assonime

Associazione fra le società italiane per azioni

17/2016

Note e Studi

Imprese multinazionali: aspetti societari e fiscali

Questo documento è stato elaborato dal gruppo di lavoro Imprese Multinazionali, istituito nell'ambito della Giunta di Assonime, come contributo agli organi direttivi per l'elaborazione di una posizione di Assonime in materia. Il gruppo di lavoro è stato presieduto da Pietro Guindani, coadiuvato da Sandro De Poli.

Hanno contribuito ai lavori le seguenti imprese: A. Menarini, A2A, ABB, Allianz, Assicurazioni Generali, Astaldi, BAT Italia, BNL, Bracco, Brembo, Buzzi Unicem, Davide Campari-Milano, Deutsche Bank, Edison, Edizione, Egidio Galbani, Enel, Engie Italia, Eni, Ericsson Telecomunicazioni, ExxonMobil, Fca, Ferrero, Ferrovie dello Stato Italiane, Fincantieri, Fineco Bank, Ge Italia Holding, Glaxo Smith Kline, H3G, Intesa San Paolo, Kuwait Petroleum Italia, Lactalis, Leonardo-Finmeccanica, Maire Tecnimont, Marazzi Group, Mediaset, Moncler, Nestle', Novartis Farma, Officine Maccaferri, Philip Morris Italia, Pirelli & C., Poste Italiane, Prada, Roche, Salini Impregilo, Salvatore Ferragamo, Sanofi, Sky Italia, Stella, Takeda Italia, Telecom Italia, Total E&P Italia, UniCredit, Vodafone Italia.

Per Assonime la stesura finale del documento è stata curata, per la parte societaria, da Margherita Bianchini, Valentina Allotti, Valentina Miscischia, Livia Brunelli; per la parte fiscale, da Ivan Vacca, Tamara Gasparri e Barbara Denora.

INDICE

PREMESSA

EXECUTIVE SUMMARY

PARTE I – ASPETTI SOCIETARI

Introduzione

1. Un'analisi casistica dei rischi

Case Study 1 – Corruzione internazionale

Case Study 2 – Sanzioni Internazionali

Case Study 3 – Antitrust

Case Study 4 – Ambiente

Case Study 5 – Insolvenza transfrontaliera

Case Study 6 – Day-by-Day operation

Case Study 7 – Autoriciclaggio e false comunicazioni sociali

2. Prime conclusioni dell'indagine

3. Principi guida e strumenti operativi

PARTE II – ASPETTI FISCALI

Introduzione

1. L'esterovestizione

2. La stabile organizzazione occulta

2.1. La rivisitazione dei tradizionali concetti di stabile organizzazione materiale e personale nel contesto del progetto BEPS

2.2 La ricerca del nuovo *nexus* nel contesto dei lavori BEPS e l'intervento della legge di stabilità 2016 per il settore delle scommesse *online*

2.3. Il nuovo *nexus* previsto dalla legge di stabilità 2016 per il settore delle scommesse *online*

3. Il problema del beneficiario effettivo

4. La *cooperative compliance*

5. Revisione del sistema sanzionatorio penale e criticità

5.1. Le *notitiae criminis* "cautelative"

5.2. L'autonomia del procedimento penale e del procedimento amministrativo tributario

6. I reati fiscali "presupposto" del nuovo reato di autoriciclaggio

7. Il *Country by Country Reporting (CbCR)*

7.1. *CbCR to TAX Administration*

7.2. *Public CbCR*. Proposta di modifica della Direttiva contabile 2013/34/UE presentata dalla Commissione il 12 aprile 2016 - COM (2016)198*final*

ALLEGATI

1. *Il post BEPS. L'obiettivo di tassare le imprese nei luoghi di produzione della ricchezza e i conseguenti nuovi profili della 'dialettica' tra Stati della residenza e Stati della fonte. Le iniziative per il superamento delle Harmful Tax Practices in ambito europeo*.

2. *Il concetto di beneficiario effettivo*.

3. Abi - Assonime - Confindustria, *Regime di adempimento collaborativo. Osservazioni e spunti per il dialogo istituzionale*, 21 luglio 2016.

4. *Il problematico "passaggio" dal reato fiscale all'autoriciclaggio*.

5. *Osservazioni preliminari di Assonime sulla proposta di modifica della Direttiva 2013/34/UE riguardo alla pubblicazione di alcune informazioni fiscali (COM (2016) 198/2* ("*Public Country by Country Reporting*"), 22 aprile 2016.

6. *Position on Country by Country Disclosure of certain Tax Information Final*, 28 luglio 2016.

PREMESSA

L'impresa multinazionale è oggi una rete complessa che non può rinunciare a essere globale e a ripartire in modo specialistico le funzioni gestionali tipiche di un'impresa tradizionale tra le diverse entità localizzate in differenti ordinamenti nazionali, a ciascuna delle quali è affidata una frazione dell'unitario *business*. La crescente autonomia tra l'organizzazione economica del gruppo – che opera unitariamente specializzandosi a livello transnazionale – e la sua organizzazione giuridica – affidata a società ed enti costituiti secondo il diritto delle singole giurisdizioni – è una realtà imposta dall'esigenza di restare competitivi in un mercato globale, che deve essere considerata da tutti gli interlocutori istituzionali.

Individuare soluzioni che consentano di coniugare il rispetto delle sovranità nazionali con le nuove esigenze produttive e gestionali dell'impresa globale è il *fil rouge* che unisce le diverse parti del documento.

Una sfida per le imprese e per le Istituzioni che coinvolge tanto i profili di natura privatistica quanto quelli di natura pubblicistica.

I gruppi multinazionali sono chiamati ad adottare presidi organizzativi e procedurali idonei a documentare le funzioni, altamente specializzate, che sono state attribuite alle varie entità del gruppo e la relativa allocazione dei fattori produttivi; a definire i processi decisionali e individuare, non in senso meramente formale, le relative responsabilità. Si collocano in questo contesto i diversi strumenti illustrati dal documento: *i)* la formalizzazione dei criteri di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento; *ii)* il rafforzamento della professionalità e della diversificazione degli amministratori; *iii)* l'analisi delle aree di rischio; *iv)* l'adozione e il coordinamento delle funzioni di *Audit* e di *Compliance; v)* l'adozione di linee guida e procedure su specifiche aree di rischio. E inoltre, sul terreno più squisitamente fiscale, il *Tax Control Framework* e la *Transfer Pricing Documentation*, cui si associa la comunicazione del *country by country reporting*.

L'implementazione di questi o altri analoghi presidi risponde allo scopo di fronteggiare i profili di responsabilità che possono sorgere per effetto della concorrenza di normative nazionali non omogenee di matrice sia privatistica (dal diritto privato e societario ai regolamenti di settore) che pubblicistica (dal diritto penale al sistema tributario). Ma ha, altresì, l'obiettivo di creare un supporto documentale accessibile e trasparente su cui fondare la necessaria interlocuzione con le istituzioni nazionali dei differenti Paesi, superando l'inevitabile *gap* informativo di cui ciascuno di essi soffre nei confronti di un'impresa sostanzialmente unitaria, che opera a cavallo di più giurisdizioni. Non cogliere questo aspetto e continuare ad osservare queste nuove realtà dall'ottica

tradizionale, che ricerca in ogni singola struttura societaria un'entità imprenditoriale autonoma, ha portato spesso le Autorità, soprattutto in campo fiscale, a dubitare che esse celino costruzioni o enti potenzialmente fittizi o simulati, come talora è accaduto con le contestazioni in tema di esterovestizione, di stabili organizzazioni occulte o di beneficiario effettivo.

A loro volta, gli interlocutori istituzionali devono affinare la propria capacità di comprendere e accettare l'evoluzione transnazionale del *business* alla ricerca di soluzioni idonee ad assicurare la tutela dei principali interessi di diritto pubblico e privato, proteggendo, nel contempo, la competitività e la reputazione delle imprese: avvalendosi delle informazioni desumibili dai presidi e dalle procedure aziendali delle imprese e attivando, nel contempo, adeguate azioni di coordinamento tra i differenti ordinamenti.

Il *trade off* tra trasparenza e certezza deve diventare il principio guida di carattere generale nei rapporti tra i gruppi d'impresa e le Istituzioni, comprese le Autorità fiscali. Ed è questa, ripetiamo, la chiave di lettura del documento.

Questo lavoro intende avviare la riflessione sui temi centrali per l'impresa multinazionale e costituire il punto di partenza di un osservatorio permanente in Assonime per la materia.

EXECUTIVE SUMMARY

PARTE I – ASPETTI SOCIETARI

1. L'attività di un'impresa che opera in più paesi pone una questione di concorrenza fra ordinamenti e la necessità per l'impresa globale di soddisfare norme non omogenee. Si tratta di definire le regole adatte al contesto economico nuovo, una sfida per le imprese e per i Paesi, che coinvolge, da un lato, Istituzioni sovranazionali e accordi multinazionali; dall'altro l'organizzazione e il governo dell'impresa.

Nell'economia moderna e globalizzata l'impresa multinazionale si è fisiologicamente evoluta come un'organizzazione fortemente specializzata, in cui le diverse funzioni e le varie fasi del processo produttivo sono allocate in una molteplicità di organizzazioni giuridiche autonome, che operano nel rispetto di una strategia unitaria definita dalla società capogruppo, in modo coordinato con le singole società controllate.

Il quadro normativo con cui l'impresa multinazionale si confronta non rispecchia questa articolazione, continuando a considerare le singole società del gruppo come entità isolate che gestiscono e controllano tutte le fasi dell'attività d'impresa e che come tali sono soggette a obblighi e responsabilità nell'ordinamento di riferimento. Ciò comporta una serie di rischi e criticità nella gestione dell'impresa che rendono più complesso il perseguimento dell'interesse di gruppo.

In questo contesto, le imprese possono adottare in via autoregolamentare soluzioni organizzative idonee a identificare i rischi, a definire in modo accurato i processi decisionali, a garantire un'assunzione consapevole delle relative responsabilità.

2. Per coadiuvare le imprese in tale attività il Gruppo di Lavoro Assonime ha condotto un'indagine empirica, basata sull'analisi di casi giurisprudenziali e di prassi societarie virtuose, volta a individuare le principali aree di rischio per l'operatività dei gruppi multinazionali e a definire strumenti utili per prevenire e gestire i rischi in tal modo individuati.

L'indagine si è concentrata, in particolare, su tre aree problematiche rispetto alle quali l'analisi casistica ha evidenziato alcuni elementi ricorrenti:

- criteri d'imputazione della responsabilità in capo alla controllante: quali sono i presupposti per l'imputazione della responsabilità della controllante e quali gli indici di autonomia gestionale della controllata, che possono valere per escludere la responsabilità della controllante?

Rispetto a tale profilo l'analisi casistica ha evidenziato che la migrazione della responsabilità della controllata in capo alla società controllante non deriva dal presupposto della mera appartenenza al gruppo, né dalla sussistenza di un interesse di gruppo astrattamente considerato, ma è ad essa riconducibile in virtù dei poteri di direzione e coordinamento concretamente esercitati. Una formalizzazione chiara e trasparente dell'articolazione del processo di direzione e coordinamento, anche attraverso l'uso di strumenti di diritto privato (accordi infragruppo, direttive, regolamenti, statuto, ecc.) potrebbe facilitare la corretta identificazione delle responsabilità sostanziali all'interno del gruppo;

- *corporate governance* e assetti organizzativi del gruppo: come organizzare il gruppo in modo da garantire un adeguato coordinamento tra le funzioni aziendali a livello di capogruppo e a livello di società controllate e una corretta gestione di potenziali situazioni di conflitto di interesse?

Le soluzioni organizzative più frequentemente adottate nella prassi sono: il rafforzamento del ruolo di direzione e coordinamento della capogruppo e la contestuale valorizzazione del ruolo pro-attivo delle società controllate (approccio *bottom-up*); la valorizzazione della specializzazione delle funzioni nelle società controllate e il coordinamento delle stesse, anche attraverso la creazione di comitati. Gli strumenti utilizzati sono: un'adeguata composizione dei Consigli di Amministrazione delle società del gruppo; l'adozione di procedure interne per regolare il processo decisionale; l'adozione di procedure interne sui conflitti di interesse e sulle operazioni con parti correlate;

- gestione del rischio: con riferimento ai singoli profili di rischio, quali funzioni/organi devono essere coinvolti, come costruire i rapporti tra essi e come delinearne competenze e responsabilità?

Le principali prassi societarie adottate dalle società per garantire un'efficiente gestione del rischio sono: il rafforzamento delle funzioni di *Compliance* e *Audit* a livello della capogruppo e il coordinamento con le rispettive funzioni delle società controllate; l'adozione di modelli organizzativi 231 o di *compliance program* equivalenti; l'adozione di procedure su specifiche aree di rischio e di codici di condotta di gruppo.

3. All'esito dell'indagine sono stati delineati 5 strumenti che, adeguatamente calibrati in base alle caratteristiche proprie delle singole imprese, possono rappresentare una prima guida per le imprese che operano in più Paesi:

(i) Formalizzazione dei criteri dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento

La formalizzazione delle procedure di gruppo, in modo trasparente e documentabile, favorisce una partecipazione dialettica degli organi delle società controllate al processo di elaborazione delle politiche di gruppo. Tale formalizzazione può essere attuata dalla società capogruppo attraverso l'adozione di direttive, linee guida e raccomandazioni calibrate su specifiche esigenze, ma può essere strutturata anche attraverso il ricorso a strumenti dell'autonomia privata idonei ad attribuire un carattere programmatico e una maggiore stabilità alla gestione unitaria del gruppo.

