotta all'interno della clausola di non discriminazione una formula di chiusura del seguente tenore: *"le disposizioni dei paragrafi precedenti del presente Articolo non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni interne per prevenire l'evasione e l'elusione fiscale. La presente disposizione comprende in ogni caso le limitazioni della deducibilità delle spese e degli altri elementi negativi derivanti da transazioni tra imprese di uno Stato contraente ed imprese situate nell'altro Stato contraente"*.

In questi casi le norme antielusive interne trovano regolare applicazione

### CEDU e indeducibilità dei costi black list

L'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea stabilisce che *"ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale"*. Il secondo paragrafo precisa che *"le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o ammende"*.

*segue*

### CEDU e indeducibilità dei costi black list

*...“l’obbligazione finanziaria nata dal prelevamento di imposte può disconoscere la garanzia sancita da questa disposizione (ossia, dall’art. 1 del primo Protocollo, cit.) se essa impone alla persona in oggetto un carico eccessivo o sia fondamentale di pregiudizio alla sua situazione finanziaria” (C.edu, Di Belmonte / Italia, 16 marzo 2010).*

*segue*



### CEDU e indeducibilità dei costi black list

La Corte europea ha inoltre stabilito che il rispetto del principio di legalità richiede non semplicemente che l'atto amministrativo che limita i diritti proprietari del suo destinatario sia formalmente conforme alla legge; di più, esige la cd. qualità della legge, le cui disposizioni devono dunque essere accessibili, prevedibili, precise (in tal senso, C.edu, *Belvedere Alberghiera / Italia*, 30 maggio 2005, par. 57 e 59; C.edu, *Carbonara e Ventura / Italia*, 30 maggio 2005), oltre che “*non eccessivamente rigide*” e non devono essere, inoltre, di tal fatta da attribuire agli organi competenti “*una discrezionalità tale da rendere il proprio comportamento imprevedibile*” (C.edu, *Hentrich / Francia*, 22 settembre 1994, par. 42; C.edu, *Drustevni Zalozna Pria ed altri / Repubblica Ceca*, 31 luglio 2008, par. 89).

*segue*

### CEDU e indeducibilità dei costi black list

Non è conforme al principio di legalità - come inteso dalla menzionata giurisprudenza - una norma di diritto interno la quale rimetta all'Ufficio finanziario, senza la predeterminazione normativa di criteri oggettivi di valutazione, l'apprezzamento della deducibilità di componenti negative di reddito.

*segue*

### CEDU e indeducibilità dei costi black list

Le disposizioni nell'art. 110, co. 10 ed 11 TUIR, in tema d'ineducibilità dei cd. costi black list, non autonomamente evidenziati, nella dichiarazione tributaria annuale, con riferimento al caso in cui sia incontestato che a) il contribuente ha effettivamente sostenuto detti costi, b) i medesimi sono inerenti la sfera dell'impresa esercitata e c) sono stati dedotti nel periodo di competenza, confliggono con la tutela del diritto di proprietà di cui all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione.

*segue*

### CEDU e indeducibilità dei costi black list

Infatti, tali disposizioni, determinando l'assoggettamento ad imposizione di un reddito inesistente (pari ai costi ritenuti indeducibili), sono incompatibili col principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost. (il quale ammette solo la tassazione di redditi effettivi) oltre che incoerenti con la disciplina dell'imposizione sui redditi cui afferiscono (disciplina che ha ad oggetto la tassazione del reddito effettivo).

*segue*

### CEDU e indeducibilità dei costi black list

Le disposizioni recate nell'art. 110, co. 10 ed 11 TUIR, in tema d'ineducibilità dei cd. costi black list, nella misura in cui condizionano la loro deducibilità a che il contribuente dimostri la convenienza economica dell'allocazione della produzione in Paesi a fiscalità privilegiata, avendo riguardo agli oneri economici che dovrebbe sopportare allocandola in Paesi non black list, ubicati nella medesima area geografica, sono illegittime, per contrasto con i principi di certezza e prevedibilità della norma, anche in conseguenza dell'ampissimo margine di discrezionalità così attribuito all'Amministrazione finanziaria, e comportano la violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale.

*segue*

### CEDU e indeducibilità dei costi black list

Le disposizioni recate nell'art. 110, co. 10 ed 11 TUIR, in tema d'ineducibilità dei cd. costi black list, per il caso in cui il contribuente non dimostri la convenienza economica delle operazioni commerciali intercorse con i Paesi black list, avuto riguardo alle condizioni contrattuali che avrebbero potuto essere conseguite mediante analoghe operazioni commerciali con Paesi non black list, ubicati nella stessa zona geografica dei primi, confligge con l'art. 1 del primo Protocollo addizionale della Convenzione, con riferimento al caso in cui è non controverso che i costi in questione siano stati effettivamente sostenuti dal contribuente, siano inerenti la sfera della propria impresa e siano, altresì, stati dedotti nell'esercizio di competenza, perché:

*segue*

### CEDU e indeducibilità dei costi black list

- a) difetta la ragione, giuridicamente rilevante, dell'ineducibilità posta dalla norma interna; ossia, la presunzione di fittizietà delle operazioni commerciali in questione. Per cui, l'effetto d'ineducibilità – con conseguente compressione della sfera patrimoniale del contribuente - è contrario al principio di proporzionalità, difettando proprio il motivo – giuridicamente rilevante – che lo giustifica;

*segue*

Giulio Andreani

67

### CEDU e indeducibilità dei costi black list

- b) il legislatore, nella discrezionalità che connota la propria politica fiscale, in funzione dell'obiettivo, perseguito dalle norme tributarie interne censurate, di scoraggiare l'allocatione della produzione nei Paesi black list, può limitare la deducibilità del costo (ad esempio, ammettendola solo in via forfetaria); ma non può negare tout court tale deducibilità, pena la violazione, per il mancato rispetto del principio di proporzionalità, dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale;

*segue*

Giulio Andreani

68

### **CEDU e ineducibilità dei costi black list**

**c) in ogni caso, l'oggetto della prova contraria prescritto dalla richiamata normativa nazionale, avuto riguardo agli effetti fiscali che determina, è talmente gravoso da escludere che vi sia quella relazione di proporzionalità tra l'interesse perseguito dal legislatore italiano – scoraggiare l'allocatione della produzione nei Paesi black list – e la tutela apprestata dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale.**



## La rilevanza dell'antieconomicità nei rapporti tra società del medesimo gruppo nazionale

di Giulio Andreani<sup>(\*)</sup> Giuseppe Ferrara<sup>(\*\*)</sup>

La giuridica rilevanza dell'interesse di gruppo, avente fondamento negli artt. 2497 e ss. c.c., oltre che nel consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità (non tributaria), implica che la valenza indiziaria o presuntiva (a seconda della tesi che si ritenga di accogliere) della cd. antieconomicità delle operazioni infragruppo, circa l'esistenza di un occultamento di materia imponibile ovvero di un arbitraggio fiscale, può essere elisa dalla dimostrazione dell'esistenza di detto interesse (di gruppo); prova che, *in primis*, dovrebbe emergere dalla relazione sulla gestione e comunque dagli atti degli organi delle società del gruppo che sopportano il danno immediato cagionato dall'operazione diseconomica. L'adesione delle società del gruppo nazionale al regime del consolidato non esclude il potere dell'Amministrazione di sindacare l'economicità delle transazioni infragruppo, e per le interessate, di giustificare, alla luce dell'interesse di gruppo, dette operazioni.

<sup>(\*)</sup> Dottore commercialista.

<sup>(\*\*)</sup> Avvocato tributarista. Dottore di ricerca.

<sup>1</sup> V., ad esempio, tra l'altro proprio con riferimento a transazioni intercorse tra società facenti parte del medesimo gruppo, Cass., 11 aprile 2008, n. 9497; Id., 24 luglio 2002, n. 10802. V. anche Id., 15 settembre 2008, n. 23635. Più recentemente, Id., 11 dicembre 2013, n. 27683 ha ancora osservato che "... la sproporzione del valore economico di un bene o servizio assume rilevanza, ai fini dell'inopponibilità all'Amministrazione finanziaria dell'operazione realizzata dal soggetto contribuente (... sotto il profilo della deducibilità del costo quale componente negativo di reddito) ... sol-

### 1. Premessa

Secondo parte della giurisprudenza l'antieconomicità dell'attività d'impresa, ovvero della singola operazione che ad essa pertiene, costituirebbe indice dell'occultamento di ricavi (nel caso in cui il corrispettivo per la cessione di beni o prestazione di servizi sia inferiore al loro valore di mercato), ovvero paleserebbe la **non inerenza del costo sostenuto** (in misura sproporzionata rispetto al valore del bene o servizio acquisito), oppure, ancora, svelerebbe la condotta abusiva del contribuente, finalizzata a porre in essere un arbitraggio fiscale.

Vi sono, peraltro, orientamenti che ritengono che l'antieconomicità dell'operazione imprenditoriale sia meramente sintomatica dell'infedeltà dichiarativa del soggetto passivo, ma non costituisca prova presuntiva della stessa, ai sensi dell'art. 39, co. 1, lett. d) del D.P.R. n. 600/1973<sup>1</sup>.

tanto a condizione che riveli (in quanto elemento indiziario che riveli ex se o unitamente ad un più vasto complesso indiziario, rivesta i caratteri della prova presuntiva ex art. 2729 c.c.) la fittizietà ovvero la inesistenza del rapporto giuridico di cui è stato parte il contribuente, oppure che si iscriva in una fattispecie qualificabile come abuso del diritto ...: all'Amministrazione non viene infatti riconosciuto - nell'esercizio dell'attività di verifica e controllo - un generale potere di valutazione della congruità delle attività economiche svolte dai soggetti che operano nel mercato, salva la possibilità di contrastare manovre elusive della misura dell'imposta facente capo al contribuente - in presenza di costi che appaiono insoliti o sproporzionati - facendo ricorso alla disci-

Perciò, è necessario che l'Ufficio finanziario valuti la **singola fattispecie concreta** onde appurare se - ad esempio - la deduzione del costo (ritenuto) non economico possa reputarsi non inerente, perché sotteso ad una operazione in tutto od in parte inesistente, ovvero perché finalizzato ad un mero obiettivo di risparmio fiscale e dunque estraneo alla logica aziendale e, vieppiù, ai principi del sistema tributario, sì da palesare l'esistenza di una fattispecie abusiva<sup>2</sup>.

Secondo altra parte della giurisprudenza di legittimità, invece, l'antieconomicità della condotta imprenditoriale costituirebbe **mezzo di prova presuntiva** - ai sensi dell'art. 39, co. 1, lett. d), cit. - della condotta evasiva o abusiva dello stesso contribuente. Addirittura, si sostiene che l'indeducibilità del costo, pur effettivo, sostenuto dall'impresa senza un'effettiva ragione economica, scaturirebbe dall'interpretazione dell'art. 109, comma 5, del Tuir, condotta alla luce dei principi costituzionali (artt. 41 e 53 Cost.). La libertà di esercizio dell'attività d'impresa, infatti, dovrebbe essere bilanciata con il dovere di tutti di concorrere alla spesa pubblica (art. 53 Cost.); per il che, sarebbe giustificato che sia chiamato al concorso alle pubbliche spese (sull'ammontare del costo diseconomico) quel contribuente che opera al di fuori dei canoni dell'economia, dato che, altrimenti, sarebbe la collettività a dover sostenere (tramite la riduzione della base imponibile di quel soggetto, ove gli fosse consentito di dedurre un costo anti-economico) il "peso" delle incongrue scelte imprenditoriali di quello stesso contribuente<sup>3</sup>.