(ii) Rafforzamento della professionalità e diversificazione degli amministratori

La composizione del Consiglio di Amministrazione sia della capogruppo, sia delle controllate è fondamentale per garantire il processo dialettico all'interno del gruppo.

Da un lato, un'adeguata composizione del CdA della capogruppo è funzionale a garantire che l'esercizio di tale attività preveda un corretto bilanciamento tra il perseguimento dell'interesse di gruppo e quello delle singole società controllate.

Dall'altro, il CdA della controllata dovrebbe contribuire alla definizione della strategia di gruppo definita dalla holding fornendo informazioni e input relativi alla realtà operativa locale e alle esigenze della società stessa. Per garantire questo ruolo pro-attivo delle società controllate è fondamentale che i membri del CdA delle stesse abbiano adeguati requisiti di professionalità e diversità.

(iii) Analisi delle aree di rischio

L'adozione di presidi organizzativi adeguati richiede una preventiva mappatura dei rischi del gruppo che tenga conto della legislazione applicabile nei diversi ordinamenti in cui il gruppo opera. E' opportuno che la tassonomia dei rischi sia definita a livello centrale in modo coordinato dalle strutture della capogruppo, e a livello locale dalle singole società controllate.

(iv) Adozione di presidi organizzativi e il coordinamento delle funzioni di *Audit* e *Compliance*;

Per garantire unità di indirizzo nella gestione imprenditoriale di gruppo le competenze di alta gestione e direzione strategica di supervisione e controllo devono essere delineate in una prospettiva di gruppo. A tal fine è opportuno coordinare le principali funzioni aziendali a livello della *holding*; il Consiglio della società controllata è comunque responsabile del monitoraggio sulla gestione, che si esplica normalmente attraverso la gestione del rischio, l'*audit* e la c*ompliance*.

Quando tali funzioni di supervisione sono coordinate a livello di capogruppo appare fondamentale che le stesse funzioni a livello locale, ove esistenti, assicurino la massima interazione e comunicazione con le strutture centrali.

(v) Adozione di linee guida e procedure su specifiche aree di rischio

Accanto al coordinamento delle funzioni, strumenti utili per una gestione unitaria ed efficiente dei principali rischi del gruppo sono l'adozione di direttive o linee guida della capogruppo su specifici profili di rischio, modelli 231 o equivalenti, codici di condotta.

L'adozione di linee guida e direttive su specifiche aree di rischio e su strumenti utili in funzione di prevenzione devono mirare al perseguimento di determinati obiettivi piuttosto che a prescrivere regole vincolanti, in modo da consentire alle società controllate di tenere conto delle specificità locali in cui le stesse operano e delle relative normative.

PARTE II – ASPETTI FISCALI

1. Anche per quanto attiene agli aspetti fiscali, cui è dedicata la seconda parte di questo documento, assume centrale rilevanza la profonda evoluzione che i modelli di *business* delle imprese multinazionali hanno subito nel corso del tempo alla ricerca di sempre maggiori margini di competitività per rimanere "nel mercato".

Si tratta di un fenomeno del tutto fisiologico in un'economia globalizzata e che rappresenta l'esito di complesse operazioni di ristrutturazione aziendale. I grandi gruppi imprenditoriali hanno, infatti, dovuto "superare" i tradizionali modelli *country specific* – modelli caratterizzati dal fatto che le singole *entities*, controllate da una o più *subholding*, conducevano in parallelo le medesime attività tipiche in differenti realtà territoriali – e trasformarli nei c.d. modelli "globali", basati sulla centralizzazione delle funzioni, la frammentazione della produzione (per stadi e funzioni) e l'integrazione verticale di tutte le strutture del gruppo.

La maggiore specializzazione e la distribuzione delle diverse funzioni di *business* tra le singole società del gruppo – nessuna delle quali svolge più, per intero, tutte le fasi tipiche dell'attività d'impresa (ricerca, produzione, commercializzazione e vendita) – hanno portato a reciproci condizionamenti tra le singole società, al punto che l'attività di ognuna di esse viene a "dipendere" da quella delle altre e ne risulta inevitabilmente "influenzata".

La specializzazione estrema delle funzioni – necessaria per mantenere adeguati livelli di competitività – ha richiesto una "regia" unitaria. Sempre più spesso, quindi, occorre riunire in un unico collegio tutti i "portatori" delle singole specializzazioni: le grandi

multinazionali, di norma, si avvalgono di *Group Management Committees,* composti dai responsabili delle principali unità organizzative e dagli amministratori delegati delle principali controllate, con compiti, trasversali, di valutazione e supporto nelle decisioni operative più critiche.

In definitiva, oggi il gruppo si presenta sempre più spesso come un'unica grande impresa sovranazionale al cui interno ogni entità locale svolge solo una frazione diversa dell'unitario *business*. Si assiste, quindi, ad una progressiva specializzazione dell'organizzazione economica del gruppo di imprese attuata attraverso una serie di strutture giuridiche autonome.

2. La struttura tipica dell'impresa multinazionale determina inevitabilmente una progressiva "autonomia" tra i concetti di organizzazione "giuridica" e organizzazione "economica" del gruppo di imprese, nel senso che, con l'attribuzione, sotto il profilo giuridico, della natura di soggetto alla singola società del gruppo si coniuga una più complessa organizzazione decisionale che coinvolge tutte le imprese del gruppo e che va decisamente oltre il singolo soggetto giuridico. La singola *entity*, cioè, non può più essere considerata come una "monade" perché si inserisce in una realtà economico-giuridica più ampia.

Questo fenomeno – che, ribadiamo, è del tutto fisiologico ed origina dalla necessità dell'impresa di "adattarsi" ai cambiamenti strutturali che l'economia globalizzata ha imposto nel corso del tempo agli operatori economici – non si traduce però nella "deresponsabilizzazione" delle singole società controllate ma, più semplicemente, implica, com'è evidente, un nuovo approccio (certamente più difficoltoso) per individuare e distinguere le responsabilità ascrivibili a ciascuna società e ai singoli *managers* o dirigenti.

I descritti processi di integrazione verticale e di frammentazione delle funzioni tipici della nuova realtà imprenditoriale multinazionale richiedono:

- dal lato delle imprese, la necessità di approntare efficaci presidi procedurali e organizzativi che permettano di imputare agevolmente alle singole società facenti parte del gruppo le relative responsabilità;

- dal lato degli interlocutori istituzionali, la capacità di comprendere l'evoluzione del *business*, evitando di censurare *tout court* queste nuove modalità organizzative e gestionali delle imprese che, come detto, sono strutturali e fisiologiche.

Quanto al primo profilo, occorre prendere atto che i gruppi imprenditoriali, sempre di più, tendono a "formalizzare", al loro interno, regole e procedure unitarie: i gruppi, cioè,

tendono a dotarsi di regolamenti, procedure e direttive unitarie (se non di un vero e proprio ordinamento legale interno "ultranazionale") per far fronte ai rischi legali, fiscali e reputazionali connessi alla contestuale applicazione di regole giuridiche di ordinamenti diversi.

Quanto agli interlocutori istituzionali, d'altro canto, essi devono raggiungere la piena consapevolezza che – ai fini fiscali – l'impresa multinazionale si presenta come un "unico contribuente globale" e che, quindi, è anacronistico limitarsi a contrastare le modalità organizzative – strutturali e fisiologiche – in base alle quali l'impresa è in grado di operare nel mercato, mentre occorre trovare nuovi strumenti giuridici utili alla comprensione di questa nuova realtà e/o adeguare ad essa i tradizionali istituti e concetti fiscali presenti nel nostro ordinamento giuridico.

3. Partendo da questa premessa metodologica di fondo, il Gruppo di lavoro ha ritenuto opportuno analizzare quelle aree fiscali nelle quali può "annidarsi" un maggior rischio di "incomprensione" tra fisco ed impresa multinazionale, anche al fine di proporre alcune soluzioni utili a dissipare le criticità che sono emerse o per assenza di strumenti giuridici idonei a cogliere questa nuova realtà o, spesso, per l'uso improprio di strumenti giuridici tradizionali non adeguati.

Per quanto riguarda le imprese, è necessario garantire un'idonea e trasparente "documentabilità" delle funzioni specialistiche: è un presupposto imprescindibile, cioè, assicurare la tracciabilità e la trasparenza dei processi aziendali, che dia contezza delle scelte attraverso cui il gruppo di imprese perviene ad un risultato economico unitario. In particolare, è fondamentale per le imprese "dichiarare" in modo trasparente la propria specializzazione, al fine di consentire l'individuazione dei diversi fattori produttivi che concorrono alla creazione del risultato economico unitario. Tale tema, in realtà, è inscindibilmente connesso con quello, più generale, dei prezzi di trasferimento, sul quale Assonime ha già avuto modo di esprimersi in occasione del Rapporto sul *transfer pricing* elaborato dal gruppo di lavoro sulla Fiscalità Transnazionale, istituito nell'ambito della Giunta di Assonime (cfr. *Gruppo di lavoro sulla fiscalità transnazionale. Prezzi di trasferimento*, *Note e Studi* n. 9/2014). Le considerazioni espresse in questo documento, in effetti, ci sembrano ancora attuali, anche alla luce delle tematiche che si sono sviluppate in sede BEPS; e ad esse facciamo rinvio, assumendole per presupposte.

Da parte delle istituzioni, specularmente, è indispensabile pervenire ad un'analisi corretta del concorso dei diversi fattori produttivi alla produzione del reddito, anche attraverso il superamento del tradizionale concetto di sede dell'attività "amministrativa" utilizzato dall'Amministrazione finanziaria quale criterio principe di collegamento

giuridico soggettivo con un determinato territorio statuale. Ed è su tale tematica che è incentrato il presente rapporto.

Sulla base di tali direttrici, quindi, il Gruppo di lavoro ha ritenuto opportuno focalizzare l'attenzione sulle seguenti aree di "rischio".

(i) Il fenomeno della c.d. esterovestizione

È un tema che riguarda le multinazionali con capogruppo in Italia che si espandono nei mercati esteri attraverso le *subsidiaries*. Le criticità nascono dal fatto che si contesta la riconducibilità alla potestà impositiva nazionale della *subsidiary* estera, quale insediamento fittizio o gestito direttamente dall'Italia.

(ii) La stabile organizzazione occulta

Il tema riguarda le multinazionali con capogruppo estera che si insediano in Italia con *subsidiaries.* Il contenzioso ha ad oggetto la presunta esistenza di un'"enclave" all'interno della controllata italiana, che configurerebbe una stabile organizzazione occulta, materiale o personale, del soggetto estero.

Entrambe queste tematiche sono una diretta conseguenza dell'articolazione sovranazionale dei gruppi come un'unica grande impresa "a cavallo" dei diversi ordinamenti. Precisamente, proprio in ragione della ridotta autonomia delle società del gruppo, "iperspecializzate" e con separazione di funzioni, numerose sono state le contestazioni mosse dai verificatori fiscali alle *subsidiaries* estere di gruppi multinazionali "italiani", considerate come società estero vestite e, al contempo, alle *subsidiaries* residenti in Italia di gruppi multinazionali "esteri", considerate come stabili organizzazioni occulte del *Principal* di un altro ordinamento; come se la specializzazione e la segregazione delle funzioni fossero una "patologia" in grado di trasformare una società in un ente sostanzialmente "simulato".

L'azione di contrasto, viceversa, deve essere mirata, a nostro avviso, solo nei confronti delle situazioni effettivamente abusive e contrarie alle regole esistenti, come emerge dai dibattiti sviluppati nei consessi internazionali, quali l'OCSE e l'UE, privilegiando l'analisi del concorso dei vari fattori produttivi alla realizzazione del risultato economico unitario; analisi che, come detto, può essere correttamente svolta sulla base della documentazione dei processi aziendali tipicamente utilizzata, tra l'altro, nell'ambito della disciplina dei prezzi di trasferimento.

(iii) Il tema del beneficiario effettivo

La questione nasce per contrastare eventuali utilizzi abusivi dei benefici convenzionali in materia di ritenute applicabili – quale espressione della potestà impositiva dello Stato

della fonte – sui flussi di dividendi, interessi e *royalties*; si tratta di una questione particolarmente problematica per i gruppi con operatività e articolazione transnazionali che inevitabilmente devono "movimentare" i flussi con assoluta regolarità e continuità.

A tutt'oggi, non si è pervenuti ad un'esatta definizione del concetto di beneficiario effettivo, talché è necessario che le competenti istituzioni forniscano linee guida precise alle imprese. Queste indicazioni, d'altronde, sono importanti anche in ragione del fatto che il tema del beneficiario effettivo è sempre più strettamente connesso con quello afferente la crisi – nello scenario economico attuale – dei tradizionali criteri giuridici di collegamento soggettivi (di una società con un determinato territorio) e oggettivi (della ricchezza creata dal gruppo su uno o più territori nazionali) finora utilizzati per delimitare la sovranità impositiva statuale.

(iv) Gestione dei rischi e *cooperative compliance*

Il tema è stato approfondito dal Gruppo di Giunta nella prospettiva di individuare i vantaggi ed analizzare compiutamente gli effetti dell'adesione al nuovo regime opzionale di adempimento collaborativo (c.d. *cooperative compliance programme*) introdotto dagli artt. 3 e ss. del D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128. Si tratta di un nuovo istituto volto a realizzare forme di cooperazione rafforzata tra Agenzia delle Entrate e contribuenti dotati di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del c.d. rischio fiscale.

In questo ambito, la questione di fondo è rappresentata dalla necessità di monitorare costantemente la fase attuativa del nuovo istituto: occorre infatti che il rapporto tra contribuente e fisco si articoli in modo da garantire la riuscita del nuovo regime e ciò implica, com'è evidente, non solo che l'impresa adotti comportamenti trasparenti ma anche che i singoli funzionari abbiano la capacità e l'autonomia decisionale per definire in modo obiettivo ed equo con l'impresa che adotta la *compliance* tutti i profili rilevanti sul piano fiscale che, di volta in volta, emergono nel corso dell'interlocuzione.

(v) Rilevanza del sistema delle sanzioni penali nell'ambito dei reati tributari

Il tema inerisce al rischio – in termini di danno reputazionale, patrimoniale e finanziario – connesso ad eventuali implicazioni penali derivanti dal non corretto adempimento degli obblighi fiscali. Sotto questo profilo, l'analisi ha principalmente riguardato due criticità di fondo che permangono nell'attuale quadro normativo nonostante la revisione del sistema sanzionatorio penale tributario attuata dal D.Lgs. n. 158 del 2015 e cioè: l'avvio dell'azione penale originato dall'inoltro di *notitiae criminis* meramente "cautelative" – *notitiae criminis* che, peraltro, potrebbero attualmente originare anche da fattispecie di evasione c.d. interpretativa e di abuso del diritto, ipotesi cioè che, a

seguito della recente riforma, non sono più penalmente rilevanti – e le non chiare conseguenze dell'introduzione del nuovo ed autonomo reato di autoriciclaggio rispetto alla struttura tipica dei reati fiscali che, nelle fattispecie più gravi, contengono già in sé una condotta a carattere occultativo.

Questi ultimi due temi hanno, ovviamente, una dimensione generale, nel senso che investono anche imprese non appartenenti a gruppi multinazionali. Tuttavia, la loro precipua rilevanza per le imprese multinazionali è evidente e ne ha imposto l'analisi in questa sede.

Quanto alle *notitiae criminis* va chiarito che esse non possono essere inoltrate in presenza di rilievi fiscali che non individuano gli elementi tipizzanti di fattispecie di reato; tema questo che oggi – a seguito, come accennato, della depenalizzazione dell'evasione c.d. interpretativa e dell'abuso del diritto – si pone non solo in termini quantitativi dell'evasione, ma anche qualitativi. Il tema si presta anche ad un'altra riflessione: occorre garantire in qualche modo – sia pure nell'attuale regime di autonomia del processo tributario e di quello penale – un maggior coordinamento dell'azione penale con un'effettiva formulazione della pretesa tributaria da parte degli organi competenti dell'Amministrazione finanziaria. Sempre più si assiste, infatti, a processi penali avviati sulla base di verifiche che non si sono poi tradotte in effettivi atti di accertamento.

In merito, poi, alla nuova figura criminosa dell'autoriciclaggio va chiarito il suo ambito applicativo, con particolare riferimento alla relazione tra la condotta di concreto ostacolo all'individuazione della provenienza del provento illecito e il risparmio d'imposta connesso alla realizzazione del reato fiscale.

(vi) *Country by country reporting* (c.d. *CbCR*)

Si tratta di un adempimento peculiare proprio per le imprese multinazionali, volto a contrastare la delocalizzazione e l'erosione delle basi imponibili. Esso è stato fortemente voluto dall'Unione Europea e dall'OCSE ed è stato introdotto *ante litteram* anche nel nostro ordinamento.

A questo proposito, occorre che l'emanando regolamento sia conforme alle indicazioni provenienti dall'UE e dall'OCSE e che l'Amministrazione finanziaria fornisca linee guida anche al fine di evitare un utilizzo "improprio" di questo nuovo strumento conoscitivo.

PARTE I – ASPETTI SOCIETARI

INTRODUZIONE

Nel corso di pochi decenni l'economia ha registrato cambiamenti epocali, sulla spinta delle innovazioni tecnologiche e dei mutamenti geopolitici. La dimensione globale dei mercati ha condotto al fenomeno crescente di imprese che operano in più Paesi. Questa rivoluzione economica porta a cambiamenti anche nella regolamentazione e nelle istituzioni, in passato legate alla sovranità degli Stati e alla dimensione nazionale del controllo sulle attività economiche.

Nel settore produttivo l'effetto principale che si registra è quello della localizzazione delle diverse fasi del ciclo produttivo e gestionale in punti diversi del globo, con una sempre minore caratterizzazione dell'impresa legata al Paese di origine. Il sistema dell'impresa multinazionale si è evoluto da una realtà in cui presso ogni singolo Paese un'unità legale autonoma realizzava l'intero ciclo economico dell'impresa, a un sistema globale integrato, che si fonda sulla specializzazione delle funzioni, sulla frammentazione della produzione e sull'integrazione verticale e il coordinamento delle varie strutture di gruppo. Questa distinzione tra articolazione organizzativa dell'impresa e articolazione societaria si è affermata gradualmente come modalità operativa fisiologica delle imprese più competitive sino a configurarsi come principio generale di gestione imprenditoriale del gruppo multinazionale.

A questa evoluzione della realtà economica non corrisponde la logica giuridica degli Stati che guardano ancora alle singole strutture societarie come entità imprenditoriali autonome che gestiscono e controllano in autonomia tutte le fasi dell'attività d'impresa, soggette a obblighi e responsabilità nell'ordinamento di riferimento. Ne deriva una concorrenza di regole spesso non omogenee e in contrasto tra loro, fonte di rischi e criticità per la gestione dell'impresa multinazionale, che rendono più complesso il perseguimento dell'interesse di gruppo.

Occorre individuare soluzioni che consentano di coniugare il rispetto delle sovranità nazionali con le nuove esigenze produttive e gestionali dell'impresa globale. Si tratta di una sfida per le istituzioni, che devono delineare nuove regole coerenti con la realtà economica in evoluzione, e per le imprese, cui spetta il compito di adottare in via autoregolamentare soluzioni organizzative idonee a identificare i rischi, a definire in modo accurato i processi decisionali, a garantire un'assunzione consapevole delle relative responsabilità.

Per coadiuvare le imprese in questa attività il Gruppo di Lavoro Assonime ha individuato 5 strumenti che – adeguatamente calibrati in base alle caratteristiche

proprie delle singole imprese – possono contribuire a migliorare l'operatività dei gruppi multinazionali, gestire i rischi e assicurare una corretta allocazione delle responsabilità qualora questi si verifichino. Gli strumenti delineati in particolare riguardano: 1) la formalizzazione dei criteri dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento; 2) il rafforzamento della professionalità e della diversificazione degli amministratori; 3) l'analisi delle aree di rischio; 4) l'adozione di presidi organizzativi e il coordinamento delle funzioni di *Audit* e *Compliance*; 5) l'adozione di linee guida e procedure su specifiche aree di rischio.

Alla definizione delle soluzioni organizzative sopra delineate si è giunti attraverso un'indagine empirica volta a individuare le aree di rischio emergenti dall'esame di casi giurisprudenziali significativi, e dall'analisi delle prassi societarie virtuose già adottate da diverse imprese multinazionali.

I profili di indagine si sono concentrati, in particolare, su tre aree:

(i) criteri d'imputazione della responsabilità in capo alla controllante: il problema è quello di individuare quando sussistano i presupposti per l'imputazione della responsabilità della controllante e quali siano gli indici di autonomia gestionale della controllata, che possono valere per escludere la responsabilità della controllante;

(ii) corporate governance e assetti organizzativi del gruppo: il problema è quello di individuare i parametri utilizzati per l'allocazione delle responsabilità amministrative all'interno dei gruppi multinazionali. I profili problematici sono, ad esempio, quelli relativi all'accentramento di alcune funzioni a livello di capogruppo e al necessario coordinamento con le rispettive funzioni delle società controllate; l'esercizio di attività di direzione e coordinamento tramite strumenti privatistici (regolamenti di gruppo, contratti di servizio e altri); l'organizzazione del gruppo tramite *vertical functions* transnazionali; il tema del conflitto di interessi e dei flussi informativi;

(iii) gestione del rischio: il problema è quello di individuare, con riferimento ai singoli profili di rischio, quali funzioni/organi devono essere coinvolti, come costruire i rapporti tra essi e come delinearne competenze e responsabilità. La difficoltà nasce dall'articolazione territoriale del gruppo, dalla concorrenza di più normative e termini di *compliance*, dalla necessità di prevedere procedure adeguate sia a livello locale sia a livello di gruppo.

L'analisi delle prassi societarie ha evidenziato alcune soluzioni organizzative ricorrenti poste in essere dalle imprese dalle quali il Gruppo di Lavoro ha tratto utili indicazioni per la definizione degli strumenti di autoregolamentazione che possono contribuire a orientare uno sviluppo fisiologico dell'impresa multinazionale in funzione della gestione

dei rischi e delle criticità connesse alla dislocazione territoriale del gruppo e alla sua operatività sui diversi ordinamenti concorrenti.

1. UN'ANALISI CASISTICA DEI RISCHI

In questo paragrafo vengono analizzati alcuni casi in materia di: corruzione internazionale, sanzioni internazionali, antitrust, ambiente, fallimento, *day-by-day operation* e autoriciclaggio. Questi ambiti rappresentano aree di rischio significative per le imprese che operano in un contesto multinazionale e le criticità riscontrate possono essere esemplificative anche per altri ambiti, non considerati da questo *case study*, ma rilevanti per l'operatività delle stesse imprese. Si pensi, ad esempio, ai rischi esterni, come quelli relativi ai trend macroeconomici, all'evoluzione della regolamentazione, alle scelte del consumatore, all'innovazione tecnologica; al rischio Paese, economico, politico, di sicurezza; a rischi connessi al *business* strategico; a rischi da operatività intersettoriale; al *cyber-risk*[1].

I casi vengono di seguito sintetizzati e commentati, con l'obiettivo di evidenziare i rischi emersi e di individuare le principali soluzioni organizzative adottate dalle imprese.

Case Study 1 – Corruzione internazionale

Fattispecie

Alcune società di un gruppo multinazionale sono state coinvolte in una vicenda di corruzione internazionale che traeva origine dal presunto pagamento di tangenti a pubblici funzionari di uno Stato estero da parte dell'ex Presidente e Amministratore Delegato della società capogruppo A (che all'epoca dei fatti contestati rivestiva la carica di Amministratore Delegato della società controllata B) e dell'ex Amministratore Delegato di una società B per far ottenere ad una società C, a sua volta controllata da B l'aggiudicazione di una gara d'appalto per la fornitura di determinati beni.

La vicenda ha dato luogo all'apertura di un procedimento penale nei confronti delle persone fisiche e nei confronti delle società A, B e C per l'illecito amministrativo ex art. 25 del d.lgs 231/2001. All'esito di tali procedimenti le persone fisiche sono state condannate in secondo grado per aver avallato fittizi contratti di consulenza tra la

[1] Con riguardo a tale area di rischio si segnala la recente adozione nell'ambito del G7 di alcuni principi disponibili sul sito http://www.mof.go.jp/english/international_policy/convention/g7/g7_161011_1.htm volti a limitare i rischi informatici per le aziende pubbliche e private che operano nel settore finanziario.

società B e intermediari locali, volti a nascondere i pagamenti ai pubblici ufficiali stranieri. Per le società i procedimenti hanno avuto esiti diversi. La società A è stata ritenuta estranea ai fatti contestati perché la persona fisica imputata del reato non rivestiva una posizione qualificata all'interno della stessa società nel momento in cui si sono svolti i fatti e perché la società non aveva mai intrattenuto rapporti contrattuali con alcuno dei soggetti coinvolti nella vicenda. Nel disporre l'archiviazione il giudice ha altresì considerato con favore il fatto che la società avesse già da tempo adottato e costantemente aggiornato un modello di organizzazione e controllo idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi. Diversamente, le Società B e C sono state sanzionate (in misura ridotta per patteggiamento) perché il giudice ha ritenuto esistenti sufficienti elementi circa la sussistenza del fatto; la corrispondenza del fatto al reato presupposto della responsabilità ex art. 25 del d.lgs 231/2001, nonché la riferibilità della condotta dei soggetti apicali all'interesse o vantaggio delle due società. Al momento dei fatti, inoltre, le società B e C non disponevano di modelli organizzativi e presidi di controllo adeguati a prevenire il relativo rischio di reato.
Le società A, B e C sono state, infine, indagate anche dalle autorità dello Stato in cui sono state pagate le tangenti. Il procedimento estero ha dato luogo alla tempestiva sospensione e al successivo annullamento dei contratti di appalto. Recentemente è stato altresì avviato un procedimento per l'inserimento dell'intero gruppo in una *black list*, volto ad escludere le relative società da rapporti contrattuali con il governo stesso.

Aree di rischio

Il caso evidenzia in primo luogo il rischio per la società controllante di essere chiamata a rispondere per il reato posto in essere da un apicale della società controllata estera. L'esito del procedimento offre, tuttavia, una conferma della tendenza della giurisprudenza[2] a riconoscere la *holding* o altre società del gruppo responsabili per il reato commesso da una società del medesimo gruppo solo al ricorrere in concreto dei seguenti presupposti: i) concorso nel reato di un apicale o sottoposto della capogruppo o altra società del gruppo a cui si intende ascrivere la responsabilità; ii) effettivo interesse o concreto vantaggio della società stessa; iii) mancata adozione o inefficace attuazione di un modello organizzativo o di un *compliance program* equivalente idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi.