Con specifico riferimento all'Iva, invece, la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE ha reiteratamente escluso la possibilità di disconoscere il **diritto alla detrazione** relativamente a **costi** sopportati dal soggetto passivo, ritenuti **diseconomici** dall'Amministrazione finanziaria. Infatti, il diritto alla detrazione dell'Iva passiva si giustifica per ciò che esiste una relazione strumentale (inerenza) tra bene o servizio acquistato ed attività d'impresa svolta dal contribuente; relazione, quella dell'inerenza, apprezzata come di natura unica-

mente qualitativa, non quantitativa (il sindacato sull'inerenza fondato sull'asserita antieconomicità del costo suppone, per contro, l'assunzione del **concetto "quantitativo" di inerenza**).

Se ne ha conferma in quegli orientamenti<sup>4</sup> secondo cui il diritto alla detrazione Iva compete anche quando l'attività d'impresa non è, al momento dell'acquisto del bene o servizio, attualmente esercitata dal contribuente, ma ciò nonostante il bene o servizio afferisce alla programmata attività imprenditoriale. È evidente, infatti, che l'assunzione di un concetto quantitativo, e non qualitativo, dell'inerenza, è incompatibile con tale affermazione di principio: difetterebbe, infatti, la relazione quantitativa tra costo e ricavo, data l'inesistenza di quest'ultimo, per l'assenza di un attuale esercizio dell'attività imprenditoriale. Non basta. Infatti, la Corte di Giustizia UE ha pure reiteratamente statuito che:

- la circostanza che un'operazione economica rilevante ai fini Iva sia effettuata ad un prezzo superiore o inferiore a quello di costo, è del tutto irrilevante ai fini dell'applicazione di tale tributo e, quindi, anche dell'esercizio del cd. diritto alla detrazione<sup>5</sup>;
- ed ancora, qualora, nell'ambito di un'operazione intercorrente tra soggetti passivi Iva che godono entrambi del diritto alla detrazione dell'Iva passiva, risulti che beni e servizi siano forniti a prezzi superiori o inferiori a quelli di mercato, non può ricorrere alcuna elusione o evasione dell'Iva e dunque il diritto alla detrazione non può essere negato<sup>6</sup>;
- infine, dato che la base imponibile Iva è costituita dal corrispettivo effettivamente pattuito tra le parti, il diritto alla detrazione non può essere negato, per ciò che il prezzo pagato dal soggetto passivo Iva si discosta dal valore oggettivo del bene così acquisito<sup>7</sup>.

Ora, è chiaro che, se l'acquisto del bene o servizio funzionale all'esercizio dell'attività d'impresa è pacificamente effettivo, il principio affermato dalla giurisprudenza comunitaria (dipendente dal principio di neutralità dell'Iva) non ammette il di-

plina sulla simulazione e dei negozi in frode alla legge (cfr. Cass., 10 dicembre 2010, n. 24957 con riferimento alla determinazione del reddito d'impresa)".

<sup>2</sup> La Corte di Cassazione ha, del resto, affermato che il costo diseconomico non è, per ciò solo, indeducibile, laddove il contribuente, suo tramite, ha comunque perseguito una strategia aziendale (v. Cass., 24 luglio 2002, n. 10802).

<sup>3</sup> V. Cass., 9 febbraio 2001, n. 1821; Id., 15 settembre 2008, n. 23635, cit.

<sup>4</sup> V. Corte di Giust. CE, C-37/95, 15 gennaio 1998; Corte Giust. CE, C-110/1998, 21 marzo 2000.

<sup>5</sup> V. Corte Giust. CE, C-412/03, par. 22.

<sup>6</sup> V. Corte Giust. CE, C-621/10; C-129/11, 26 aprile 2012, par. 47.

<sup>7</sup> V. Corte Giust. UE, C-621/10; C-129/11, 26 aprile 2012, cit., par. 47.

sconoscimento del diritto alla detrazione. Lo consente (tale disconoscimento) solo se il **costo è in tutto o in parte fittizio** (ciò di cui può essere indizio la sua antieconomicità), dato che, in tale evenienza, il cessionario dà luogo ad una evasione dell'Iva. Tale conclusione è stata recepita anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>8</sup>, proprio facendo leva sui ricordati arresti della giurisprudenza comunitaria.

In questa sede, preso atto di tali orientamenti della giurisprudenza (e fuoriuscendo dai limiti del presente lavoro la loro valutazione<sup>9</sup>), si intende riflettere, *in primis*, sui limiti della loro applicabilità nel caso in cui l'operazione imponibile intercorra tra società residenti in Italia, facenti parte del medesimo gruppo; dipoi, sulla rilevanza sistematica che la disciplina del cd. consolidato nazionale di cui agli artt. 117 e ss. del Tuir potrebbe avere ai fini dell'apprezzamento della natura abusiva (dunque, finalizzata a realizzare arbitraggi fiscali) delle operazioni infragruppo. Per contro, non sarà oggetto delle nostre riflessioni la disamina dei rapporti di gruppo ai fini della disciplina del cd. *transfer pricing* di cui all'art. 110, co. 7 del Tuir ovvero delle cd. CFC di cui agli artt. 167 e ss. del Tuir.

## 2. La rilevanza dell'interesse di gruppo nell'ordinamento tributario

Apprezzare se, nell'ambito di una transazione infragruppo, la non rispondenza della medesima al suo astratto valore di mercato possa ritenersi espressiva di un'**indebita allocazione della materia imponibile** (arbitraggio fiscale), ovvero del suo occultamento o della deduzione di costi in

parte non inerenti, significa, preliminarmente, valutare se l'ordinamento tributario riconosce come **giuridicamente rilevante il cd. interesse di gruppo**; e, ove la risposta sia positiva, se e come tale interesse rilevi ai fini dell'apprezzamento dell'economicità delle operazioni interne al gruppo. In altri termini, se l'interesse di gruppo ha giuridica rilevanza ai fini fiscali, ne consegue che alla luce del medesimo deve essere apprezzata la **valenza probatoria** (circa la sussistenza di una fattispecie di abusivo arbitraggio fiscale o di vera e propria evasione d'imposta) della natura, in astratto, non economica di una determinata operazione intercorsa tra società facenti parte del medesimo gruppo.

Dalla disciplina positiva fiscale non emerge, tuttavia, la "codificazione" del cd. interesse di gruppo con riguardo alle operazioni intercorse tra società residenti<sup>10</sup>; essa limitandosi, per contro, come noto, a disciplinare la possibilità dell'aggregazione dell'imponibile del gruppo ai fini delle imposte sui redditi (tramite la disciplina del cd. consolidato nazionale), quella della liquidazione dell'Iva di gruppo, ovvero della cessione del credito d'imposta all'interno del gruppo<sup>11</sup>.

Atteso che, peraltro, secondo la prevalente opinione<sup>12</sup>, la normativa tributaria costituisce un diritto di secondo grado, vuol dire che, laddove essa non regoli compiutamente una determinata fattispecie, la sua disciplina deve essere rinvenuta in altri rami dell'ordinamento. Nel nostro caso, dunque, è la normativa civilistica a definire i termini, che non possono non essere rilevanti anche ai fini tributari, entro i quali va inteso il cd. interesse di gruppo.

Nel richiamare, sul punto, l'ampia dottrina che si è occupata del tema<sup>13</sup>, qui ci possiamo limitare a

<sup>8</sup> V. Cass., 27 settembre 2013, n. 22130, parr. 9.24 e ss.

<sup>9</sup> Sulla tematica la bibliografia è assai vasta: v., senza pretesa di completezza, A. Ballancin, *L'antieconomicità tra occultamento della capacità contributiva, elusione fiscale ed il dover essere tributario*, in "Riv. Dir. trib.", 2012, III, pag. 199 e ss.; M. Beghin, *Reddito d'impresa ed economicità delle prestazioni*, in "Corr. Trib.", 2009, pag. 3626 e ss.; *Id.*, *Lo strano caso dei compensi corrisposti agli amministratori soci di società di persone nella prospettiva del potere di sindacato del Fisco sulla congruità delle componenti negative del reddito d'impresa*, in "Riv. Dir. trib.", 2009, III, pag. 148 e ss.; R. Lupi, *L'oggetto economico delle imposte nella giurisprudenza sull'antieconomicità*, in "Corr. Trib.", 2009, pag. 258 e ss.; A.M. Proto, *Nuove pronunce in tema di antieconomicità del comportamento del contribuente*, in "G.T.", 2012, pag. 333 e ss.

<sup>10</sup> Considerazioni differenti devono essere svolte riguardo alle operazioni intercorse tra società non residenti, facenti parte del medesimo gruppo, atteso che le stesse possono ricadere,

ad esempio, nella cd. disciplina del *transfer pricing* di cui all'art. 110, comma 7, del Tuir ovvero delle cd. CFC di cui agli artt. 167 e ss. del Tuir: significa che v'è un autonomo apprezzamento, operato dal legislatore tributario, dell'economicità delle transazioni infragruppo con riguardo alle fattispecie disciplinate da tali disposizioni.

<sup>11</sup> V. gli artt. 73, comma 3, del D.P.R. n. 633/1972 e 43-ter del D.P.R. n. 602/1973.

<sup>12</sup> V., per tutti, L. Castaldi, *Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi*, Torino, 1999, 8 e ss. V. anche C. Fregni, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1998; M. Miccinesi, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Milano, 1990, pag. 67 e ss.

<sup>13</sup> V., per tutti, F. Galgano-R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, seconda edizione, Tomo I, Padova, 2004, pag. 163 e ss. Cfr. anche H. Simonetti, *Direzione e coordinamento di società*, in "La giurisprudenza sul Codice Civile coordinata con la



ricordare che il fondamento normativo del riconoscimento dell'interesse di gruppo sta negli artt. 2497 e ss. c.c. Essi, infatti, elevano a criterio di corretta gestione imprenditoriale da parte della controllante, quello del perseguimento dell'interesse complessivo del gruppo, col limite della salvaguardia della redditività e del valore delle partecipazioni delle controllate.

Per cui, l'**interesse delle singole società controllate** può essere lecitamente **sacrificato** in vista dell'**interesse superiore del gruppo**, ovvero mediante l'attribuzione alla controllata dei cd. vantaggi compensativi.

Peraltro, l'art. 2497 ter c.c. stabilisce che "le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione. Di esse viene dato adeguato conto" nella relazione sulla gestione. Dunque, il legislatore civilistico ammette che, in funzione del superiore interesse del gruppo, la controllante, nella propria attività di direzione e coordinamento, possa sacrificare l'astratto interesse proprio della controllata. Tuttavia, all'uopo, non solo (ai fini della liceità dell'attività di direzione e coordinamento) è necessario che ciò, come detto, trovi giustificazione nell'interesse metaindividuale del gruppo o comunque nel diverso vantaggio compensativo che sarà attribuito alla controllata; è altresì necessario che l'organo amministrativo della controllata motivi il perché ha scelto di adottare una determinazione operativa in via immediata non rispondente all'interesse sociale della controllata, ma che, alla luce dell'attività di direzione della controllante, risulta diversamente giustificabile. La sussistenza (nel merito) di tale motivazione rende lecita la condotta dell'organo amministrativo della controllata, in vista del perseguimento dell'interesse del gruppo. Del resto, la relazione al disegno di legge delega per la riforma del diritto societario testualmente

afferma che "la collocazione all'interno di un gruppo muta le condizioni di esercizio dell'impresa sociale, nel senso che il quadro economico di riferimento ... varia notevolmente a seconda che essa sia organicamente inserita o meno in un gruppo". Pertanto, "il corretto calcolo dei costi / benefici in una decisione assunta da una società controllata ben può ed a rigore deve essere diverso da quello ipotizzabile se la società operasse isolatamente, posto che il calcolo non può non tenere conto dei costi e benefici generali dell'appartenenza al gruppo".

Va altresì ricordato che, anche prima dell'introduzione degli artt. 2497 e ss. ad opera della cd. riforma del diritto societario, la giurisprudenza, specialmente a fini diversi da quelli fiscali, aveva dato rilevanza al cd. interesse di gruppo<sup>14</sup>. Ed anche da ultimo a detto interesse ha dato riconoscimento la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite<sup>15</sup>.