Una seconda area di rischio riguarda la possibilità per una o più società del gruppo

[2] Sul punto v. in particolare Cass. Pen., V Sez., sent. N. 24583 del 20 giugno 2011, disponibili sul sito http://www.assonime.it/dizionario231/.

di essere sottoposte a una pluralità di indagini e procedimenti penali, civili o amministrativi per uno stesso fatto in più giurisdizioni, con pesanti ricadute economiche e reputazionali per l'intero gruppo.

Un ultimo aspetto di particolare criticità che si ricava dalla vicenda, e che ricorre spesso nell'ambito di gruppi multinazionali che operano in Stati in cui è elevato il rischio di corruzione, è quello relativo alla gestione dei rapporti con gli intermediari. L'utilizzo di *agent* locali è fondamentale per reperire informazioni e per affrontare gli adempimenti amministrativi necessari all'avvio e alla prosecuzione delle attività sul posto. In questa dinamica, tuttavia, possono verificarsi distorsioni quando gli intermediari utilizzino parte delle provvigioni ottenute per veicolare pagamenti corruttivi, in assenza o in funzione complementare allo svolgimento di servizi leciti. Quando a monte di questa disfunzione – come nel caso in esame – vi sia il consenso o la consapevolezza da parte di un apicale o sottoposto riferibile alla società, potrebbe derivarne la responsabilità di quest'ultima.

Soluzioni organizzative

Le principali soluzioni organizzative adottate dall'impresa per prevenire e gestire tali rischi sono state: i) la creazione di diversi comitati a livello di capogruppo, quali ad esempio: il Comitato Organi Sociali composto dai responsabili delle principali unità organizzative (Legale, Affari Societari e *Compliance*, Amministrazione, Finanza e Controllo, Relazioni Esterne, Istituzionali e Comunicazione, Risorse Umane, Strategie, Sviluppo Business e Innovazione) incaricato di proporre le nomine per gli organi sociali delle controllate strategiche; il Comitato per la Prevenzione della Corruzione composto dai Presidenti del CdA, del Comitato Controllo e Rischi, del Collegio Sindacale e dell'OdV con compiti di coordinamento e consultazione per la prevenzione della corruzione nel gruppo; il Comitato Gestione delle Segnalazioni relative alle violazioni dei modelli 231/2001 e dei *compliance program* equivalenti, composto dai responsabili della funzione *Audit*, Legale, Risorse Umane, Sicurezza, Amministrazione Finanza e Controllo; ii) la creazione della funzione di *Internal Audit* di gruppo, operante in dipendenza diretta del CdA e sotto la supervisione del Comitato Controllo Rischi, con lo scopo di rafforzare l'attività di controllo e coordinamento sulle società operative del gruppo; iii) il rafforzamento della funzione *Compliance*, attribuendo a quest'ultima, in particolare, il compito di contribuire alla redazione di direttive volte ad indirizzare le rispettive funzioni di *Compliance* nelle singole società del gruppo, tenendo conto anche delle legislazioni dei diversi Paesi e dei settori di operatività in cui il gruppo opera; iv) l'istituzione dell'unità organizzativa di *Risk Management* con lo scopo di migliorare la *governance* di gruppo nell'area della gestione dei rischi operativi e finanziari; v) l'emanazione di direttive a livello di

gruppo in materia di anti-corruzione (con particolare attenzione alle procedure di selezione delle controparti commerciali attraverso specifiche attività di *due diligence*), nonché di direttive sull'adozione, e implementazione del modello organizzativo ex d.lgs 231/2001 e sulla composizione degli Organismi di Vigilanza; vi) l'adozione del Codice Anticorruzione di Gruppo.

***Case Study* 2 – Sanzioni internazionali**

Fattispecie

Un gruppo multinazionale ha concluso con le autorità federali statunitensi un accordo esaustivo per chiudere una serie di procedimenti pendenti relativi alla violazione della disciplina americana che proibisce alle istituzioni finanziarie di porre in essere transazioni finanziarie con persone fisiche, persone giuridiche e Stati soggetti a sanzioni economiche, in assenza di autorizzazione. Le contestazioni alla capogruppo riguardavano transazioni finanziarie realizzate, dapprima anche attraverso una filiale negli Stati Uniti e dopo essenzialmente per il tramite di una società controllata con sede in un Paese europeo, in violazione dell'embargo nei confronti di Sudan, Iran e Cuba.

Aree di rischio

Nel caso esaminato le criticità riguardano essenzialmente l'organizzazione del sistema di *compliance* del gruppo.

La principale debolezza emersa riguarda non solo e non tanto la capacità di individuare, su base globale, il compimento di operazioni vietate e il conseguente rischio di sanzioni, quanto piuttosto l'incapacità di contrastare e modificare tali pratiche. Nel corso delle investigazioni, è emerso infatti che i dipendenti e i dirigenti del gruppo erano consapevoli del fatto che le transazioni finanziarie riguardassero Stati coinvolti in attività di terrorismo internazionale e soggetti a embargo statunitense; è emerso anche che tali operazioni erano avallate dai *Senior Compliance Officers* e dai *Business Officers* della capogruppo (e della controllata svizzera), nonostante le segnalazioni ricevute da altri dipendenti e dirigenti delle funzioni di *Compliance* e Legale circa l'illegittimità delle stesse ai sensi della normativa americana.

La presenza di un *compliance program* in grado di individuare le pratiche illegali, ma non di correggerle, può rappresentare la prova della consapevolezza, da parte

dell'organizzazione, dell'esistenza di comportamenti illegali.

Soluzioni organizzative

Le soluzioni adottate dall'impresa per prevenire e gestire tali rischi hanno riguardato, in particolare: (i) l'integrazione verticale delle funzioni Legale e di *Compliance* di gruppo al fine di assicurarne l'indipendenza e l'autonomia di risorse finanziarie; ad esse riportano direttamente tutti i membri dei loro team, indipendentemente dalla collocazione geografica o dal *business* della singola società; analoga soluzione viene normalmente adottata anche per le funzioni di *Risk Management* e *Internal Audit*; (ii) la creazione di un Comitato di Supervisione e Controllo di Gruppo, normalmente composto dai responsabili delle funzioni sopra indicate (Legale, *Compliance, Risk Management e Internal Audit*) e presieduto dall'Amministratore Delegato della capogruppo, al quale riporta direttamente. Il Comitato ha di solito il compito di coordinare e assicurare la coerenza delle attività intraprese; (iii) la creazione di un Comitato sulla Condotta del Gruppo incaricato di elaborare e monitorare l'applicazione del Codice Etico e di Condotta Commerciale del gruppo; (iv) la creazione di un dipartimento ad hoc – incaricato di assicurare il rispetto dei termini di *compliance* delle normative locali applicabili alla società controllata e normalmente appartenente alla funzione *Compliance* del gruppo.

Le soluzioni organizzative adottate sono state dunque finalizzate a rafforzare la funzione di *Compliance* di gruppo, assicurandone l'effettiva indipendenza dalle *Business Units*, dotandola di risorse finanziarie adeguate e strutturando la relativa funzione, accentrata a livello di capogruppo, in chiave "verticale", prevedendo cioè un *reporting* diretto di tutte le corrispondenti funzioni del gruppo.

Case Study 3 – Antitrust

Fattispecie

La vicenda che ha coinvolto un gruppo multinazionale per la violazione di norme europee in materia antitrust trae origine dalla stipula di alcuni contratti per il potenziamento di due gasdotti, posti in essere da una società controllata con diversi *shippers*[3], successivamente risolti dalla stessa società del gruppo. La risoluzione dei contratti ha dato luogo all'apertura di un procedimento da parte della Autorità garante della concorrenza e del mercato (Antitrust) nei confronti della capogruppo per abuso di posizione dominante (ex art. 102 del TFUE), che si è concluso con l'irrogazione di un'ingente sanzione nei confronti di quest'ultima. Secondo l'Autorità la risoluzione dei contratti da parte della controllata e la conseguente interruzione della procedura di potenziamento del gasdotto era stata indirettamente determinata da una precisa strategia della capogruppo volta ad ostacolare l'ingresso di altri operatori indipendenti sul mercato nazionale dell'approvvigionamento all'ingrosso di gas naturale.

Aree di rischio

Il caso mette in luce le criticità connesse all'imputazione della responsabilità alla capogruppo, per fatti posti in essere dalle società eterodirette, con particolare riferimento alla violazione della normativa antitrust.

Secondo decisioni costanti della Commissione Europea e della Corte di Giustizia sull'applicazione di sanzioni Antitrust, affinché possa dirsi che un gruppo corrisponda ad un'unica entità economica e per l'imputazione alla capogruppo del comportamento anticoncorrenziale posto in essere dalla controllata è necessario che la capogruppo abbia la capacità di esercitare un'influenza determinante sulla controllata stessa e che abbia esercitato in concreto tale potere. L'esercizio in concreto di un'influenza determinante da parte della capogruppo deve essere provato alla luce del dato sostanziale, e quindi dell'atteggiarsi dei legami organizzativi, economici e giuridici intercorrenti tra l'insieme delle imprese interessate.

Gli indici rilevatori della natura e dell'intensità del legame strutturale intercorrente tra controllante e controllata variano a seconda dei casi sottoposti al vaglio delle autorità Antitrust; tuttavia, la prassi giurisprudenziale della Commissione ha individuato alcuni criteri di riferimento quali:

[3] Imprese che acquistano il gas da fornitori esteri o produttori nazionali e lo rivendono agli utenti termoelettrici, ai grandi utenti industriali ed alle società di vendita a clienti finali.

(i) la partecipazione al capitale, che deve essere tale da configurare un'ipotesi di controllo esclusivo; nel caso in cui la controllante detiene il 100% della controllata si ha una presunzione relativa di esercizio di influenza determinante, con conseguente onere dell'impresa di provare l'autonomia della controllata;

(ii) la dipendenza economica, che si esplica attraverso legami economici e giuridici che consentono alla capogruppo di determinare il comportamento di mercato della controllata;

(iii) la dipendenza organizzativa, che si verifica ad esempio quando la controllante ha la capacità di designare tutti o la maggioranza dei componenti degli organi di amministrazione e controllo oppure di istituire comitati di indirizzo e coordinamento, o ancora quando esistono flussi informativi relativi all'esecuzione dei piani strategici e commerciali;

(iv) la presenza di direttive o istruzioni che non permettono alla controllata di agire in autonomia.

Nella casistica dei giudizi dinnanzi alla Corte di Giustizia europea diverse sono state di volta in volta le argomentazioni che le imprese hanno provato a sostenere per superare la presunzione di responsabilità. Tra queste in particolare sono state segnalate: l'assenza di istruzioni da parte della capogruppo alla controllata volte a commettere infrazioni[4]; nonché l'assenza di influenza determinante derivante dalla circostanza che la capogruppo e la controllata operavano su mercati distinti e non verticalmente correlati[5] oppure che la controllante non avesse mai operato direttamente nel settore di attività della controllata[6]. A queste argomentazioni tuttavia la Corte ha replicato, da un lato, che ad essere in discussione non è la diretta partecipazione della controllante bensì la possibilità di quest'ultima di esercitare una influenza determinante, e dall'altro, che l'operare in mercati diversi non implica che la capogruppo non abbia gli strumenti giuridici, economici e organizzativi per esercitare un'influenza diretta o indiretta sulla politica commerciale della controllata.

Dalla giurisprudenza sembra emergere, inoltre, che l'autonomia della controllata deve passare per una sua "indipendenza oggettiva" dalla controllante dal punto di vista economico e organizzativo. Non sarebbe allora sufficiente dimostrare che la capogruppo non abbia in concreto esercitato un potere di direzione e coordinamento ma occorrerebbe dimostrare che non sia possibile l'esercizio di un tale potere.

In questo senso, la giurisprudenza ha fatto cenno ad alcune situazioni tipo in cui le

[4] Tribunale 12-10-2011 causa T-38/05.
[5] Trib. 30-09-2009 causa T-168/05.
[6] Corte, 8-05-2013 causa C-508/11 P.

parti potrebbero dimostrare l'assenza di ogni influenza di natura operativa e strategica sulla controllata, come ad esempio:

(i) nel caso in cui vi sia un investitore puramente finanziario il quale si astenga da ogni coinvolgimento nella gestione e nel controllo della partecipata; dove per investitore si intende colui che "detiene azioni in un'impresa allo scopo di fare profitti, ma che si astiene da ogni coinvolgimento nella sua gestione e controllo"[7];

(ii) in presenza di vincoli di natura giuridica che hanno l'effetto di impedire il pieno esercizio del controllo, come ad esempio in caso di legami di natura contrattuale con soggetti terzi[8] o una normativa che impedisce l'esercizio di un'influenza determinante;

(iii) nel caso in cui l'impresa abbia detenuto la partecipazione per un periodo di tempo ristretto, senza poter quindi incidere, direttamente o indirettamente, sull'attività commerciale della controllata.

La complessa organizzazione e l'operatività del gruppo multinazionale rendono, tuttavia, difficile individuare quando le circostanze indicate si verifichino e quando sia, invece, possibile ritenere che la società controllata abbia agito in forza della propria autonomia gestionale, contro la volontà e/o all'insaputa della società controllante.