È poi opportuno rammentare che dai principi elaborati da tale giurisprudenza si trae che, laddove l'atto sia in via immediata pregiudizievole per l'interesse della singola società del gruppo, spetta a chi invoca l'interesse di gruppo a giustificazione della condotta di tale medesima società, dimostrare che tale pregiudizio è compensato dall'interesse metaindividuale del gruppo stesso<sup>16</sup>.

### 3. Il necessario bilanciamento tra interesse fiscale, di gruppo e diritto al regime fiscale più vantaggioso

Appurato, dunque, che la normativa fiscale non contiene un'**autonoma disciplina** delle transazioni intercorrenti tra società residenti in Italia facenti parte del medesimo gruppo (diversamente da quanto accade, invece, per le operazioni infragruppo intercorse tra soggetti non residenti: si pensi, ad esempio, alla disciplina del cd. *transfer pricing* di cui all'art. 110, comma 7, del Tuir<sup>17</sup>), ne discende che l'apprezzamento della natura elu-

dottrina", V (artt. 2462-2554), Milano, 2005, 3009 e ss.; U. Tombari, *Diritto dei gruppi d'impresa*, Milano, 2010.

<sup>14</sup> Per gli opportuni riferimenti sul punto si rinvia, per tutti, a F. Galgano-R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, seconda edizione, Tomo I, Padova, 2004, pag. 163 e ss. V. anche H. Simonetti, *Direzione e coordinamento di società*, in "La giurisprudenza sul Codice Civile coordinata con la dottrina, V (artt. 2462-2554), Milano, 2005, pag. 3009 e ss.

<sup>15</sup> V. Cass., SS.UU., 18 marzo 2010, n. 6538 ed ivi ulteriori riferimenti.

<sup>16</sup> V. ancora Cass., SS.UU., 18 marzo 2010, n. 6538, *cit.* ed ivi ulteriori richiami giurisprudenziali, sul punto.

<sup>17</sup> La cui applicabilità alle transazioni infragruppo intercorse tra soggetti residenti è stata esclusa da Cass. 24 luglio, 2013, n. 17955, per il cui commento v., per tutti, P. Boria, *Il transfer pricing interno come possibile operazione elusiva e l'abuso del diritto*, in "Riv. Dir. trib.", 2013, pag. 427 e ss.; G. Ferranti, *Il transfer pricing interno secondo la Corte di Cassazione tra elusione ed inerenzia*, in "Corr. Trib.", 2013, pag. 2605 e ss.; P. Laroma Jezzi, *Transfer pricing come abuso del diritto: tanto rumore per nulla?*, in "Riv. Dir. trib.", 2012, pag. 491 e ss.

siva ovvero evasiva delle medesime può essere condotta dall'Amministrazione finanziaria anche sulla base della **valenza indiziaria o presuntiva** (a seconda delle ricostruzioni che, in merito, si ritenga di accogliere) della loro economicità.

Peraltro, non solo l'ente impositore, all'uopo, deve essere in grado di cogliere, fermo quanto sarà detto *infra* in tema di ripartizione dell'onere probatorio, la realtà economica delle operazioni che controlla e della complessiva strategia d'impresa (anche di gruppo) in cui esse si collocano. Di più, la doverosità di tale apprezzamento ha causa nel fatto che l'ordinamento civilistico ha elevato l'interesse di gruppo a fattispecie giuridicamente rilevante alla luce della quale, come detto, debbono essere valutate le operazioni infragruppo, anche ai fini della loro disciplina fiscale<sup>18</sup>.

In via generale, dunque, l'eventuale diseconomicità dell'operazione infragruppo - quale che sia la valenza probatoria dell'antieconomicità ai fini dell'apprezzamento della sussistenza di una condotta evasiva o elusiva - potrebbe essere giustificata dall'interesse del gruppo suo tramite perseguito.

A tal fine, mezzo di prova della sussistenza di tale interesse - non v'è dubbio, come detto *sub* 2, che compete al contribuente che invoca tale interesse l'onere di dare dimostrazione della sua esistenza - è *in primis* costituito dalla rappresentazione, negli atti amministrativi della società interessata, dell'analitica motivazione della scelta compiuta, in via immediata incompatibile col proprio diretto interesse sociale (si rammenti quanto detto *supra* circa le prescrizioni recate nell'art. 2497-ter c.c.), ma foriera di un vantaggio indiretto costituito da quello del gruppo.

Tuttavia, non può sottacersi che, ai fini tributari, le società facenti parte del medesimo gruppo mantengono la propria **autonoma soggettività passiva** (anche laddove optino per la disciplina del consolidato nazionale)<sup>19</sup> e, pertanto, sono chiamate a concorrere alla pubblica spesa in ragione dell'effettiva capacità contributiva ad esse riferibile.

Ciò posto, si pensi, ad esempio, al caso della vendita di beni da una società all'altra del gruppo per

corrispettivi marcatamente inferiori a quelli di mercato, finalizzata a far sì che la cessionaria possa poi rivendere quegli stessi beni a prezzi corrispondenti al loro valore normale, magari fruendo di agevolazioni territoriali. O, ancora, si consideri la fattispecie della cessione di contratti conclusi dalla controllante, a beneficio della controllata, senza applicazione di alcun *mark up*. O all'ipotesi di contratti di finanziamento intercorsi tra società del gruppo, in cui la parte mutuante ometta di addebitare alla mutuataria gli interessi moratori per il ritardato pagamento o, addirittura, gli interessi attivi sulla somma mutuata.

In tutte tali fattispecie la diseconomicità delle transazioni - avuto riguardo a ciò che ordinariamente avverrebbe laddove l'operazione fosse intercorsa tra imprese indipendenti, non facenti parte, dunque, dello stesso gruppo, può costituire la **fonte d'innescò dell'attività di controllo** dell'Amministrazione se non, secondo gli orientamenti più restrittivi della giurisprudenza, far presumere l'occultamento di reddito o il carattere abusivo dell'operazione (siccome finalizzata a realizzare un vero e proprio arbitraggio fiscale).

Tuttavia, l'interesse del gruppo potrebbe giustificare l'astratta antieconomicità dell'operazione. Per rimanere agli esempi proposti, la cessione a prezzi inferiori a quelli di mercato operata da una società del gruppo ad altra, la quale beneficia di agevolazioni territoriali, potrebbe essere giustificata dall'obiettivo metaindividuale di rafforzare la posizione di mercato di quest'ultima anche mediante il traino dell'agevolazione fiscale. Ancora, la mancata applicazione, da parte della controllante, di un *mark up* alla controllata per le commesse che la prima le procura, si potrebbe spiegare per ciò che la capogruppo, mediante la forza che le riconosce il mercato, è in grado di rafforzare la posizione sul medesimo anche della propria controllata. O, ancora, il mancato addebito degli interessi attivi o moratori potrebbe trovare giustificazione all'interno del gruppo, ad esempio perché mezzo tramite cui si evita di peggiorare la situazione finanziaria della società beneficiaria del finanziamento, oppure quale strumento di capita-

<sup>18</sup> Cfr., in tal senso, M. Beghin, *La tassazione degli interessi attivi da addebitare nei rapporti commerciali e lo sdruciolevo predominio delle fondamentali regole di ragionevolezza economica*, in "Riv. Dir. trib.", 2010, pag. 258 e ss., spec. par. 4. V. anche F. Dami, *I rapporti di gruppo nel diritto tributario*, Milano, 2011, spec. pag. 160 e ss. e pag. 216 e ss. Da ultimo, cfr. E. Marchisio, *Il valore del gruppo ed il valore nel gruppo. Disciplina civilistica e fiscale negli scambi infragruppo a valore*

*diverso da quello di mercato*, in "Riv. Dir. trib.", 2014, pag. 89 e ss.

<sup>19</sup> V., sul punto, per tutti, M. Beghin, *L'abuso del diritto e le operazioni infragruppo nel caleidoscopio della Suprema Corte*, in "Riv. Dir. trib.", 2009, pag. 656 e ss., spec. par. 3; F. Dami, *op. cit.*, spec. pag. 124 e ss.

lizzazione della beneficiaria a condizioni più vantaggiose rispetto a quelle di mercato.

Né risulta condivisibile la tesi, talora sostenuta dalla giurisprudenza, per cui la diseconomicità della transazione infragruppo costituirebbe **mezzo di prova** dell'evasione o arbitraggio ad essa sottesa, siccome contraria ai principi della libera concorrenza di mercato<sup>20</sup>. La normativa fiscale, infatti, nel settore dell'imposizione diretta deve cogliere l'effettivo reddito conseguito dal soggetto passivo, non quello che sarebbe stato conseguibile in regime di libera concorrenza<sup>21</sup>: e, del resto, è evidente – oltretutto alla stessa giurisprudenza non tributaria, come visto *supra sub 2.*) – che l'interesse di gruppo giustifica il compimento di operazioni che non sarebbero state altrimenti realizzate tra imprese cd. indipendenti.

Per altro verso, potrebbe anche darsi che l'interesse di gruppo sia, meramente, quello dello **spostamento di materia imponibile** da una società all'altra; talché la diseconomicità dell'operazione, nonostante l'esistenza di tale interesse, può svelare, invero, l'esistenza di un arbitraggio fiscale tra le società in questione, incompatibile col divieto del cd. abuso del diritto. Riprendendo uno degli esempi proposti, tale potrebbe essere il caso in cui la cessione di beni dalla controllante alla controllata, ubicata in un territorio nazionale a fiscalità di vantaggio, a corrispettivi inferiori a quelli di mercato, sia unicamente finalizzata alla fruizione del beneficio fiscale da parte di quest'ultima, sulle vendite che poi effettuerà a terzi; come potrebbe darsi nel caso che le vendite siano solo formalmente eseguite dalla controllata, ed invero integralmente eterodirette ed organizzate dalla controllante.

V'è, al riguardo, un ulteriore profilo che, congiuntamente all'economicità della transazione intercorsa tra società del gruppo ed alla rilevanza dell'interesse metaindividuale del medesimo, deve essere apprezzato onde valutare se l'operazione infragruppo sottenda condotte evasive od elusive. Si tratta del diritto (riconosciuto dall'ordinamento costituzionale e comunitario<sup>22</sup>), proprio di ogni operatore economico, di scegliere ove alloca-

re la propria attività produttiva (il cd. diritto di stabilimento) oltre che di optare, tra più alternative operazioni idonee a soddisfare il proprio interesse economico, per quella fiscalmente meno onerosa. Laddove, per rimanere alla fattispecie di cui si è detto, l'interesse del gruppo consista nell'**effettiva allocazione dell'attività produttiva** (o di un suo segmento) in un determinato luogo per il tramite di una società del medesimo gruppo, anche al fine di permettere alla medesima di beneficiare di agevolazioni fiscali territoriali, la diseconomicità della transazione infragruppo, ove strumentale a tali opzioni gestionali, ci pare che non possa essere considerata indice di condotte elusive (arbitraggi fiscali); ciò a condizione che la cessionaria non sia un soggetto di puro artificio e, dunque, svolga effettivamente attività d'impresa<sup>23</sup>.

#### 4. L'antieconomicità delle operazioni infragruppo

È frequente, nell'ambito dei rapporti di gruppo, che vengano conclusi tra le società ad essa appartenenti contratti che prevedono l'erogazione, da parte di una società, a favore di altra, di specifici servizi dietro pagamento di apposito corrispettivo. Oppure, può darsi l'ipotesi in cui la controllante sostenga costi nell'interesse di tutte le società del gruppo (si pensi, ad esempio, al caso dei costi per i sistemi informatici, per la gestione del *marketing* del gruppo, per la consulenza contabile, contrattuale, fiscale, etc. di tutte le società del gruppo, e via dicendo) e, dipoi, riaddebiti, *pro quota*, tali costi in capo alle società beneficiarie dei servizi il cui onere economico è sostenuto dalla capogruppo.

Potrebbe darsi che la **misura del corrispettivo per le prestazioni di servizi** assolto dalla società del gruppo, ovvero del costo riaddebitato dalla controllante alla propria controllata cd. (*management fee*), risulti **incongrua** rispetto al parametro dell'economicità (avuto riguardo ai corrispettivi medi di mercato per prestazioni di servizi identi-

propria attività produttiva in qualsiasi territorio dell'Unione Europea, anche al fine di beneficiare di più favorevoli regimi fiscali; ciò, a condizione che gli atti tramite i quali viene esercitato il diritto di stabilimento non si rivelino artificiosi, come nel caso in cui l'allocazione nel territorio a fiscalità privilegiata sia meramente formale (cioè, non caratterizzata dall'effettivo svolgimento dell'attività produttiva): v. in merito Corte Giust. CE, 21 settembre 2006, C-255/02; Id., 12 settembre 2006, C-196/04.

<sup>20</sup> Come ad esempio sostenuto da Cass., 24 luglio 2013, n. 17955, cit.

<sup>21</sup> In tal senso, v. anche M. Beghin, *La tassazione degli interessi attivi*, cit., spec. parr. 2 e ss.

<sup>22</sup> V. l'art. 49 del TFUE e la sua rilevanza in ambito interno ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.

<sup>23</sup> La cd. libertà di stabilimento - tutelata dagli artt. 49 e ss. TFUE - garantisce all'operatore economico di allocare la

che di cui ha beneficiato la società del gruppo); e ciò potrebbe indurre l'Amministrazione finanziaria a contestare l'inerenza della componente negativa (seguendo la tesi per cui l'inerenza esprime la relazione qualitativa e quantitativa che intercorre tra l'oggetto dell'attività ed il costo ad essa afferente).

Per principio consolidato, a fronte della motivata contestazione, da parte dell'Ufficio, del difetto d'inerenza del costo<sup>24</sup>, compete al contribuente il quale rivendica il diritto alla sua deduzione ai fini delle imposte dirette (ai fini Iva, invece, si è visto che, per giurisprudenza uniforme della Corte di Giustizia UE, oltre che della Corte di Cassazione, il diritto alla detrazione compete per il fatto, in quanto tale, che il costo sia stato effettivamente sostenuto ed afferisca qualitativamente all'attività economica esercitata dal soggetto passivo), provare la sussistenza del requisito in questione.

Dunque, la società beneficiaria dei servizi resi da altra società del gruppo, ovvero dalla propria controllante a beneficio di tutte le società del gruppo, ha l'onere di giustificare e provare, in via principale, la rispondenza ai valori di mercato, del costo sostenuto, tenuto conto dei servizi di cui ha fruito<sup>25</sup>.

Si pensi al caso del contratto di servizi. La beneficiaria deve dimostrare che il reperimento, sul mercato, dei servizi oggetto di tale contratto (nel caso di attività di natura professionale, potrà farsi riferimento alle relative tariffe e parametri professionali) l'avrebbe esposta ad un costo superiore rispetto a quello pattuito nel contratto di servizi. Ed, altresì, si ritiene che opportunamente dovrebbe implementare la prova, dimostrando di non aver commissionato a terzi gli stessi servizi oggetto del contratto di cui trattasi.

È opportuno precisare, peraltro, che altro è contestare l'inerenza - per l'asserita diseconomicità - del costo, altro la sua **oggettiva inesistenza**. Il primo rilievo, infatti, presuppone come pacifica l'effettività del costo e della sottesa prestazione. Perciò, laddove la beneficiaria del servizio infragruppo, a fronte di un rilievo di non inerenza della componente negativa, provi, nei termini indicati, che detto costo è stato invece economico, ciò è

sufficiente per dichiararne la deducibilità. Non varrà, invece, ad escluderla, l'eccezione dell'Ufficio per cui non v'è prova che i servizi oggetto del contratto siano stati effettivamente resi. Detta eccezione, infatti, presuppone la contestazione d'indeducibilità del costo, per l'inesistenza oggettiva della prestazione sottesa: ma, a tal fine, come noto, è l'Ufficio finanziario a dover provare il fondamento del proprio rilievo, rispetto al quale, secondo la giurisprudenza più recente, l'antieconomicità del costo è indizio, ma non prova presuntiva sufficiente, dell'insussistenza del medesimo<sup>26</sup>. D'altra parte, è chiaro che, laddove la società beneficiaria non riesca a provare l'economicità del costo sopportato, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali di cui si è dato conto, ciò è sufficiente per la declaratoria d'indeducibilità della componente negativa, per difetto d'inerenza. È chiaro che, in tale evenienza, si deve concludere che il contratto di servizi ha determinato l'effetto di allocare l'imponibile tra le società del gruppo, in coerenza con precise scelte metaindividuali. Ma tali scelte, diversamente dai casi sopra esaminati, non possono giustificare l'inerenza del costo, poiché la strumentale allocazione dell'imponibile tra società facenti parte dello stesso gruppo è incompatibile col principio di cui all'art. 53 Cost. (talché, la non inerenza della componente negativa è qui sintomatica di un vero e proprio illecito arbitraggio fiscale).

Giova altresì chiarire che, laddove il contratto di servizi non abbia dato luogo all'erogazione di effettive prestazioni, la deduzione del costo da parte della beneficiaria ha certo determinato una scelta gestionale di ripartizione dell'imponibile di gruppo (attribuito dalla beneficiaria della prestazione, alla società che formalmente l'ha resa); ciò non vale tuttavia a giustificare una contestazione di abuso del diritto o di contegno elusivo, invero incompatibile con l'inesistenza oggettiva delle prestazioni e, quindi, col carattere simulato del presupposto contratto<sup>27</sup>.

In relazione, poi, al caso in cui la società del gruppo si veda addebitare dalla propria controllante le cd. *management fees*, la contestazione di non inerenza delle medesime, per difetto di economicità,

<sup>24</sup> L'Agenzia delle Entrate ha comunque l'onere di motivare la ripresa a tassazione della componente negativa, per difetto d'inerenza, sebbene l'onere della prova circa la sussistenza della condizione di deducibilità compete al contribuente.

<sup>25</sup> Si dà qui per assunto che la diseconomicità del costo sveli la sua non inerenza, come sostenuto dalla prevalente giurisprudenza, non consentendo, i limiti del presente lavoro, di giustificare la nostra critica a tale tesi.

<sup>26</sup> V. ad esempio Cass., 12 maggio 2011, n. 10414.

<sup>27</sup> Le condotte elusive o abusive, infatti, presuppongono l'effettività del rapporto contrattuale utilizzato per conseguire l'indebito vantaggio fiscale: v. per tutti sul punto M. Beghin, *Elusione fiscale ed il principio del divieto di abuso del diritto*, Padova, 2013, pag. 1 e ss.

può essere superata, a nostro parere, seguendo i criteri sopra enunciati: ossia, dimostrando la **convenienza economica del costo sostenuto** in relazione alla tipologia di servizi di cui la controllata ha beneficiato ed avuto altresì riguardo al fatto che gli stessi non sono stati altrimenti ed ulteriormente acquisiti dalla stessa società beneficiaria.

### 5. Le operazioni infragruppo tra società aderenti al consolidato nazionale

È opportuno domandarsi, poi, se la valenza probatoria della diseconomicità delle operazioni infragruppo di cui si è detto, e nei limiti sopra indicati, sia la medesima anche nel caso in cui tali transazioni intercorrano tra società aderenti al regime del consolidato fiscale nazionale.

Potrebbe, invero, sostenersi che, atteso che tale regime fiscale costituisce il mezzo deputato a soddisfare l'interesse di gruppo ai fini tributari, la sua soddisfazione passa attraverso l'opzione di cui all'art. 117 del Tuir; onde, la diseconomicità delle transazioni infragruppo intercorrenti tra società non aderenti al consolidato non potrebbe essere utilmente giustificata adducendo la sussistenza dell'interesse metaindividuale di gruppo<sup>28</sup>.

Così ritenendo, invero, dovrebbe concludersi, all'opposto, che l'opzione per la tassazione su base consolidata determini l'effetto di **neutralizzare qualsivoglia contestazione**, in termini di elusione o evasione d'imposta, delle operazioni infragruppo che non rispecchiano il canone dell'economicità; ciò, atteso che la pendenza del regime fiscale di cui all'art. 117 del Tuir determinerebbe, invero, l'effetto di qualificare per ciò solo come rispondente all'interesse di gruppo qualsivoglia transazione intercorrente tra le società che vi appartengono.

<sup>28</sup> Tale ipotesi interpretativa è stata adombrata da certa parte della dottrina che più dettagliatamente ha analizzato il tema del gruppo in ambito tributario: v. F. Dami, *op. cit.*, pag. 236 e ss., secondo cui "se infatti, il consolidato ... rappresenta il mezzo deputato a soddisfare l'interesse di gruppo in ambito tributario, si deve concludere che tale soddisfazione non può che avvenire attraverso la sua attuazione. Significa, in particolare, che i travasi d'imponibile garantiti dall'effettuazione di operazioni infragruppo al di sotto dei livelli di economicità e le altre forme di compensazione dei redditi tra i soggetti appartenenti alla struttura organizzativa unitaria operati senza il ricorso a tale regime appaiono oggi ancor meno giustificabili che in passato" (236).

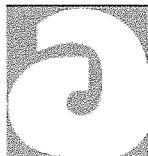
Si tratta di conclusione, invero, a nostro parere non accettabile, dato che, da un lato, anche per effetto dell'opzione per la tassazione su base consolidata ciascuna delle società aderenti mantiene la propria soggettività passiva; dall'altro lato, la determinazione del reddito imponibile di ciascuna società aderente al consolidato rileva ai fini della determinazione della propria autonoma obbligazione impositiva, sia nel caso di interruzione della tassazione di gruppo (art. 123 del Tuir), che di mancato rinnovo della relativa opzione (art. 124 del Tuir).

Onde, si deve ritenere che, anche in costanza di consolidato intatto rimane, da un lato, il potere dell'Amministrazione di sindacare l'economicità delle operazioni infragruppo, siccome funzionale - tale sindacato - alla misurazione dell'imponibile effettivamente riferibile a ciascuna società aderente; dall'altro lato, permane la facoltà delle società del gruppo destinatarie dell'attività di controllo da parte dell'Agenzia delle Entrate, di **giustificare l'eventuale diseconomicità dell'operazione**, alla luce dell'interesse di gruppo<sup>29</sup>.

Certo, in costanza di consolidamento, data l'**aggregazione degli imponibili** tra le società aderenti, la **rettifica** appuntata sull'operazione infragruppo **non genera ripresa impositiva**<sup>30</sup>. Ma la possibile infedeltà dichiarativa delle società aderenti interessate dalla transazione, per le ragioni sopra accennate, giustifica l'irrogazione di una sanzione pecuniaria nei riguardi della società cui sia imputabile l'illecito. Ciò su cui riflettere è che, in costanza di consolidato, appare non conforme al principio di proporzionalità l'irrogazione di una sanzione (quale è quella per l'infedele dichiarazione) commisurata ad un'imposta che non può ritenersi evasa, in ragione della sommatoria algebrica tra gli imponibili delle controllata e della controllante, parti della transazione infragruppo, determinata dalla pendenza del regime di cui all'art. 117 del Tuir.

<sup>29</sup> Conclusione, questa, cui perviene la stessa dottrina sopra ricordata: v. F. Dami, *op. cit.*, 240 e ss.