Soluzioni organizzative

Dalle prassi già in uso in alcuni gruppi multinazionali emerge la tendenza a formalizzare in modo più chiaro e dettagliato l'articolazione del processo di direzione e coordinamento, anche attraverso l'uso di strumenti di diritto privato (accordi infragruppo, direttive, regolamenti, statuto, ecc.). Questa formalizzazione, che si accompagna ad una più chiara organizzazione dei processi decisionali, consente di identificare i luoghi sostanziali delle decisioni e quindi di allocare correttamente le responsabilità all'interno del gruppo multinazionale, che si muove come un'impresa unica articolata su più società, spesso fortemente specializzate.

A fronte di un'applicazione estensiva della normativa e delle sanzioni antitrust ai gruppi multinazionali, dalla prassi emerge anche l'utilità dell'adozione e dell'attuazione di efficaci programmi interni di *compliance* per scongiurare l'avvio o consentire una pronta individuazione di pratiche illecite poste in essere, in

[7] Tribunale, 12-12-2012, causa T-392/09, p.52. Questo test è stato applicato in numerose occasioni ma risulta aver avuto successo solo nella decisione della Commissione europea, 20-10-2004, Comp/38.238, par. 376.

[8] Nella sentenza del Tribunale, 13-7-2011, causa T-45/07, i funzionari del servizio giuridico della Commissione avevano sostenuto che la presunzione relativa di responsabilità sarebbe potuta essere vinta nel caso di una società agente quale trust in favore di soggetti terzi.

autonomia, da società controllate.

***Case Study* 4 – Ambiente**

Fattispecie

Un gruppo multinazionale è stato sanzionato dall'Agenzia per la tutela dell'ambiente statunitense (*Environmental Protection Agency*) con il divieto di operare in territorio americano, a seguito del grave disastro ambientale causato dall'incendio scoppiato su una piattaforma petrolifera. La vicenda ha dato luogo all'apertura di una serie di indagini e procedimenti che si sono conclusi con l'imputazione della responsabilità per violazione della normativa americana in materia di ambiente in capo a una sussidiaria del gruppo, alla società appaltatrice incaricata di costruire la piattaforma e ad un terza società che ne deteneva la proprietà. La capogruppo e altre società del gruppo sono state, invece, chiamate a rispondere quali garanti per il risarcimento del danno.

Aree di rischio

In questo caso, la principale criticità riguarda la necessità di bilanciare la vigilanza di gruppo sui rischi, con l'autonomia delle controllate ad operare secondo le proprie specifiche esigenze.

Ferma restando la funzione di vigilanza del Consiglio della capogruppo sui principali rischi del gruppo, emerge anche l'importanza di strutturare il sistema di gestione dei rischi e i relativi flussi informativi in modo da consentire l'identificazione dei rischi specifici a livello locale, anche attraverso un adeguato *reporting* alla capogruppo secondo l'approccio *bottom-up.*

Soluzioni organizzative

Tra le soluzioni adottate dall'impresa per prevenire e gestire tali rischi si segnalano, in particolare: i) la previsione di un Codice di Condotta e di modelli e procedure di *compliance* basati sui rischi, applicabili a tutte le entità del gruppo multinazionale; ii) l'introduzione di un obbligo di monitoraggio del Consiglio di Amministrazione della capogruppo e dei suoi comitati sul sistema di *compliance* adottato dalle varie società del gruppo, con particolare riguardo alla conformità degli stessi ai principi di *corporate governance* della capogruppo; iii) la previsione di un rafforzamento delle funzioni di alcuni comitati endoconsiliari , in particolare il Comitato *Audit* e quelli (eventuali) con funzioni consultive specifiche nelle aree di rischio ambientale, geopolitico o sicurezza, nonché dei comitati di coordinamento di gruppo relativi alla

gestione dei rischi legati all'attività del gruppo; iv) la ridefinizione e il rafforzamento delle competenze della funzione relativa alla gestione del rischio operativo (legato al settore di operatività del gruppo), attraverso la creazione di team indipendenti dalle linee di *business*; v) il rafforzamento del sistema di gestione del rischio in base ad un approccio sia *bottom-up,* attraverso l'individuazione e la segnalazione dei rischi da parte delle singole aree operative mediante format standard, sia un approccio *top-down* che coinvolge l'*executive management* e il Consiglio in un'attività di costante monitoraggio.

Case Study 5 – Insolvenza transfrontaliera

Fattispecie

Un gruppo multinazionale è stato coinvolto in un grave dissesto finanziario che ha dato luogo all'apertura in Italia della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi nei confronti della capogruppo e di alcune società controllate con sede in Italia.

L'eccessivo livello di indebitamento e l'incapacità della controllante di pagare i debiti in scadenza era stato causato dalla fraudolenta gestione finanziaria posta in essere da figure apicali del gruppo e dalla inadeguatezza dei sistemi di controllo che sulla stessa avrebbero dovuto vigilare.

L'insolvenza della società controllante ha coinvolto anche società sane, che a causa delle richieste di tempestivo rientro delle linee di credito da parte di istituti finanziari sono state costrette a richiedere l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria. Alla stessa procedura sono state attratte alcune società con sede nel territorio dell'Unione europea in virtù del principio del Centre of Main Interest (COMI) sancito dal Regolamento comunitario 1346/2000. Nonostante il riconoscimento a livello europeo della procedura italiana, per una società del gruppo fu aperta invece una parallela procedura di insolvenza in un altro Paese dell'Unione europea. Il caso di specie diede luogo a un lungo contenzioso sulla stessa interpretazione della nozione di COMI che si concluse dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee con la sottrazione della società estera alla procedura di amministrazione straordinaria italiana. Contestualmente, sono state aperte verso alcune società extraeuropee del gruppo diverse procedure concorsuali regolate dalle leggi fallimentari locali, non connesse e coordinate con la procedura principale italiana.

L'apertura della procedura concorsuale ha dato il via, inoltre, ad una serie di indagini penali a carico di diverse persone fisiche che hanno portato alla condanna per una serie di reati (bancarotta, aggiotaggio, associazione a delinquere, ostacolo alle funzioni di vigilanza) del Presidente e Amministratore della società controllante, nonché azionista di controllo e dominus dell'intero gruppo; di diversi membri del

consiglio di Amministrazione della stessa che rivestivano cariche esecutive e non esecutive anche nei Consigli di alcune società controllate, Direttori Finanziari, Sindaci e Revisori.

Le violazioni contestate alle figure esecutive sono state ricondotte dalla giurisprudenza che si è occupata del caso a due categorie: quelle oggettivamente fraudolente (es. operazioni di vendita fittizia; cessione di crediti falsi, creazione di società off-shore su cui far confluire le perdite del gruppo, ecc.) e quelle di per sé lecite in un contesto ordinario, ma fonte di responsabilità in un contesto di crisi (es. finanziamenti infragruppo, cessioni di crediti e acquisto di partecipazioni infragruppo, ecc.). Amministratori non esecutivi e Sindaci sono stati, invece, condannati per non aver colto i diversi segnali della crisi (continua crescita dell'indebitamento, carattere personalistico della gestione, opacità della *governance*, la duplicazione di ruoli degli amministratori di più società del gruppo; stipulazione da parte di questi di contratti in situazioni di palese conflitto di interessi ecc.).

Contestualmente alle indagini penali italiane la *Securities and Exchange Commission* ha avviato negli Stati Uniti indagini per frode su titoli in violazione della Sez. 17 (a) del *Securities Act* nei confronti della società capogruppo, che ha portato a una richiesta di condanna al pagamento di una consistente sanzione civile e a un ingiunzione permanente contro future violazioni. Il procedimento si è concluso, tuttavia, con una transazione in cui la società ha accettato l'ordine permanente che imponeva al gruppo di non violare in futuro le norme statunitensi. Nessuna sanzione è stata comminata a fronte di un impegno alla riorganizzazione della *governance* del gruppo, già oggetto del programma di ristrutturazione presentato dal commissario straordinario al Ministero delle attività produttive nel corso della procedura di amministrazione straordinaria.

Con una transazione avente ad oggetto un accordo economico si è conclusa, infine, la *class action* avanzata presso il Tribunale di New York dai risparmiatori truffati e coinvolti nel crack finanziario del gruppo.

Aree di rischio

Il caso in esame consente di individuare i principali rischi, fonte di responsabilità, in cui incorre il gruppo multinazionale quando si manifesta l'insolvenza di una o più società del gruppo. Tali rischi sono riconducibili principalmente a tre categorie: 1) rischi connessi alle operazioni che precedono l'apertura di procedure concorsuali e che possono determinare, accanto alla responsabilità penale degli autori del fatto, anche responsabilità da direzione e coordinamento della controllante per aver agito in qualità di agent delle controllate oppure per non aver strutturato presidi organizzativi di gruppo idonei ad intercettare i segnali di crisi provenienti dalle

cotrollate; 2) rischio di effetto domino della crisi; 3) rischi connessi alla moltiplicazione dei procedimenti e all'individuazione della legge e della giurisdizione applicabile in caso di insolvenza del gruppo.

1. Quando una o più società del gruppo si avvicinano allo stato di crisi o di insolvenza i meccanismi che regolano il funzionamento del gruppo in una situazione ordinaria, subiscono delle alterazioni. Gli Amministratori delle diverse società che lo compongono devono tener conto più incisivamente degli obblighi verso la società che amministrano e verso i loro creditori. Ne consegue, che operazioni di per sé lecite in tempi normali – generalmente compensate in un'ottica di vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo – diventano in prossimità dell'insolvenza gravemente censurabili in termini di responsabilità degli Amministratori della capogruppo. Questa criticità può essere acuita – in assenza di adeguati contrappesi – dalla duplicazione di ruoli esecutivi in capo a stessi soggetti nell'ambito delle diverse società del gruppo. Tale circostanza – anche al di fuori di casi di rilevanza penale – determina, infatti, spesso situazioni di conflitto di interesse difficili da gestire e che possono ripercuotersi negativamente sull'attività dell'intero gruppo.

2. Gli effetti reputazionali connessi allo stato di crisi del gruppo generalmente si riverberano anche su società sane appartenenti allo stesso, determinandone situazioni di tensione finanziaria e, nei casi più gravi, dando luogo all'apertura di procedure concorsuali nei loro confronti. Altro problema di carattere operativo per il gruppo che si pone in conseguenza del cd. effetto domino della crisi, si verifica quando presso le società fallite sono accentrate determinate funzioni (es. Tesoreria Accentrata, Trading, ecc.). In questo caso il fallimento della società rende impossibile svolgere quelle determinate funzioni nell'ambito del gruppo e impone tempestive riorganizzazioni.

3. In caso di crisi di gruppi multinazionali ciascuna società è soggetta alle norme del Paese di costituzione, che spesso regolano in maniera sensibilmente diversa sia il regime dell'insolvenza, sia quello delle responsabilità degli Amministratori. In tali casi occorre distinguere tra società con sede nel territorio dell'Unione europea e società con sede al di fuori dello stesso. Nel primo caso trovano applicazione le disposizioni del Regolamento europeo n. 1346/2000, recentemente modificato e sostituito dal Regolamento europeo n. 848/2015. Nel secondo si applicano, invece, le convenzioni internazionali e/o bilaterali ove esistenti e, in assenza di queste, le ordinarie regole del diritto internazionale privato.

Soluzioni organizzative

Per prevenire i rischi connessi a situazioni di insolvenza è fondamentale la predisposizione da parte della società controllante di assetti organizzativi, amministrativi e contabili che siano idonei a cogliere tempestivamente i segnali di allarme della crisi o dell'insolvenza provenienti da una o più società controllate. Queste ultime devono, a loro volta, strutturare i propri processi interni in modo da garantire il rispetto di adeguati flussi informativi alla capogruppo in relazione ai segnali di crisi.

Tra le principali soluzioni adottate a tal fine nel caso di specie si segnalano: i) la formalizzazione delle procedure di gruppo e delle procedure per l'esercizio del potere di direzione e coordinamento della capogruppo, strutturate in modo da garantire la tracciabilità dei processi decisionali; la valorizzazione delle sinergie di gruppo; l'uniformità della condotta delle società del gruppo; l'obbligo di benestare preventivo/informativa della capogruppo, a seconda dei casi, per determinate operazioni di rilevante impatto per il gruppo; iii) il rafforzamento dell'indipendenza degli Amministratori e l'approvazione di un Codice di Autodisciplina approvato dagli Amministratori della capogruppo relativi all'attività consiliare; iv) il rafforzamento del sistema di controllo interno e l'attivazione della funzione di *Internal Audit* di gruppo; v) l'adozione di un Codice di Condotta per le società del gruppo; vi) l'adozione del modello organizzativo 231/2001.

Case Study* 6 – *Day-by-day operation

Fattispecie

Dalla prassi societaria, sono emerse alcune problematiche ricorrenti in relazione all'operatività *day-by-day* dei gruppi multinazionali, in particolare con riferimento alle società controllate italiane sottoposte a direzione e coordinamento di una capogruppo estera.

Aree di rischio

Una prima criticità emerge in caso di ritardata o omessa rilevazione, e comunicazione al pubblico, della sussistenza di una situazione di direzione e coordinamento: in questo caso, infatti, viene meno l'applicazione dello statuto organizzativo dei gruppi previsto dalla disciplina codicistica, in particolare della disposizione dell'art. 2497-bis, che richiede una completa e trasparente informativa al mercato della soggezione a eterodirezione (la norma prevede una precisa responsabilità degli amministratori in caso di inottemperanza) e della disposizione dell'art. 2497-ter che obbliga a motivare analiticamente le decisioni, con puntuale

indicazione delle ragioni e degli interessi coinvolti, incluso quello di gruppo.