<sup>30</sup> La Comm. Trib. Prov. Reggio Emilia, sez. IV, n. 45 ha per l'appunto statuito che l'Amministrazione finanziaria non ha interesse (ai sensi dell'art. 100 c.p.c.), a disconoscere, per difetto d'inerenza, la deducibilità di costi infragruppo sottesi ad operazioni intercorse tra società aderenti al regime del consolidato, atteso che la sommatoria algebrica dei redditi delle società consolidate non può generare riprese a tassazione. Su tale pronuncia v. S. Burelli, *Spunti di riflessione su erronea imputazione dei costi ed accertamento del reddito nel consolidato nazionale tra principio di ineranza, divieto di doppia imposizione ed effettività della capacità contributiva*, in "Riv. Dir. trib.", 2011, pag. 158 e ss.



## I limiti alla deducibilità dei costi *black list* alla luce dei principi comunitari e costituzionali

di Giulio Andreani<sup>(\*)</sup> e Giuseppe Ferrara<sup>(\*\*)</sup>

I principi comunitari (libertà di circolazione dei capitali, principi CEDU, principio di proporzionalità) e costituzionali (artt. 3 e 53 Cost.) debbono orientare l'interpretazione della disciplina dei cd. costi *black list*, sì da concorrere, unitamente alla tutela del cd. interesse fiscale, a delimitare l'oggetto della prova esigibile dal contribuente ai fini dell'applicazione delle esimenti dalla indeducibilità dei costi *black list*. In ogni caso, la clausola di non discriminazione recata nelle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni ratificate sino al 2003 prevale, alla luce della giurisprudenza costituzionale, sulla disciplina interna dei costi *black list* e, dunque, ne esclude l'ineducibilità.

### 1. La *ratio* della disciplina sui limiti alla deducibilità dei costi *black list*

L'art. 110, comma 10, del Tuir esclude la deducibilità delle spese e degli altri componenti negativi di reddito derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti o localizzate in Stati o territori "diversi da quelli individuati nella lista di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'art.

168-*bis*" e il comma 12-*bis* dell'art. 110 estende tale previsione anche alle prestazioni di servizi rese da professionisti ivi domiciliati. L'esclusione della deducibilità delle componenti negative non opera, tuttavia, quando le operazioni sono intercorse con imprese residenti o localizzate in Stati che hanno aderito all'Unione Europea o sono stati inclusi nello Spazio Economico Europeo, originariamente compresi nella lista di cui al predetto decreto ministeriale.

Il menzionato art. 168-*bis* del Tuir, per quanto qui interessa, stabilisce, al comma 1, che, con decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze sono individuati gli Stati e territori "che consentono un adeguato scambio d'informazioni, ai fini dell'applicazione delle disposizioni contenute negli artt. ... 110, comma 10 e 12-*bis*" del Tuir. Onde individuare la *ratio* dei menzionati commi 10 e 12-*bis* dell'art. 110 è rilevante osservare, invece, che il secondo comma dell'art. 168-*bis* rimette ad apposito decreto ministeriale l'individuazione degli Stati e territori che consentono un adeguato scambio d'informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello operante nel nostro ordinamento, ai fini, tra l'altro, dell'applicazione "degli artt. 47, comma 4, 68, comma 4, 87, comma 1, 89, comma 3, 132, comma 4, 167, commi 1 e 5, 168, comma 1" del Tuir<sup>1</sup>.

Se ne trae che il legislatore, da un lato, subordina

(\*) Professore di diritto tributario presso la Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze, Dottore commercialista.

(\*\*) Avvocato tributarista.

<sup>1</sup> Sino all'adozione del decreto attuativo dell'art. 168-*bis*, con-

**l'indeducibilità**, ai fini della determinazione del reddito d'impresa, delle **componenti negative** ritratte da operazioni intercorse con imprese e professionisti residenti o localizzati all'estero, a che lo Stato in cui sono localizzati (individuato "in negativo" tramite il ricordato D.M.) non consenta un adeguato scambio d'informazioni con lo Stato italiano; esclude, invece, l'applicazione della disciplina interna in tema di dividendi, plusvalenze, ecc., quando il fatto imponible consegua ad operazioni intercorse con soggetti residenti o localizzati in Stati che, pur ammettendo lo scambio d'informazioni con l'Amministrazione fiscale italiana, tuttavia sono caratterizzati da un **livello di tassazione apprezzabilmente inferiore a quello italiano**.

Differente è, quindi, la *ratio* della previsione d'indeducibilità di cui all'art. 110, commi 10 e 12-bis, rispetto a quella operante, ad esempio, per la disciplina delle cd. CFC (la cui regolamentazione è richiamata nel secondo comma dell'art. 168 bis). Nel primo caso - quello oggetto della presente analisi - il legislatore teme che l'insufficiente scambio d'informazioni con i Paesi *black list* impedisca all'Amministrazione finanziaria di verificare l'effettività di tali transazioni commerciali e, conseguentemente, delle componenti negative maturate dal soggetto residente. Talché, quest'ultimo potrebbe, attraverso operazioni in tutto o in parte oggettivamente inesistenti, erodere l'imponibile prodotto in Italia, allocandolo nel Paese a fiscalità privilegiata, mediante accordi con il fornitore finalizzati alla fatturazione di operazioni inesistenti o alla sovrapproduzione di operazioni effettive, ed alla successiva retrocessione (in tutto o in parte) al soggetto residente, dell'importo da costui pagato<sup>2</sup>.

Per questo motivo, il legislatore presume l'inesistenza di dette operazioni ed onera il contribuente di provarne l'effettività, o dimostrando l'opera-

tività del fornitore, o l'interesse economico sotteso all'operazione.

L'art. 110, commi 10 ed 11, del Tuir "ribalta", insomma, l'ordinario principio generale cui è improntato il nostro ordinamento, in virtù del quale compete all'ente impositore dimostrare la sussistenza di fatti dai quali trarre l'inesistenza (oggettiva) delle operazioni sottese ad un costo della cui deducibilità si discute<sup>3</sup>. La disciplina in esame **inverte**, insomma, in beneficio dell'ente impositore, **l'ordinario criterio di ripartizione dell'onere della prova**: viene presunta la totale o parziale inesistenza delle operazioni sottese ai costi *black list* e, pertanto, si grava il contribuente dell'onere di dimostrarne l'effettività, o provando l'operatività del proprio fornitore, o l'interesse economico sotteso all'operazione (ossia, la ragione economica della fornitura *black list*) effettiva.

Ciò che giustifica l'inversione dell'ordinario criterio di ripartizione dell'onere probatorio è evidentemente il **rischio "fiscale"** sottostante alle **operazioni black list**.

La disciplina delle CFC, invece, mira prettamente ad evitare che il soggetto residente, mediante l'utilizzazione strumentale (artificiosa) di società ed enti localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata di cui abbia il controllo o che siano al medesimo collegate, eluda l'imposizione domestica, allocando l'imponibile in capo al soggetto (controllato o collegato) ubicato in detti Paesi. Quindi, in tal caso il legislatore non presume l'inesistenza del soggetto controllato o collegato dal soggetto passivo residente. Invece, presume che la residenza dei primi in Paesi a fiscalità privilegiata abbia l'effetto di localizzare il reddito del contribuente italiano in tali Paesi. Talché, la presunzione è superata, o mediante la dimostrazione che tale effetto non si realizza, o provando che la società o ente controllato o collegato non costituisce un soggetto di puro artificio, bensì un effettivo operatore commerciale o industriale (art. 167 del Tuir)<sup>4</sup>.

tinua ad operare il criterio d'individuazione degli Stati *black list* contenuto nel D.M. 23 gennaio 2002.

<sup>2</sup> V. sul punto, *ex pluris*, D. Stevanato, *Il corrispettivo pattuito e le condizioni di mercato nella dimostrazione dell'effettivo interesse economico delle transazioni con imprese residenti in Paesi black list*, in "GT - Riv. giur. trib." n. 10/2010, pag. 903 e ss.; Id., G. Zizzo, *La determinazione del reddito delle e degli enti commerciali*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2008, pag. 475 ss.; P. De Capitani Di Vimercate, *Le disposizioni relative a fattispecie internazionali e dell'Unione Europea. Le imposte dirette*, in AA.VV., *Diritto Tributario Internazionale. Manuale*, Padova, 2012, pag. 353 ss.; F. Gallio - V. Perrone - R. Lupi, *Le due*

*anime dei costi black list tra ricchezza non registrata (retrocessione occulta) e transfer pricing rinforzato*, in "Dialoghi Tributarî" n. 4/2013, pag. 451.

<sup>3</sup> V., Corte Giust. UE, 21 giugno 2012, C-80/11 e C-142/11, par. 49 e ss.; v. Cass., 22 settembre 2011, n. 19332, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>4</sup> Tale è l'interpretazione condivisa dalla dottrina (v. per tutti R. Cordeiro Guerra, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introduzione della disciplina delle controlled foreign companies*, in "Rass. Trib.", 2000, pag. 1399 e ss.) quanto all'attuale disciplina delle CFC di cui all'art. 167 e 168 del Tuir; ciò, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria, la quale ha chiarito che la disciplina CFC è compatibile con la tutela del cd. drit-

## 2. I principi che debbono orientare l'interpretazione della disciplina

L'interpretazione delle norme, in ossequio al canone della cd. interpretazione adeguatrice, deve essere condotta, *in primis*, di guisa che il significato delle stesse sia reso compatibile con i principi generali del diritto europeo, anche se la disciplina delle imposte dirette non è oggetto della cd. armonizzazione comunitaria<sup>5</sup> e dei principi costituzionali<sup>6</sup>.

Tale criterio interpretativo consente di avvalorare, da un lato, la descritta funzione della disciplina dei cd. costi *black list* di cui ai commi 10 ed 11 dell'art. 110 del Tuir; dall'altro lato, di determinare l'oggetto della prova che il contribuente è onerato di fornire onde sottrarsi alla previsione d'ineducibilità.

### 2.1. Il principio della libera circolazione dei capitali

Tra le cd. libertà fondamentali garantite dal TFUE che devono essere rispettate vi è certamente quella della libera circolazione dei capitali che, secondo l'art. 63 del TFUE, consta del divieto di "restrizione sui pagamenti tra Stati membri nonché tra Stati membri e Paesi terzi". In virtù di tale previsione è esclusa la legittimità di norme nazionali le quali abbiano l'effetto di restringere i movimenti di capitali ed i pagamenti tra Stati membri e tra Stati membri e Paesi terzi, anche in via indiretta<sup>7</sup>. Rimane peraltro fermo il diritto degli Stati nazionali, ai fini fiscali, di operare, quanto alla libera circolazione di capitali, la distinzione tra soggetti in funzione del loro luogo di residenza o comunque di adottare le occorrenti misure per il controllo dei movimenti di capitali, seppur nel rispetto del divieto di arbitraria discriminazione e della tutela della libertà di stabilimento (art. 65 del TFUE).

Pertanto, per ciò che qui interessa, la prerogativa,

ai fini tributari, dello Stato nazionale di imporre limiti alla libera circolazione di capitali tra lo Stato membro e Paesi terzi (non facenti parte dell'Unione Europea) deve pur sempre rispettare il **principio di proporzionalità** tra mezzo utilizzato e fine perseguito. Ne discende che la libera circolazione dei capitali può essere limitata, ai fini fiscali, nella stretta misura necessaria ad evitare che il contribuente residente, utilizzando strumentalmente detta libertà, pregiudichi l'interesse fiscale erariale, erodendo (artificiosamente) la base imponibile oggetto della giurisdizione domestica<sup>8</sup>.

Il principio di tutela della libera circolazione dei capitali, siccome avente effetto diretto negli ordinamenti nazionali<sup>9</sup>, costituisce parametro utilizzabile ai fini della interpretazione dell'art. 110, commi 10 ed 11, del Tuir (oltre che di legittimità comunitaria di tali disposizioni, laddove non ne fosse ritenuta possibile un'interpretazione conforme al principio comunitario).

Non v'è dubbio che la disciplina in tema di costi *black list* interferisca con la tutela della libertà di circolazione dei capitali. Essa, infatti, riguarda le transazioni economiche intercorrenti tra un soggetto residente in Italia ed un soggetto residente in un Paese terzo a fiscalità privilegiata e limita tale libertà, poiché, escludendo, in via di principio, la deducibilità di tali componenti negative, evidentemente scoraggia l'operatore nazionale dall'intrattenere rapporti economici (e, quindi, movimentazioni finanziarie) con i soggetti residenti in detti Paesi<sup>10</sup>.

È, allora, (anche) alla luce di tale principio che deve essere delineata, *in primis*, la funzione dell'art. 110, comma 10, del Tuir.

S'intende dire che la limitazione della libertà di circolazione dei capitali - realizzata per il tramite della previsione d'ineducibilità - è ammissibile nella stretta misura in cui emerga che il suo esercizio sia meramente finalizzato a sottrarre alla

to alla libertà di stabilimento solo quando il soggetto controllato o collegato a quello residente costituisce una entità di puro artificio. Di per sé, invece, l'effetto della localizzazione dell'attività in Stati o territori a bassa fiscalità non costituisce un abuso e, quindi, non ammette una reazione dell'ordinamento nazionale quale è quella recata nella disciplina CFC: v. Corte Giust. CE, 12 settembre 2006, causa C-196/2004.

<sup>5</sup> V., in merito, per tutti, L. Carpentieri, *Le fonti del diritto tributario*, in A. Fantozzi, *Diritto tributario*, Torino, 2012, spec. pag. 192 ss.

<sup>6</sup> Sulla cd. interpretazione adeguatrice, in giurisprudenza, v. da ultimo Corte Cost. n. 39/2013; n. 258/2012; n. 109/2012.

<sup>7</sup> V., sul punto, per tutti, G. Tesaro, *Diritto comunitario*, Padova, 2010, pag. 618 ss.

<sup>8</sup> V., ad esempio, per il principio, Corte Giust. CE, 6 giugno 2000, causa C-35/98.

<sup>9</sup> V. Corte Giust. CE, 4 giugno 2002, C-367/98.

<sup>10</sup> Tale effetto è stato ritenuto incompatibile con la tutela della libertà di circolazione dei capitali, dalla giurisprudenza comunitaria: v. Corte Giust. CE, 4 giugno 2002, causa C-367/98, cit.



giurisdizione nazionale la base imponibile effettivamente prodotta nel territorio dello Stato.

Perciò è legittima la previsione d'ineducibilità, a condizione che il contribuente abbia la possibilità di provare che la transazione economica non ha niente di artificioso e strumentale (nei termini suddetti) e, per l'effetto, non determina il pregiudizio all'interesse fiscale nazionale.

Ogni altra funzione che venisse ritenuta propria dell'art. 110, comma 10, del Tuir - come quella secondo cui il legislatore intenderebbe escludere che il soggetto residente possa intraprendere rapporti commerciali con soggetti residenti in Paesi *black list*, quando può ritrarre le forniture, a parità di condizioni economiche, da soggetti *white list* - è dunque incompatibile con l'art. 63 del TFUE.

## 2.2. I principi stabiliti dalla CEDU e dalla Costituzione

Sono poi rilevanti nell'interpretazione dell'art. 110, commi 10 ed 11, i principi stabiliti dalla CEDU e quelli costituzionali.

I primi - espressione dei principi generali del diritto europeo (art. 6, par. 3 del TUE) - costituiscono, da un lato, parametri alla luce dei quali la giurisprudenza costituzionale, in base al principio della cd. più elevata tutela, interpreta le stesse norme costituzionali<sup>11</sup>; dall'altro lato, come riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, danno contenuto agli obblighi internazionali dello Stato e, dunque, integrano il precetto dell'art. 117, comma 1 Cost.<sup>12</sup>

Ciò posto, l'**interesse fiscale** (la cui tutela si basa sull'art. 53 Cost.<sup>13</sup>) - come sopra delineato - perseguito dal legislatore con la disciplina in tema di costi *black list*, deve essere **bilanciato** con altri interessi, di pari rango costituzionale (siccome aventi fondamento negli artt. 53 e 117, comma 1 Cost.), riferibili al contribuente ed, in particolare:

- a) il **diritto** di quest'ultimo a scontare l'**imposizione sul reddito effettivamente prodotto** (art. 53, comma 1 Cost.)<sup>14</sup>;
- b) il diritto alla **preservazione** della propria sfera

giuridica patrimoniale da **obblighi sproporzionati** rispetto alla soddisfazione dell'interesse erariale alla repressione delle condotte evasive, ai sensi dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU<sup>15</sup>.

Pertanto, pur essendo in via di principio legittimo, alla luce dei rammentati principi comunitari (CEDU) e costituzionali, che il legislatore inverte il principio generale operante nell'ordinamento nazionale (quello per cui compete all'Amministrazione finanziaria fornire un principio di prova circa il carattere oggettivamente inesistente del costo dedotto dal soggetto passivo ed a quest'ultimo, poi, di provare l'effettività della transazione commerciale sottesa), tale inversione del principio generale, in tanto è legittima, in quanto sia coerente e proporzionata con la finalità perseguita dalla previsione d'ineducibilità: evitare che, siccome l'operazione di acquisto intercorre con Paesi a fiscalità privilegiata, il contribuente possa dedurre costi relativi ad operazioni, in tutto o in parte, oggettivamente inesistenti.

Da ciò discende una rilevante conseguenza. Il principio di **coerenza interna** della disciplina delle imposte sui redditi (avente fondamento nell'art. 3 Cost.<sup>16</sup>) e di **proporzionalità** (principio generale del diritto europeo e comunque scaturente dal medesimo art. 3 Cost.) escludono che, laddove sia provata l'effettività dell'operazione di acquisto (pur in assenza della dimostrazione dell'effettivo esercizio dell'attività commerciale da parte del fornitore ovvero dell'interesse economico sotteso all'operazione), il relativo costo possa, ciò nonostante, essere considerato ineducibile. Infatti, la previsione d'ineducibilità non potrebbe, in tal caso, più essere giustificata dall'obiettivo - di cui si è detto - delineato dalla norma, cioè quello di evitare l'erosione della base imponibile prodotta in Italia, mediante operazioni in tutto o in parte inesistenti concluse con operatori *black list*.

Non senza considerare, poi, che, in tale evenienza, l'ineducibilità della componente negativa an-

tore tributario sia dipeso dalla necessità della stabilizzazione finanziaria.

<sup>11</sup> V., per il principio, Corte Cost., n. 317/2009.

<sup>12</sup> V., ad esempio, per l'applicazione del principio, da ultimo, Corte Cost., n. 7/2013.

<sup>13</sup> V., per tutti, sull'argomento, P. Boria, *L'Interesse fiscale*, Torino, 2002.

<sup>14</sup> Anche recentissimamente la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 116/2013, ha statuito che l'imposizione tributaria non può prescindere da "un indefettibile raccordo con la capacità contributiva", pur quando l'intervento del legisla-

<sup>15</sup> V. Cedu, *Di Belmonte/Italia*, 16 marzo 2010, par. 40.

<sup>16</sup> V., sul principio di coerenza interna del tributo, E. De Mita, *Introduzione. Una giurisprudenza necessitata*, in *Diritto tributario e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, XV e ss.; Id., *Ratio dell'imposta e definizione per casi. La nozione legislativa di reddito*, in E. De Mita, *Interesse fiscale e tutela del contribuente. Le garanzie costituzionali*, Milano, 2006, pag. 259 ss.

drebbe a collidere direttamente sia col principio di cui all'art. 53 Cost., per cui il contribuente ha diritto di essere tassato sul reddito effettivamente prodotto (e non sui ricavi), sia con il diritto all'inviolabilità della propria sfera patrimoniale (di cui all'art. 1 del I Protocollo addizionale CEDU), evidentemente lesa a fronte di un'imposizione che gravasse non sul reddito, ma sui ricavi conseguiti dal contribuente stesso, oltre che con la (già richiamata) tutela della libera circolazione dei capitali.

Se, dunque, il contribuente prova l'effettività delle prestazioni sottese ai costi *black list*, è da ritenere che i ricordati principi escludano l'indeducibilità *tout court* di tali costi<sup>17</sup>, anche se non ne viene dimostrata la convenienza economica ovvero non è provato l'effettivo esercizio di attività commerciale da parte del fornitore. Per il che, in tale evenienza, l'indeducibilità dovrebbe essere limitata alla sola (eventuale) eccedenza dell'ammontare del costo *black list* rispetto al "valore normale" di quest'ultimo<sup>18</sup>.

### 2.3. Il bilanciamento tra interesse fiscale e diritti del contribuente

Il bilanciamento tra l'interesse fiscale perseguito dalle disposizioni di cui ai commi 10 ed 11 dell'art. 110 del Tuir, da un lato, ed i diritti, tutelati sia dalle norme costituzionali, che dai principi generali del diritto europeo, riferibili al contribuente, dall'altro lato, valgono altresì a delimitare l'**oggetto della prova contraria** (*rectius* delle cd. esimenti) richiesto dalle disposizioni in parola.

<sup>17</sup> A tale conclusione giunge anche D. Stevanato, *Il corrispettivo pattuito e le condizioni di mercato nella dimostrazione dell'effettivo interesse economico delle transazioni con imprese residenti in Paesi black list*, in "GT - Riv. giur. trib." n. 10/2010, pag. 903 ss.

<sup>18</sup> I rilievi che precedono sono confermati - con riferimento ad una fattispecie normativa analoga a quella qui controversa (limitazione della deducibilità di costi relativi ad operazioni intercorse con soggetti residenti nell'Unione Europea, in territori con regimi fiscali di vantaggio) - dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (5 luglio 2012, C-318/10), la quale ha infatti statuito che:

- la prova contraria di cui può essere onerato il contribuente non può eccedere ciò che è strettamente necessario a reprimere la pratica potenzialmente abusiva (la deduzione di costi per prestazioni inesistenti: v. par. 50);
- a tal fine, la norma fiscale deve rispondere al principio di certezza del diritto: dunque, deve fondarsi "su un esame di elementi oggettivi e verificabili per stabilire se una transazione consista in una costruzione di puro artificio a soli fini fiscali e che, in tutti i casi in cui l'esistenza di una tale costruzione non può essere esclusa, consente al contribuente, senza eccessivi oneri amministrativi, di

Giova ricordare a questo riguardo che:

- a) la determinazione normativa dell'oggetto della prova contraria che può gravare sul contribuente **non** può essere tale da rendere il suo assolvimento eccessivamente difficile o **sproporzionato** rispetto all'obiettivo perseguito<sup>19</sup>;
- b) la fissazione *ex lege* dell'oggetto della prova contraria **non** può essere tale da attribuire all'Amministrazione finanziaria **margini di discrezionalità non ragionevoli** per la valutazione della ricorrenza di detta prova contraria, pena la violazione del principio di certezza del diritto e di prevedibilità della norma tributaria<sup>20</sup>;
- c) il contribuente non è titolare delle stesse facoltà istruttorie dell'Amministrazione. Pertanto, pena, *in primis*, la violazione del principio di proporzionalità e del ragionevole bilanciamento degli interessi costituzionali e comunitari in gioco, la prova dell'effettivo svolgimento di attività commerciale da parte dell'operatore *black list*, esigibile dal contribuente, è unicamente quella **proporzionata ai mezzi d'indagine** azionabili dallo stesso contribuente. Conseguentemente, se l'Amministrazione finanziaria è, in via generale, in grado di conoscere, ad esempio, quali e quanti sono i dipendenti di un certo fornitore, quale il luogo in cui svolge la propria attività, quali i rapporti bancari e commerciali dal medesimo intrattenuti, ecc., tali informazioni non sono nella disponibilità del soggetto passivo e, pertanto, non è rispondente ai ricordati principi far ricadere su costui le conseguenze fiscali - in deducibilità del costo *black list* - del non essere stato in grado di fornire

produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali per le quali tale transazione è stata conclusa" (par. 50; par. 57-59);

- "di per sé, né i motivi attinenti alla fiscalità, né la circostanza che le stesse operazioni avrebbero potuto essere effettuate anche da operatori stabiliti sul territorio dello Stato membro in cui è stabilito il contribuente possono permettere di concludere per l'assenza di effettività e veridicità delle operazioni in questione" (v. par. 51);
- in ogni caso e comunque, "qualora la transazione di cui trattasi ecceda quanto le società interessate avrebbero convenuto in un regime di piena concorrenza, la misura fiscale correttiva, per non essere considerata sproporzionata, deve limitarsi alla frazione che supera ciò che sarebbe stato convenuto in siffatte circostanze" (punto 52).