Un'altra criticità emerge in caso di operazioni infragruppo, come ad esempio l'acquisto di un asset della controllante da parte della controllata, in cui maggiore appare il rischio di un abuso di controllo da parte della controllante, con sua conseguente responsabilità, ma sui quali anche gli Amministratori della controllata sono chiamati a vigilare con speciale attenzione per non essere ritenuti essi stessi responsabili per violazione dei propri doveri. In questo tipo di operazioni, si pongono due temi fondamentali per gli Amministratori della controllata: quello del corrispettivo dell'operazione e della sostenibilità dell'operazione per la controllata.

Più in generale, il tema della responsabilità si pone quando il Consiglio di Amministrazione della società controllata conferma una decisione presa altrove. Occorre allora stabilire fin dove può spingersi l'attività di direzione e coordinamento e quali sono gli ambiti di "resistenza" del Consiglio di Amministrazione della controllata; fondamentale appare poi essere l'adeguata motivazione delle decisioni influenzate dall'attività di direzione e coordinamento, come richiesto dalla disciplina sui gruppi (art. 2497-ter).

Altro tema è quello del conflitto di interessi dei Consiglieri che in virtù di incarichi particolari, come ad esempio quello di responsabile della funzione della capogruppo, siano a conoscenza di informazioni anche dannose per la controllata e devono rispondere a due doveri confliggenti: quello di riservatezza nei confronti della capogruppo e quello di adeguata informazione del rischio potenziale nei confronti della società controllata.

Soluzioni organizzative

Diverse sono le soluzioni organizzative adottate nella prassi per affrontare queste aree di rischio. Tra questi, in particolare si segnalano: (i) la definizione della composizione del Consiglio di Amministrazione in modo da garantire il profilo dell'adeguata professionalità ma anche quello della necessaria indipendenza; (ii) l'adozione di un regolamento di gruppo, in particolare per formalizzare gli ambiti e i limiti dell'attività di direzione e coordinamento e, contestualmente, chiarire gli ambiti di resistenza degli amministratori della controllata; (iii) l'adozione di procedure interne di gruppo per regolare il processo decisionale; (iv) l'adozione di procedure interne sui conflitti di interesse e sulle operazioni con parti correlate; (v) un'adeguata motivazione delle decisioni influenzate dall'attività di direzione e coordinamento.

Case Study 7 – Autoriciclaggio e false comunicazioni sociali

Fattispecie

Dall'introduzione nel nostro ordinamento del nuovo art. 648-*ter*.1, c.p., conseguono problemi relativi all'adeguatezza dei sistemi di controllo interno delle società del gruppo transnazionale e all'efficacia dei modelli organizzativi adottati ai sensi del d.lgs. 231/01 per prevenire il rischio di reato di autoriciclaggio. In mancanza di un intervento chiarificatore della giurisprudenza, che non si è ancora mai pronunciata su un caso di autoriciclaggio che coinvolga società multinazionali, formuliamo un' ipotesi di scuola per segnalare alcune possibili criticità che possono derivare dalla nuova norma.

Tizio, Amministratore della società A avente sede legale in Italia e appartenente ad un gruppo societario multinazionale, con l'intenzione di ingannare i soci e al fine di conseguire un ingiusto profitto, espone nel bilancio della società e nelle relazioni dirette ai soci della medesima, artificiose poste di debito nei confronti di un'altra società del gruppo, a fronte di operazioni economiche mai avvenute, alterando sensibilmente la rappresentazione della situazione economica della società e creando un c.d. "fondo nero", che rimane nella sua disponibilità, con correlativo danno per la società. Successivamente Tizio impiega il predetto fondo nero, investendolo in attività economiche della società B, collegata della società A, con sede in un Paese *Offshore* del tutto estranee all'oggetto sociale della società A, per sviluppare una nuova linea di *business*.

La vicenda vede uno stesso soggetto (amministratore della *holding*) integrare due diverse fattispecie di reato: le false comunicazioni sociali (art. 2622 c.c.) e l'autoriciclaggio (art. 648-*ter*.1, c.p.). Il profitto del reato di false comunicazioni sociali, che si sostanzia in un risparmio di spesa, viene reimpiegato dall'Amministratore in un'attività lecita, mediante una condotta artificiosa che rende concretamente difficile stabilire la provenienza della somma. Il sistema sanzionatorio italiano prevede sia la responsabilità penale personale dell'autore per entrambi i reati commessi, sia la responsabilità amministrativa della società ai sensi del d.lgs. 231/01. Per tutte le ipotesi richiamate è prevista la confisca del profitto del reato.

Aree di rischio

Una prima difficoltà che riguarda la gestione del rischio per le multinazionali si coglie nel fatto che, oggi, non tutti gli Stati hanno previsto il reato di autoriciclaggio. Occorre dunque che le società del gruppo siano tutte consapevoli dell'esistenza di questo rischio di reato e adottino procedure comuni o condivise idonee a prevenire la commissione di condotte di autoriciclaggio. In particolare, occorre evitare comportamenti opportunistici di elusione della norma imperativa realizzati attraverso

l'adozione di una condotta che, avvalendosi di legislazioni più favorevoli cui sono soggette società del gruppo, riduca il rischio di sanzioni. Cautele devono essere assunte e raccomandate dalla Capogruppo quando, come nell'esempio, all'interno del gruppo multinazionale siano presenti società *Offshore, Trust,* o quando società controllate o collegate abbiano la sede in Paesi a rischio corruzione, terrorismo ecc. Si rammenta infatti che la scelta di punire oltre al riciclaggio anche l'autoriciclaggio si deve alla normativa sovranazionale che raccomanda la punibilità di questo reato al fine di contrastare fenomeni che possano alterare significativamente l'economia, il mercato e la libera concorrenza, pregiudicando anche l'attività della giustizia chiamata a contrastare tali fenomeni.

Un'altra criticità deriva dalle caratteristiche specifiche del reato di autoriciclaggio, che coinvolge in prima persona una figura apicale o sottoposta di una delle società del gruppo quando commetta, in qualità di autore esclusivo del reato o a titolo di concorso, sia il reato presupposto sia il reato di autoriciclaggio.

Una terza criticità si coglie considerando l'ulteriore elemento specializzante della fattispecie descritta dall'art. 648-*ter*.1 che lo differenzia, sul piano della condotta, dal riciclaggio e che è costituito dalla concreta idoneità della condotta a ostacolare la tracciabilità del percorso del provento illecito reimpiegato in attività lecite. Nell'esempio, la scelta del manager, autore del reato di false comunicazioni sociali, di impiegare i proventi del reato investendoli in una società *Offshore* per sviluppare una nuova linea di *business*, costituisce quell'ostacolo concreto alla possibilità di tracciare il percorso del denaro che è determinante per l'applicazione della norma.

Un'ulteriore difficoltà di *compliance* deriva dalla necessità di adottare procedure in grado di garantire la segnalazione delle operazioni sospette.

Soluzioni organizzative

Per valutare il rischio di autoriciclaggio alla luce della mappatura già esistente dei rischi di reato rilevanti ai sensi del d. lgs. 231/01 può essere utile integrare le ipotesi di reato presupposto (es. false comunicazioni sociali) con una casistica di autoriciclaggio, intervenendo poi sui processi sensibili. Sarebbe altresì opportuno rafforzare le misure già adottate in un modello organizzativo 231/01 con riguardo al reato di riciclaggio e di reimpiego di capitali illeciti mediante: 1) una chiara attribuzione di ruoli e responsabilità degli organi (con un funzionigramma, non solo un organigramma); 2) la separazione tra funzioni decisorie e gestorie; 3) flussi informativi interni e esterni alla società adeguati; 4) l'affidamento delle funzioni di

controllo all'organo di controllo interno e agli eventuali comitati controllo rischi; 5) una particolare attenzione all'attività dell'Organismo di Vigilanza, con riferimento alle procedure di trasparenza relative all'attività finanziaria direttamente riferibile agli apicali o a chi riveste un ruolo sensibile all'interno della società con poteri di movimentazione di denaro.

Ciò è necessario anche quando la capogruppo è estera e solo una controllata è italiana, sia perché vi è comunque giurisdizione del giudice italiano per il reato commesso in parte all'estero quando nel territorio dello Stato si sia verificato anche solo un frammento della condotta, sia perché trova applicazione il d.lgs. 231/01, normativa che deve essere conosciuta anche dalla capogruppo, sebbene essa non vi sia assoggettata. Se, infatti, l'equilibrio per le multinazionali è dato dal bilanciamento tra l'esigenza di coordinamento centralizzato e quella di autonomia delle imprese locali, per il rischio di legalità la bilancia non può che pendere a favore della armonizzazione massima dei *compliance programs*. A tal fine sarebbe opportuno che la società capogruppo impartisse direttive alle società controllate tali da consentire a ciascuna di esse di valutare la provenienza degli importi economici che affluiscono nel suo patrimonio, di beni o utilità ricevute dall'esterno e degli importi economici in uscita. Tutte le società del gruppo dovrebbero verificare l'adeguatezza delle procedure aziendali: di controllo sulle somme in entrata e in uscita; sulla regolarità dei flussi finanziari e dei pagamenti da o verso terzi, in particolare con riferimento a pagamenti verso c/c a favore di fornitori/clienti/partner in paradisi fiscali o in Paesi a rischio terrorismo; sulla regolarità di pagamenti e/o operazioni infragruppo; di registrazione delle fatture; di segregazione funzionale tra chi autorizza e gestisce le operazioni; di tracciabilità dei processi di decisione e autorizzazione; di gestione dei rapporti con controparti estere.

Le procedure devono essere idonee a cogliere gli indici di anomalia connessi a scambi di beni o servizi ovvero di frode, specie in relazione a operazioni fiscali. E' utile integrare i presìdi previsti per il controllo sulla correttezza degli adempimenti tributari da parte degli enti, monitorando in modo non solo formale il rischio di compiere reati fiscali che comportano risparmi di spesa e possano poi essere reimpiegati nell'attività di impresa. È essenziale mappare tutte le attività di pianificazione ed esecuzione delle operazioni di *transfer pricing* tra società appartenenti allo stesso gruppo di impresa.

Si suggerisce, infine, di rafforzare i presìdi a tutela della riservatezza e della sicurezza dei segnalanti e di incoraggiare le segnalazioni di violazioni potenziali o effettive della normativa di prevenzione, introducendo meccanismi di *wistleblowing* analoghi a quelli sperimentati nell'ambito della pubblica amministrazione e del sistema bancario e finanziario.

2. PRIME CONCLUSIONI DELL'INDAGINE

Dall'esame dei casi e delle prassi societarie svolto nel paragrafo precedente emergono degli elementi comuni che consentono di trarre alcune conclusioni sulle principali aree di rischio in cui incorre il gruppo multinazionale, riconducibili alle tre categorie indicate in premessa:

(i) criteri di imputazione della responsabilità in capo alla controllante:

Dall'analisi emerge come la migrazione della responsabilità della controllata in capo alla società controllante non derivi dal presupposto della mera appartenenza al gruppo, né dalla sussistenza di un interesse di gruppo astrattamente considerato, ma è ad essa riconducibile in virtù dei poteri di direzione e coordinamento concretamente esercitati. Affinché la capogruppo o altra società del gruppo stesso possa essere chiamata a rispondere per il fatto commesso dalla controllata è necessario che l'autonomia di quest'ultima sia solo apparente e che abbia agito sotto l'influenza e nell'interesse della controllante. In linea generale si può ritenere che il sistema sanzionatorio sia applicabile alla holding quando questa di fatto svolga direttamente l'esercizio dell'impresa controllata, anche per interposta persona. In caso di insolvenza di una o più società del gruppo, l'imputabilità alla controllante della responsabilità da direzione e coordinamento, può invece più specificatamente derivare da quelle operazioni che precedono l'apertura delle procedure concorsuali. Ciò può verificarsi o nel caso in cui la controllante agisca in qualità di *agent* delle controllate, oppure quando la stessa non abbia strutturato presidi organizzativi di gruppo idonei ad intercettare i segnali di crisi provenienti dalle controllate.

Su tale aspetto, ciò che si ricava dall'analisi dei casi e dalle prassi già in uso in alcuni gruppi multinazionali è che una formalizzazione più chiara e dettagliata dell'articolazione del processo di direzione e coordinamento, anche attraverso l'uso di strumenti di diritto privato (accordi infragruppo, direttive, regolamenti, statuto, ecc.), potrebbe facilitare l'identificazione della responsabilità sostanziale dell'ente in tutti quei casi in cui non è chiaro se la controllata abbia agito secondo le direttive ricevute dalla capogruppo oppure se abbia agito in modo autonomo.

(ii) *Corporate governance* e assetti organizzativi del gruppo:

Per prevenire i rischi individuati nei diversi casi e per gestirne le eventuali ricadute economiche e reputazionali diverse imprese multinazionali hanno adottato alcune misure per riorganizzare la *governance* e gli assetti organizzativi del gruppo.

Le misure più frequentemente adottate hanno riguardato in particolare: i) il

rafforzamento del ruolo di direzione e coordinamento della capogruppo e la contestuale valorizzazione del ruolo pro-attivo delle società controllate (approccio *bottom-up*); (ii) la valorizzazione della specializzazione delle funzioni nelle società controllate e il coordinamento delle stesse, anche attraverso la creazione di comitati; iii) l'adozione di codici di condotta applicabili a tutti i componenti del gruppo multinazionale.