<sup>19</sup> V., per il principio, v. C.edu, *Les Sain Monasères/Grecia*, 9 dicembre 1994, cit., par. 58 e 61.

<sup>20</sup> V., sempre per il principio, C.edu, *Hentrich/Francia*, 22 settembre 1994, par. 42; C.edu, *Drustevni Založna Prida ed altri/Repubblica Ceca*, 31 luglio 2008, par. 89.

dimostrazioni circa la struttura operativa e commerciale del proprio fornitore, invero, allo stesso, per le ragioni dette, non accessibili<sup>21</sup> (tanto più che, con riguardo a soggetti operanti in Paesi *black list*, esse sono inaccessibili per la stessa Amministrazione finanziaria). Si tratta, del resto, di conclusioni che trova riscontro nei principi generali del diritto europeo<sup>22</sup> che, ai sensi dell'art. 117, comma 1 Cost., costituiscono *in primis* criterio d'interpretazione delle norme del diritto interno, oltre che indiretto parametro (alla luce di tale disposizione) di verifica della legittimità della norma interna.

### 3. L'oggetto della prova delle esimenti

Dalle considerazioni che precedono discende in sintesi che: a) il contribuente deve vedersi garantita la possibilità di dimostrare l'effettività dell'operazione di acquisto e del costo conseguente e, per l'effetto, di dedurre dal proprio imponibile tale componente negativa<sup>23</sup>; b) il contemperamento tra l'interesse fiscale alla repressione delle condotte evasive e quello alla tassazione dell'effettiva capacità contributiva, quindi, non può mai giustificare l'indeducibilità del costo che sia comunque acclarato essere effettivo ed inerente; c) l'oggetto della prova gravante sul contribuente non può essere tale da renderne eccessivamente difficile l'assolvimento o, comunque, da rimettere all'ente impositore imprevedibili margini di discrezionalità nel suo apprezzamento.

Ne consegue, quanto alla **dimostrazione dell'esercizio di una prevalente attività commerciale o professionale** (comma 12-*bis*) effettiva da parte dell'**operatore black list** (come richiesto dall'art. 110, comma 11, del Tuir), che il contribuente assolve al proprio onere della prova dimostrando, ad esempio mediante le risultanze delle certificazioni della Camera di Commercio o organo equipollente dello Stato straniero, ovvero mediante attestazioni rilasciate da primari istituti internazionali, che detto operatore ha per oggetto l'esercizio di una attività commerciale (ai sensi dell'art. 55 del Tuir) e che la stessa non risulta cessata; ovvero, in relazione alle prestazioni professionali, che colui il quale le ha rese è regolarmente

iscritto in apposito albo professionale ovvero è munito di una struttura organizzativa idonea allo svolgimento della prestazione acquisita: in tali ipotesi, dette risultanze costituiscono mezzo di prova presuntiva della ricorrenza della fattispecie di cui al comma 11 dell'art. 110 del Tuir. Laddove, poi, a tali esiti documentali si aggiunga, ad esempio, l'allegazione della durata dei rapporti commerciali o professionali intrattenuti con il soggetto residente, la prova che il medesimo ha curato direttamente le operazioni di esportazione dei beni, la dimostrazione delle interlocuzioni intercorse tra il soggetto residente in Italia e soggetti all'uopo deputati, facenti capo al soggetto residente nel Paese *black list*, ecc., tale pluralità di elementi convergenti integreranno la presunzione grave, precisa e concordante dell'effettivo esercizio di attività commerciale da parte del soggetto non residente, determinando l'applicazione dell'esimente di cui al comma 11 dell'art. 110. Del resto, ad avvalorare tale conclusione soccorre il principio di parità delle armi di cui all'art. 111 Cost.: come all'Amministrazione è consentito provare i fatti costitutivi della propria pretesa mediante presunzioni, allo stesso modo tale facoltà deve essere riconosciuta al soggetto passivo, quanto alla prova dei fatti di cui lo onera il legislatore.

Per quel che attiene alla **prova dell'interesse economico effettivo perseguito dal soggetto residente** mediante le operazioni *black list*, pare corretto ritenere che l'oggetto di tale prova non riguardi, necessariamente, la singola operazione posta in essere dal contribuente, bensì la strumentalità della stessa agli obiettivi strategici del soggetto residente<sup>24</sup>. Ciò è, del resto, conforme alla rilevanza, all'interno del nostro ordinamento, del cd. **principio di economicità**. Se esso consente di reputare anomala - e, quindi, ai fini fiscali, indice di un contegno infedele del soggetto passivo - la condotta del contribuente non informata a criteri di antieconomicità, ne consegue, per contro, che, laddove l'operazione *black list* sia più conveniente economicamente rispetto a quella *white list*, ovvero risponda al medesimo interesse economico soddisfatto con l'operazione *white list*, o, più in generale, sia strumentale alla strategia dell'impresa (indipendentemente dai suoi effettivi risultati), che il contribuente ha l'onere di allegare

<sup>21</sup> Sull'oggetto della prova contraria richiesta dall'Agenzia delle Entrate al contribuente v., per una sintesi, G. Escalar, *Le modalità di prova delle esimenti del divieto di deduzione dei costi black list*, in "Corr. Trib." n. 2013, pag. 1656..

<sup>22</sup> V., da ultimo, Corte Giust. UE, 6 settembre 2012, C-324/11.

<sup>23</sup> V., per il principio, Corte di Giust. CE, 18 luglio 1999, C-254/1997.

<sup>24</sup> Cfr., in tal senso, anche G. Escalar, *op. loc. ult. cit.*

e, per quanto possibile, di documentare, in tutti tali casi deve reputarsi integrata la seconda esimente di cui all'art. 110, comma 11, del Tuir. Le fattispecie esaminate rispondono, infatti, al cd. criterio di economicità dell'attività d'impresa.

L'economicità di una data operazione imprenditoriale può emergere anche dai risultati che produce. Perciò, laddove il contribuente dimostri che l'operazione *black list* ha, ad esempio, consentito di incrementare il volume d'affari e da ultimo il reddito maturato, è da ritenersi che la stessa risponda al principio di economicità e, quindi, integri la fattispecie di cui al comma 11 cit.

Non sarebbe accettabile, invece, sostenere che, a parità di condizioni economiche (tra operazioni *black e white list*), l'art. 110, comma 10, onererebbe il contribuente di optare per la conclusione di operazioni *white list*. Non solo tale interpretazione sarebbe incoerente con la funzione (fiscale) della disposizione in parola, ma confliggerebbe anche con la (ricordata) tutela del libero movimento di capitali tra Stati comunitari e Paesi terzi, la quale non ammette limitazioni, se non quando vi sia il pericolo dell'artificiosa sottrazione di materia imponibile alla giurisdizione domestica, che è evidentemente da escludere per definizione quando l'operazione *black list* risponde ai canoni di mercato<sup>25</sup>. Inoltre, l'art. 110, comma 11, così interpretato, colliderebbe anche con la tutela, costituzionale e comunitaria, del libero esercizio dell'attività d'impresa<sup>26</sup>, la quale, evidentemente appurate sia l'effettività dell'operazione *black list* sia la sua rispondenza all'interesse economico del soggetto residente, rende insindacabile la scelta dell'imprenditore di approvvigionarsi presso l'uno o l'altro fornitore. Lo conferma, del resto, il principio ancora una volta affermato dalla Corte Costituzionale, per cui le norme debbono essere interpretate sì da garantire la massima tutela possibile

delle libertà fondamentali riconosciute dall'ordinamento interno e comunitario<sup>27</sup>.

Le considerazioni che precedono sono confermate dall'orientamento espresso sul punto dall'Assonime nella circolare n. 36 del 5 agosto 2004.

Il conseguimento dell'**effettivo interesse economico** di cui all'esimente in questione è dunque ravvisabile ogni qual volta l'**operazione intersorsa con il fornitore estero** risulta dettata da logiche e strategie commerciali che, ordinariamente, caratterizzano le decisioni di un'impresa e sono **in linea con quelle di mercato**, in considerazione delle caratteristiche del settore in cui l'impresa opera e delle prospettive di sviluppo e di espansione<sup>28</sup>. Non appare quindi condivisibile il contrario orientamento espresso (peraltro incidentalmente) dalla Corte di Cassazione<sup>29</sup>, secondo cui, "attesa la finalità della disposizione, solo la dimostrazione dell'impossibilità di approvvigionarsi ad eguali condizioni su mercati di Paesi omogenei a quello con cui viene posta in essere, ma non inserita nella *black list*, rileva ai fini" del Tuir.

Tale interpretazione implica che, pur essendo, la fornitura *black list*, rispondente alla logica economica dell'impresa, il costo che ne deriva sarebbe indeducibile se la stessa (fornitura) avesse potuto essere acquisita anche da Paesi *white list*, a parità di condizioni contrattuali. È sufficiente osservare che una tesi di tal fatta, laddove sia provata l'effettività della transazione commerciale, è, per le ragioni sopra enunciate, incompatibile con il principio della libertà di circolazione dei capitali, con il principio di cui all'art. 53 Cost., oltre che con la tutela del diritto di proprietà garantita dalla CEDU. Infatti, tali principi escludono che l'ordinamento tributario possa onerare l'imprenditore, il quale ponga in essere operazioni effettive, di optare per l'uno anziché l'altro fornitore<sup>30</sup>, pena l'indeducibilità dei costi sostenuti con quello

<sup>25</sup> Cfr., in termini, D. Stevanato, *Il corrispettivo*, cit.

<sup>26</sup> V. Corte Cost., n. 54/2001; Corte Giust. CE, C-4/1973; Corte Giust. CE, C-230/1978.

<sup>27</sup> V. Corte Cost., n. 317/2009, cit.

<sup>28</sup> Cfr. ex multis G. Maisto, *Il regime tributario delle operazioni intercorrenti tra imprese residenti e società estere soggette al regime fiscale privilegiato*, in "Riv. Dir. Trib.", 2007; D. Stevanato, *Il corrispettivo pattuito e le condizioni di mercato nella dimostrazione dell'effettivo interesse economico delle transazioni con le imprese residenti in Paesi "black list"*, cit., loc. ult. cit.; P. Antonini, C. Sauve, R. Lupi, *Necessità imprenditoriali e costi "black list"*, in "Dialoghi tributari" n. 6/2011, pag. 677. Anche la prevalente giurisprudenza di merito si è espressa in tal senso: v. Comm. trib. reg. Marche, Sez. III, 22 giugno 2010, n. 5, in "GT - Riv. giur. trib." n. 2010, pag.

903 e ss., con nota di D. Stevanato, *I corrispettivi*, cit.; Comm. trib. prov. di Milano, Sez. XVI, 1° dicembre 2010, n. 357. V. anche, negli stessi termini, Comm. trib. reg. Piemonte, Sez. I, 13 dicembre 2012, n. 91; Comm. trib. reg. Roma, Sez. I, 18 maggio 2012, n. 208; Id., Comm. trib. reg. Milano, Sez. XXXV, 8 novembre 2012, n. 138.

Del resto, questa era la posizione già assunta dalla stessa Agenzia delle Entrate con la risoluzione n. 127/E del 6 giugno 2003.