Ulteriori misure utili per riorganizzare la *governance* e gli assetti del gruppo in funzione di una più accurata prevenzione e gestione dei rischi, sono: (i) l'adozione di un regolamento di gruppo, volto a formalizzare gli ambiti e i limiti dell'attività di direzione e coordinamento e, contestualmente, chiarire gli ambiti di resistenza degli Amministratori della controllata; (ii) l'adozione di procedure interne di gruppo per regolare il processo decisionale; (iii) l'adozione di procedure interne sui conflitti di interesse e sulle operazioni con parti correlate.

(iii) Gestione del rischio:

Un elemento ricorrente nella casistica esaminata è il rischio per le società che fanno parte di un gruppo multinazionale di essere sottoposte per uno stesso fatto relativo ad una o più società del gruppo ad una molteplicità di indagini e procedimenti penali avviati da autorità di Paesi diversi.

Le principali prassi societarie adottate dalle società per garantire un'efficiente gestione di tale rischio riguardano in particolare: i) il rafforzamento delle funzioni di *Compliance,* volto a garantirne l'effettiva indipendenza dalle *Business Unit* e la necessaria e sufficiente autonomia finanziaria; ii) l'adozione del modello organizzativo 231 in ciascuna società del gruppo nel rispetto delle direttive impartite dalla capogruppo; iii) l'adozione di *compliance program* di gruppo a cui tutte le entità anche quelle estere devono uniformarsi, salva restando l'autonomia delle controllate ad operare secondo le specifiche esigenze con possibilità per le stesse di adottare dei propri *compliance program* qualora sia richiesto dalle normative locali dei Paesi in cui operano; iv) la revisione periodica delle *policy* e dell'applicazione dei diversi *compliance program*. In alcuni casi sono stati creati appositi uffici con funzioni di *compliance* localizzati nel territorio in cui operano le società controllate; v) l'adozione di misure per la prevenzione di specifici rischi, quali il rischio di autoriciclaggio e di insolvenza (es. monitoraggio e gestione dei flussi finanziari, linee guida su procedure di segnalazione operazioni sospette, ecc.).

Al fine di valutare l'efficacia e l'adeguatezza del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi alcune imprese multinazionali si sono avvalse, inoltre, della creazione di una funzione *Audit* di gruppo che a livello operativo, interagisce direttamente con il Consiglio di Amministrazione e opera sotto la supervisione del

relativo Presidente. La funzione *Audit* di gruppo ha poi il compito di coordinarsi funzionalmente con le funzioni *Audit* chiamate a svolgere la loro attività nell'ambito delle singole società controllate. Tale coordinamento funzionale si può esplicare attraverso l'approvazione di un Piano di "*Audit*" definito a livello di Gruppo e basato sulla preventiva identificazione dei rischi aziendali.

3. PRINCIPI GUIDA E STRUMENTI OPERATIVI

Dall'indagine casistica emerge che per migliorare l'operatività delle imprese multinazionali occorre intervenire sulle prassi che regolano il Gruppo, utilizzando gli strumenti privatistici a disposizione, sia per gli aspetti di governo dell'impresa che di *best practice* societaria. Ne scaturiscono alcuni principi che possono rappresentare una prima guida per le imprese che operano in più Paesi.

Gli strumenti di seguito delineati riprendono modelli di comportamento seguiti nell'esperienza concreta di alcuni gruppi multinazionali e non intendono in alcun modo suggerire che prassi difformi siano inadeguate o inopportune.

1. Formalizzazione dei criteri dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento

Per incrementare l'efficienza e la stabilità della gestione del gruppo multinazionale è opportuno ricostruire e formalizzare in modo trasparente la *governance* e le interrelazioni di gruppo, con una precisa individuazione delle funzioni, dei compiti e dei ruoli attribuiti alle società coinvolte nel processo di direzione e coordinamento.

E' altresì opportuno che la società capogruppo formalizzi procedure, regole di comportamento e controllo sulle attività sensibili del gruppo, al fine di valorizzare le sinergie di gruppo e di garantire una condotta uniforme dello stesso.

Il grado di formalizzazione di tali procedure deve tener conto delle caratteristiche specifiche del singolo gruppo considerato.

La formalizzazione delle procedure di gruppo, in modo trasparente e documentabile, favorisce una partecipazione dialettica degli organi delle società controllate al processo di elaborazione delle politiche di gruppo. Essa non implica l'esautoramento dei poteri di tali organi che sono sempre chiamati a valutare discrezionalmente le direttive impartite

nell'ambito della pianificazione unitaria e a chiedere chiarimenti o a discostarsene quando ritenute dannose per la società.

Le esigenze di formalizzazione delle procedure possono variare in relazione alle caratteristiche specifiche che contraddistinguono i diversi gruppi multinazionali. La specificazione dei poteri e doveri delle diverse società del gruppo potrà essere meno accentuata in quei gruppi costituiti da società che operano tutte nello stesso settore e la cui offerta di beni e servizi si propone direttamente al mercato, rispetto ai gruppi composti da società che svolgono diversi stadi del processo produttivo o che operano in settori diversi.

La formalizzazione dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento e procedure di gruppo può essere attuata dalla società capogruppo attraverso l'adozione di direttive, linee guida e raccomandazioni calibrate su specifiche esigenze, ma può essere strutturata anche attraverso il ricorso a strumenti dell'autonomia privata idonei ad attribuire un carattere programmatico e una maggiore stabilità alla gestione unitaria del gruppo.

Un primo strumento utile a tal fine è quello del regolamento di gruppo. Attraverso tale regolamento la società capogruppo può disciplinare organicamente flussi informativi, sfere di competenza, poteri e doveri degli organi di vertice delle società, limiti all'autonomia delle società controllate, strumenti di gestione dei rischi, programmazione e controllo nell'ambito dell'intero gruppo. Esso deve, tuttavia, essere strutturato in modo da rispettare la disciplina legale, regolamentare e statutaria delle singole società controllate. Gli statuti delle società controllate, a loro volta, devono risultare conformi alle prescrizioni del regolamento adottato dalla società capogruppo e i rispettivi organi devono operare in aderenza a quanto stabilito nel regolamento, ferma restando la possibilità per questi ultimi di segnalare alla capogruppo eventuali ostacoli nell'adempimento.

L'adesione della società controllata al regolamento di gruppo deve essere analiticamente motivata in quanto decisione influenzata dall'esercizio della direzione unitaria.

Il processo di direzione e coordinamento può essere adeguatamente formalizzato anche attraverso previsioni contrattuali volte a disciplinare i rapporti tra la capogruppo e le singole società che lo compongono (es. contratti di coordinamento gerarchici; contratti per prestazioni di servizi strumentali all'attività di direzione e coordinamento; rilascio di procure infragruppo per la delega di atti e/o specifiche funzioni alla controllante). Queste modalità appaiono utili, in particolare quando l'accentramento o il trasferimento anche parziale di poteri gestionali alla capogruppo non intenda

coinvolgere in pari misura tutte le società controllate e si intenda lasciare margini di autonomia più ampi ad alcune di esse.

2. Rafforzamento della professionalità e diversificazione degli amministratori

Per assicurare un sistema di *governance* equilibrato ed efficiente e ridurre i rischi di conflitto d'interesse è opportuno valutare adeguatamente la professionalità e la diversità dei componenti dei consigli di amministrazione delle società del gruppo.

È opportuno, altresì, valutare l'adozione di procedure specifiche per l'approvazione delle operazioni infragruppo.

La composizione del Consiglio di Amministrazione sia della capogruppo, sia delle controllate è fondamentale per garantire il processo dialettico all'interno del gruppo.

L'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento implica il potere-dovere del Consiglio d'Amministrazione della capogruppo di elaborare (e di trasmettere alle controllate) le direttive strategiche (anche sull'assetto organizzativo), le linee di indirizzo gestionale e di vigilanza dell'impresa di gruppo. Un'adeguata composizione del CdA della capogruppo è funzionale a garantire che l'esercizio di tale attività preveda un corretto bilanciamento tra il perseguimento dell'interesse di gruppo e quello delle singole società controllate.

Nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento la capogruppo può anche valutare la possibilità di accentrare/coordinare, alcune funzioni di alta amministrazione e supervisione strategica, come ad esempio quelle di *Compliance, Internal Audit*, Gestione del Rischio e Legale. Tale accentramento/coordinamento può realizzarsi anche attraverso la costituzione di appositi comitati intraconsiliari con funzioni propositive o consultive. I comitati possono svolgere utilmente un ruolo istruttorio, che si esplica nella formulazione di proposte, raccomandazioni e pareri, al fine di consentire al consiglio stesso di adottare le proprie decisioni con maggiore cognizione di causa. Tale ruolo può essere particolarmente efficace in relazione alla gestione di materie che appaiono delicate perché fonte di potenziali conflitti di interesse. La composizione dei comitati è allora un elemento chiave per il suo corretto funzionamento: ad esempio, con riferimento ai comitati che possono essere interessati alla vigilanza di gruppo (Legale, *Compliance*, Gestione del Rischio e Controllo Interno) può essere utile prevedere la partecipazione dell'Amministratore Delegato per

garantire il necessario collegamento con la gestione operativa e rafforzare il ruolo strategico della *compliance*.

Quando l'impostazione delle politiche e delle strategie aziendali è accentrata nella capogruppo, il ruolo del Consiglio della società controllata risulta più specializzato. Proprio in virtù di tale specializzazione il CdA della controllata dovrebbe contribuire alla definizione della strategia di gruppo definita dalla holding fornendo informazioni e input relativi alla realtà operativa locale e alle esigenze della società stessa. Questa funzione può essere meglio svolta in presenza di un'organizzazione di gruppo in cui sia formalizzata la creazione di comitati infragruppo.

Per garantire questo ruolo pro-attivo delle società controllate è fondamentale che i membri del CdA delle stesse abbiano adeguati requisiti di professionalità e sia garantita una diversificazione fra essi.

Una situazione potenzialmente critica è quella delle operazioni infragruppo dove maggiore è il rischio di conflitto di interessi tra la società eterodiretta e la capogruppo. Strumenti utili per affrontare tale criticità possono essere, oltre all'adeguata composizione del CdA in termini di professionalità e diversificazione dei suoi membri, anche l'adozione di specifiche procedure per l'approvazione delle procedure infragruppo.

3. Analisi delle aree di rischio

L'adozione di presidi organizzativi adeguati richiede una preventiva mappatura dei rischi del gruppo che tenga conto della legislazione applicabile nei diversi ordinamenti in cui il gruppo opera.

E' opportuno che la tassonomia dei rischi sia definita a livello centrale da parte delle strutture della capogruppo che abbiano un'ampia visione sull'operatività aziendale (es. *Risk Management, Audit*), mentre l'identificazione dei rischi specifici di ciascun processo, la loro descrizione e valutazione sia effettuato a livello locale dalle singole società controllate. In ogni caso è opportuno assicurare la massima interazione e comunicazione tra strutture centrali e strutture locali attraverso la predisposizione di adeguati flussi informativi.

La mappatura dei rischi deve, infine, riguardare anche ambiti che si estendono oltre la disciplina penale/amministrativa della responsabilità delle persone giuridiche.

4. Adozione di presidi organizzativi e coordinamento delle funzioni di *Compliance* e *Audit*

Per prevenire e gestire in modo omogeneo ed efficiente i potenziali rischi che possono avere ricadute nell'ambito del gruppo devono essere adottati adeguati presidi organizzativi e sistemi di controllo interni sia a livello di gruppo che di singola società. Tali presidi devono, altresì, tener conto dei diversi standard imposti dalle legislazioni dei diversi Paesi nei quali il gruppo opera.

A tal fine appare opportuno un adeguato coordinamento delle funzioni di *Compliance* e *Audit* da parte della capogruppo. E' altresì opportuno prevedere, ove esistenti, il coinvolgimento delle corrispondenti funzioni delle società controllate.

Per garantire unità di indirizzo nella gestione imprenditoriale di gruppo le competenze di alta gestione e direzione strategica di supervisione e controllo devono essere delineate in una prospettiva di gruppo. A tal fine è opportuno coordinare le principali funzioni aziendali a livello della holding. Il Consiglio della società controllata è comunque responsabile del monitoraggio sulla gestione, che si esplica normalmente attraverso la gestione del rischio, l'a*udit* e la c*ompliance*.

Quando tali funzioni di supervisione sono coordinate a livello di capogruppo appare fondamentale che le stesse funzioni a livello locale, ove esistenti, assicurino la massima interazione e comunicazione con le strutture centrali.

In particolare, il coordinamento della funzione di *Compliance* può essere realizzato attraverso l'adozione di un *compliance program* di gruppo, cui le società controllate devono adeguarsi assicurando un costante flusso informativo che riporti tempestivamente alla capogruppo le informazioni inerenti le situazioni di rischio.

Al fine di valutare l'efficacia e l'adeguatezza del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi del gruppo, appare altresì opportuno che la funzione *Audit* della capogruppo si coordini con le funzioni *Audit* chiamate a svolgere la loro attività nell'ambito delle singole società controllate, anche attraverso l'approvazione di un Piano di "*Audit*" definito a livello di gruppo.

Un ulteriore strumento per il coordinamento delle funzioni è rappresentato dalla creazione di comitati infragruppo, a cui partecipano Amministratori e Dirigenti della capogruppo e delle controllate. Questi comitati non costituiscono organi o articolazioni

organizzative a rilievo esterno ma assumono il valore di modalità di svolgimento delle funzioni attribuite agli organi medesimi nell'ambito delle rispettive società.