<sup>29</sup> V. Cass., 4 aprile 2012, n. 5398, in "Corr. Trib." n. 21/2012, pag. 1615 ss., con nota di B. Santacroce e D. Avolio.

<sup>30</sup> Più estensiva pare l'interpretazione dell'art. 110, comma 11, del Tuir operata da Cass., 8 maggio 2013, n. 10749, secondo cui l'effettivo interesse economico di cui al comma 11 è integrato non solo da "prezzi competitivi delle merci acquista-

*black list* e, per l'effetto, l'assoggettamento ad imposizione di un reddito non effettivo ed il conseguente disincentivo alla libera circolazione dei capitali.

#### 4. La clausola di non discriminazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni

Le sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349/2007 hanno chiarito che le norme convenzionali integrano il precetto dell'art. 117, comma 1, Cost. (principio poi riaffermato dalla Corte Cost. con la sentenza n. 317/2009): danno cioè contenuto agli obblighi internazionali (cui si riferisce la disposizione costituzionale), ai quali le norme nazionali e regionali interne debbono, perciò, conformarsi.

Sul piano della **gerarchia delle fonti** significa che le norme di diritto nazionale non sono equiordinate a quelle convenzionali; anzi, secondo la ricordata giurisprudenza costituzionale, queste ultime costituiscono fonti di rango sub costituzionale<sup>31</sup>.

Ne discende, in primo luogo, che il rapporto tra di esse non può essere regolato, né dal principio di specialità, né da quello di successione delle leggi nel tempo, i quali (principi) presuppongono, all'opposto, che le norme siano tra loro pari ordinate. Inoltre, in ossequio al canone della cd. interpretazione adeguatrice, ancora la Corte Costituzionale, con la ricordata sentenza n. 347/2009, ha chiarito che la **norma interna** deve essere interpretata in **conformità alla norma pattizia** e, ove tale operazione non sia possibile, la norma interna deve essere censurata per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

Tali premesse sono necessarie per risolvere il conflitto che può porsi tra l'art. 110, comma 10 (e 12-bis), del Tuir, da un lato, e la cd. **clausola di non discriminazione** contenuta nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia ed oggetto di ratifica, dall'altro lato.

Parte della dottrina ha sostenuto che, in realtà, in presenza di operazioni concluse con un fornitore residente in uno Stato qualificato come *black list* dal D.M. 23 gennaio 2002, il conflitto si verrebbe a creare tra la disposizione regolamentare recata

nel menzionato decreto (che include lo Stato estero nella *black list*) e la norma di recepimento della convenzione contro le doppie imposizioni che contiene la clausola di non discriminazione. Il carattere sovraordinato di quest'ultima, rispetto alla prima, varrebbe quindi a giustificare la prevalenza della norma pattizia<sup>32</sup>.

Tale tesi non sembra condivisibile, per due ragioni. La prima attiene alla natura del D.M. 23 gennaio 2002: si tratta di regolamento integrativo della disposizione (prima dell'art. 76, commi 7-bis e 7-ter, del Tuir, ora) dell'art. 110, comma 10, la quale fissa il principio d'ineducibilità. In altri termini, non è il D.M. 23 gennaio 2002 - come non lo sarà il D.M. di cui all'art. 168-bis del Tuir - a determinare il regime d'ineducibilità, ma è la previsione di cui al comma 10 dell'art. 110. Perciò, il conflitto si pone tra quest'ultima e la clausola di non discriminazione contenuta nella convenzione, recepita dalla legge di ratifica.

D'altro canto, la disciplina della base imponibile (cui attiene la regolamentazione dei costi *black list*) è soggetta al principio di riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. Il che, oltre a rendere illegittimo un regolamento il quale pretendesse di escludere la deduzione di componenti negative effettive ed inerenti, conferma, in via interpretativa, che la disposizione che stabilisce l'ineducibilità del costo *black list* è quella recata nel più volte ricordato art. 110, comma 10.

Ciò precisato, ci pare, alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale, che la disciplina della **deducibilità dei costi** afferenti le operazioni intercorse tra il contribuente e le società residenti in Paesi con cui l'Italia ha concluso le convenzioni contro le doppie imposizioni (qualificati *black list* dal D.M. del 2002) deve essere rinvenuta nella **norma convenzionale**. Ove quest'ultima non ponga limiti alla deduzione di tali componenti negative, si deve concludere per la deducibilità dei costi di approvvigionamento di materie prime sostenuti con tali fornitori; senza che, dunque, possano venire in rilievo le norme di diritto interno di cui ai commi 10 ed 11 dell'art. 110, siccome sotto ordinate nella gerarchia delle fonti<sup>33</sup>. Tutto ciò, salvo ritenere l'incompatibilità dell'art. 110, commi 10 e 11, con le norme conven-

te, ma anche (da) puntualità nelle forniture e serietà del fornitore in genere".

<sup>31</sup> V., in merito, R. Cordeiro Guerra, *I costi black list secondo la Corte di Cassazione. Dalla funzione nomofilattica alla maieutica degli accertamenti*, in "Rass. Trib.", 2011, pag. 459 ss.

<sup>32</sup> In tal senso D. Borgni, *La deducibilità dei costi black list e le convenzioni contro le doppie imposizioni*, in "Rass. Trib.", 2013, pag. 1420 ss., par. 3.

<sup>33</sup> In tal senso v., per tutti, R. Cordeiro Guerra, *I costi black list secondo la Corte di Cassazione*, cit., par. 4.

zionali, con la loro conseguente illegittimità, alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.

Non può indurre a differenti conclusioni, per le Convenzioni ratificate anteriormente al 2003, il fatto che il **Commentario OCSE del 2003** individui, quale finalità delle convenzioni contro le doppie imposizioni, la **repressione delle condotte elusive**. Infatti, in primo luogo detto riferimento non era presente nelle precedenti edizioni del Commentario ed era comunque da escludere che tale fosse l'obiettivo (secondo il Commentario OCSE) delle Convenzioni<sup>34</sup>. Per cui, i criteri interpretativi del Commentario 2003, siccome innovativi, si applicano solo per le convenzioni ratificate dal 2003 in poi.

Per queste ultime, quindi, l'applicabilità della **norma interna antielusiva** non è subordinata a che la norma convenzionale rechi un'espressa clausola di salvaguardia circa l'applicabilità della norma nazionale (antielusiva)<sup>35</sup>.

Invece, per le convenzioni ratificate anteriormente alla revisione del Commentario OCSE, intervenuta nel 2003, solo la presenza, nel Trattato, di un'espressa clausola di tal fatta consente l'**applicazione della disposizione interna antielusiva**<sup>36</sup>.

Il Commentario OCSE del 2003 ha, comunque, riguardo esclusivamente alle **clausole generali antielusive** recate nelle legislazioni nazionali<sup>37</sup>;

non opera, invece, alcun riferimento a **specifiche norme antielusive interne** (quali, secondo gli orientamenti dell'Agenzia delle Entrate<sup>38</sup>, potrebbero essere ritenute quelle dei commi 10 ed 11 dell'art. 110). Lo conferma, del resto, il fatto che vi sono Convenzioni concluse dall'Italia successivamente alla riformulazione del Commentario OCSE, che fanno salva l'applicazione di tutte le norme interne (non solo del principio generale anti abuso) volte a reprimere specifiche e delimitate fattispecie elusive<sup>39</sup>.

Ne consegue che le **norme speciali anti abuso** - quale, in ipotesi, potrebbe essere ritenuta quella in tema di indeducibilità dei cd. costi *black list* - non possono prevalere sulla disposizione pattizia che ammette la deducibilità del costo<sup>40</sup>.

In ogni caso, la funzione dell'art. 110, comma 10, come detto *sub 1.*), è meramente antievasiva. Perciò, difetta addirittura il presupposto di applicazione del criterio interpretativo antielusivo recato nel Commentario OCSE del 2003.

Infine, la **prevalenza**, sulle norme interne, delle **norme convenzionali** in materia tributaria, è del resto riconosciuta dallo stesso legislatore, sia per il tramite dell'art. 75 del D.P.R. n. 600/1973 (il quale dispone che "nell'applicazione delle disposizioni concernenti le imposte sui redditi sono fatti salvi gli accordi internazionali resi esecutivi in Italia") sia dell'art. 169 del Tuir (secondo cui

<sup>34</sup> V., sul punto, ampiamente G. Maisto, *Norme anti-elusive, abuso del diritto e convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni sul reddito*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario* a cura di G. Maisto, Milano, 2009, pag. 277 ss., spec. 301. L'Autore rileva infatti che "le revisioni apportate nel 2003 tracciano una linea interpretativa diametralmente opposta a quella seguita nella versione del Commentario corrente nel 1977" (301). Ed, ancora, "la conferma di ciò si rinviene nel rapporto OCSE relativo alla concorrenza fiscale dannosa che nelle sue conclusioni raccomanda che "il Commentario al Modello di Convenzione sia chiarito al fine di rimuovere incertezze ed ambiguità relativa alla compatibilità di misure antielusive con il modello di convenzione" (301).

<sup>35</sup> V., in tal senso, R. Cordeiro Guerra, *I costi black list secondo la Corte di Cassazione. Dalla funzione nomofilattica alla maieutica degli accertamenti*, in "Rass. Trib.", 2011, par. 4; G. Maisto, *Norme anti-elusive, abuso del diritto e convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni sul reddito*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario* a cura di G. Maisto, Milano, 2009, pag. 277 ss., spec. 301.

<sup>36</sup> Del resto, la correttezza di tale interpretazione è confermata dal rilievo per cui l'Italia ha stipulato numerose convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni le quali recano l'espressa previsione dell'applicazione di norme di diritto interno in tema di limiti alla deducibilità di costi. Tale è la Convenzione conclusa con l'Oman il 6 maggio 2008, la quale, all'art. 24, comma 6, prevede che "le disposizioni dei paragrafi precedenti al presente articolo non pregiudicano

l'applicazione delle disposizioni interne per prevenire l'evasione e l'elusione fiscale. La presente disposizioni comprende in ogni caso la limitazione alla deducibilità delle spese ed altri elementi negativi derivanti da transazioni tra imprese di uno Stato contraente ed imprese dell'altro Stato contraente". V. pure la convenzione conclusa con l'Etiopia nel 1997 (art. 24, comma 6), con gli Emirati Arabi nel 1995 (lett. e) del Protocollo), ecc.

<sup>37</sup> Il Par. 9.2. del Commentario all'art. 1 del Modello di Convenzione OCSE fa riferimento alle "disposizioni contro l'abuso fiscale ... incardinati alle regole fondamentali della legislazione nazionale che determinano i fatti generatori dell'imposta".

<sup>38</sup> V. circolare 6 ottobre 2012, n. 51/E.

<sup>39</sup> È ad esempio il caso della Convenzione Italia/Ghana del 19 febbraio 2004 che, al par. 5 del Protocollo, prevede, *tout court*, che "le disposizioni della presente convenzione non pregiudicano il diritto degli Stati contraenti di applicare la propria legislazione fiscale interna per prevenire l'evasione e l'elusione fiscale".

<sup>40</sup> V., in dottrina, a conferma, A. Ballancin - G. Bizioli, *L'abuso del diritto tributario: profili internazionali ed europei*, in *Principi di diritto tributario europeo ed internazionale* a cura di C. Sacchetto, Torino, 2011, pag. 178 ss., spec. 188; G. Maisto, *op. cit.*, pag. 303.

“le disposizioni del presente Testo Unico si applicano se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione”): norma, quest’ultima, che si assiste sulla prevalenza della norma convenzionale

rispetto a quella di diritto interno e, solo laddove quest’ultima sia più favorevole, ne dispone comunque l’applicazione a scapito della norma patizia<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Nella giurisprudenza di merito ha statuito la prevalenza delle norme convenzionali su quella di cui all’art. 110, comma

10, del Tuir, Comm. trib. prov. Milano, Sez. V, 13 febbraio 2012, n. 294.