5. Adozione di Linee guida e procedure su specifiche aree di rischio

Appare, altresì opportuno che la capogruppo adotti direttive e linee guida su specifiche aree di rischio (inclusi modelli 231 o equivalenti), nonché l'adozione di Codici di Condotta vincolanti per tutte le società del gruppo.

Accanto al coordinamento delle funzioni strumenti utili per una gestione unitaria ed efficiente dei principali rischi del gruppo sono l'adozione di direttive o linee guida della capogruppo su specifici profili di rischio; modelli 231 o equivalenti, Codici di Condotta.

L'adozione di linee guida e direttive su specifiche aree di rischio e su strumenti utili in funzione di prevenzione (es. per il rischio di corruzione direttive su gestione rapporti con intermediari, *due diligence* e standard contrattuali da utilizzare, *wistleblowing,* ecc.), devono mirare al perseguimento di determinati obiettivi piuttosto che a prescrivere regole vincolanti, in modo da consentire alle società controllate di tenere conto delle specificità locali in cui le stesse operano e delle relative normative. Le funzioni interessate e il management della società operante nel singolo Paese dovranno garantire il rispetto delle direttive impartite e assicurare l'adeguato scambio informativo con la società capogruppo.

E' opportuno che la società capogruppo e le società controllate adottino anche specifici presidi organizzativi idonei a cogliere tempestivamente quei segnali di difficoltà, di crescente tensione finanziaria e di aggravamento degli indici di rischio che caratterizzano la fase che si colloca in un'area intermedia tra l'operatività ordinaria del gruppo e lo stato di crisi o insolvenza di una o più società dello stesso. Allo stesso modo occorre raccomandare anche l'adozione di procedure idonee a garantire la tracciabilità dei flussi finanziari sia all'interno di ogni società sia nelle operazioni infragruppo (es. per il rischio di riciclaggio o autoriciclaggio).

Con riferimento alla disciplina della responsabilità penale/amministrativa degli enti è opportuno che la capogruppo valuti la necessità di sollecitare le società controllate italiane ad adottare propri modelli 231, possibilmente indicando le modalità attuative in funzione dell'assetto organizzativo e operativo del gruppo. La stessa società deve, altresì sollecitare le controllate estere ad adottare programmi di *compliance* idonei ad adeguarsi alle eventuali normative equipollenti presenti nei singoli Paesi di riferimento,

e indicare regole di comportamento e principi di controllo da seguire qualora operino in Italia.

L'adozione di un Codice Etico vincolante per tutte le società del gruppo rappresenta, infine, un importante strumento di *governance* funzionale a garantire uniformità nella condotta delle diverse entità che compongono il gruppo a prescindere dal Paese nel quale esse operano, nonché a rafforzare l'impegno etico e professionale del gruppo stesso a prevenire situazioni patologiche da cui possa derivare forme di responsabilità d'impresa e relativi rischi reputazionali.

PARTE II – ASPETTI FISCALI

INTRODUZIONE

Già si è accennato nella prima parte del documento dedicata agli aspetti societari, che i modelli di *business* delle imprese multinazionali si sono profondamente evoluti alla ricerca di sempre maggiori margini di competitività per rimanere "nel mercato".

In particolare, all'esito di complesse operazioni di ristrutturazione aziendale, i grandi gruppi hanno riconvertito i tradizionali modelli *country specific* – ove le entità sorelle, controllate da una o più *subholding*, conducevano in parallelo le medesime attività tipiche in differenti realtà territoriali – nei c.d. modelli globali, basati sulla centralizzazione delle funzioni, la frammentazione della produzione (per stadi e funzioni) e l'integrazione verticale di tutte le strutture del gruppo.

La maggiore specializzazione e la distribuzione delle diverse funzioni di *business* tra le singole società del gruppo – nessuna delle quali svolge più, per intero, tutte le fasi tipiche dell'attività d'impresa (ricerca, produzione, commercializzazione e vendita) – comportano che l'attività di ciascuna viene a "dipendere" da quella delle altre e ne risulta inevitabilmente "condizionata": un risultato, questo, non certo trascurabile per il tema che ci interessa. La specializzazione estrema delle funzioni, necessaria per mantenere adeguati livelli di competitività, richiede una "regia" unitaria, nonché – sempre più spesso – la riunione in un unico collegio di tutti i "portatori" delle singole specializzazioni. Come emerge, infatti, dall'ampia casistica riportata nella parte del documento dedicata agli aspetti societari, sempre più frequentemente le grandi multinazionali si avvalgono di *Group Management Committees,* composti dai responsabili delle principali unità organizzative e dagli amministratori delegati delle principali controllate, con compiti, trasversali, di valutazione e supporto nelle decisioni operative più critiche. Ciò determina una progressiva "autonomia" tra i concetti di organizzazione "giuridica" e organizzazione "economica" del gruppo di imprese, nel senso che, con l'attribuzione, sotto il profilo giuridico, della natura di soggetto alla singola società del gruppo si coniuga una più complessa organizzazione decisionale che coinvolge tutte le imprese del gruppo e che va decisamente oltre il singolo soggetto giuridico. La singola *entity*, cioè, non può più essere considerata come una "monade" perché si inserisce in una realtà economico-giuridica più ampia.

Inoltre, la natura integrata e inscindibile del *business* richiede che la capogruppo o le altre consociate specializzate – cui sia stata attribuita, in relazione a determinate funzioni, la posizione di *Principal* – esercitino attività di *policy* e di controllo anche diverse ed ulteriori rispetto all'esercizio delle funzioni di direzione e coordinamento.

In definitiva, oggi il gruppo si presenta sempre più spesso come un'unica grande impresa sovranazionale al cui interno ogni entità locale svolge solo una frazione diversa dell'unitario *business*. Ma ciò – è bene sottolinearlo – non comporta la deresponsabilizzazione delle controllate, ciascuna delle quali, nel contesto della propria attività, è chiamata all'"eccellenza" e deve contribuire in modo proattivo alla definizione delle regole e delle procedure comuni, valutandole e segnalando i relativi rischi per il *business* di cui è portatrice.

In altri termini, l'impresa multinazionale è oggi una "rete" che non può rinunciare ad essere globale e a ripartire in modo specialistico le varie funzioni di un'impresa tradizionale sulle singole società; aspetto questo che richiede necessariamente una forte "regia" unitaria.

Così, all'**integrazione verticale** delle funzioni d'impresa corrisponde l'integrazione verticale di altre fondamentali funzioni amministrative, e, in primo luogo, delle **funzioni Legale e di *Compliance***. Si creano nuove esigenze di centralizzazione a vari livelli (e in settori ed ambiti diversi) per fronteggiare nuovi **rischi legali, fiscali e reputazionali** che derivano dall'articolazione territoriale transfrontaliera del gruppo e dalla concorrenza di differenti normative nazionali.

Il complesso tema dell'imputabilità alla capogruppo delle condotte illecite di una controllata – che abbiamo affrontato nella parte del documento dedicata agli aspetti societari – sorge in stretta connessione, appunto, con i descritti processi di integrazione verticale e di frammentazione delle funzioni che – in assenza di efficaci presidi procedurali e organizzativi – potrebbe rendere difficile distinguere le responsabilità di ciascuna società (impegnata solo in una frazione del *business* complessivo) e dei singoli *managers* o dirigenti di fronte ad eventuali illeciti civili, amministrativi o penali.

E dunque, proprio al fine di gestire questi rischi e pervenire, se del caso, ad una corretta individuazione delle responsabilità (soprattutto di natura penale), i gruppi tendono a "formalizzare", al loro interno, regole e procedure unitarie. E, questo, anche per rendere sempre leggibile ad uno scrutinio esterno a chi è imputabile la responsabilità di una determinata decisione.

In questo contesto viene, di regola, attribuito alla capogruppo un ruolo attivo nella definizione degli assetti organizzativi, delle procedure e degli strumenti di controllo sulla gestione operativa delle controllate: l'istituzione di "Comitati organi sociali" permette alla controllante di incidere direttamente sulla formazione degli organi sociali delle controllate maggiormente esposte ai rischi strategici e operativi, e, del pari, l'accentramento a livello di capogruppo delle funzioni di *Internal Audit* e *Compliance*

garantisce un'interazione strutturata e continua con le corrispondenti funzioni nelle società controllate.

Al medesimo fine di realizzare un più adeguato presidio dei rischi e di controllo del livello di *compliance* dell'intero gruppo, le multinazionali sono spinte a dotarsi di regolamenti di gruppo, procedure e direttive unitarie (se non di un vero e proprio ordinamento legale interno "ultranazionale").

L'impresa multinazionale è, in definitiva, un organismo polifunzionale unitario che, in questa sua fisiologica configurazione, deve essere accettato e non contrastato; ed è questa la chiave di lettura da seguire per la soluzione, oltre come abbiamo visto degli aspetti societari, anche per le tematiche fiscali. Deve accettarsi l'idea, in altri termini, che anche ai fini fiscali l'impresa multinazionale si presenta come un **unico contribuente globale** e adeguare, di conseguenza, gli istituti e i concetti fiscali a questa realtà, non contrastarla anacronisticamente e acriticamente.

A questo riguardo, occorre in effetti rilevare che, per alcuni aspetti, la Amministrazione finanziaria mostra di avere già preso atto di ciò. Nella circolare n. 38/E del 2016, illustrativa del regime di *cooperative compliance,* l'Agenzia ha, ad esempio, riconosciuto la rilevanza di relazioni organizzative in forza delle quali un soggetto – non necessariamente la società che esercita le funzioni di direzione e coordinamento – ha il potere di emanare direttive a tutto il gruppo in ordine al sistema di controllo interno dei rischi fiscali e di verificarne e coordinarne l'attuazione. In particolare, l'Agenzia ha preso atto che questa funzione può essere, altresì, demandata a una società del gruppo non residente e, dunque, esterna al nostro ordinamento.

Ma a ben guardare, nella più parte dei casi, questa realtà non è stata ancora accettata e compresa interamente. Ci riferiamo, ad esempio, alle numerose contestazioni che i verificatori fiscali sollevano, proprio in ragione della ridotta autonomia delle società del gruppo iperspecializzate, con riguardo alle *subsidiaries* estere di gruppi multinazionali "italiani" considerate come società esterovestite o alle *subsidiaries* residenti in Italia di gruppi multinazionali "esteri" considerate, a loro volta, come stabili organizzazioni occulte del *Principal* di un altro ordinamento; come se la specializzazione e la segregazione delle funzioni fossero una "patologia" in grado di trasformare una società in un ente sostanzialmente "simulato".

L'azione di contrasto, viceversa, dovrebbe essere mirata, a nostro avviso, solo nei confronti delle situazioni effettivamente abusive e contrarie alle regole esistenti senza andare oltre, come emerge dai dibattiti sviluppati nei consessi internazionali, quali l'OCSE e l'UE.

In termini più generali, è evidente che questa realtà, nuova e del tutto legittima, pone in termini innovativi il problema della sovranità fiscale, rimasta circoscritta all'ambito nazionale di ciascuna giurisdizione, mentre il gruppo si presenta, appunto, come un unico contribuente che opera, con proprie regole, "a cavallo" tra le diverse giurisdizioni, e in grado di utilizzare a proprio vantaggio le relative lacune e asimmetrie e, soprattutto, le agevolazioni e i regimi di favore approntati dai Governi. E ciò, provocando forti **ricadute sull'effettivo livello di tassazione**, ha finito per mettere in discussione – come è emerso dai lavori del Piano BEPS – i tradizionali principi di fiscalità internazionale e, *in primis*, i concetti di residenza, di luogo di produzione del reddito (con la connessa ripartizione dei diritti impositivi con lo Stato o gli Stati della fonte), di beneficiario effettivo e di stabile organizzazione.

Ai *vulnus* che, in questo contesto, si sono creati occorre senz'altro porre rimedio con la rivisitazione e/o la modifica delle regole esistenti, come indicano i lavori del Piano BEPS e della Commissione europea.

Si pongono, infatti, nuovi problemi per la corretta identificazione dei criteri di collegamento soggettivo di una società con un determinato territorio, nonché dei criteri di collegamento oggettivo della ricchezza creata dal gruppo con uno o più territori nazionali: tematiche complesse che andranno approfondite nel corso del dibattito "*post BEPS"* (su cui si veda l'**allegato n. 1**)**. Ma oltre queste questioni non è lecito andare**. Occorre – ribadiamo – che le Amministrazioni degli Stati e in particolare la nostra Amministrazione prendano atto che questa nuova organizzazione dei gruppi è una realtà legittima sotto il profilo giuridico – economico, ben giustificata dalle esigenze del mercato. E su questa realtà vanno modellati i concetti fiscali e l'azione di accertamento.

Per raggiungere questo obiettivo è necessario pervenire alla definitiva accettazione della specializzazione dell'organizzazione economica del gruppo di imprese. Ovviamente, per quanto riguarda le imprese, è necessario garantire un'idonea e trasparente "documentabilità" di questa specializzazione: è un presupposto imprescindibile, cioè, assicurare la tracciabilità e la trasparenza dei processi aziendali, che dia contezza delle scelte attraverso cui il gruppo di imprese perviene ad un risultato economico unitario.

Sotto questo profilo, in particolare, un punto fondamentale per ciascuna impresa del gruppo è di "dichiarare" in modo trasparente la propria specializzazione, al fine di consentire l'individuazione dei diversi fattori produttivi che concorrono alla creazione del risultato economico unitario. Tale tema, in realtà, è inscindibilmente connesso con quello, più generale, dei prezzi di trasferimento, sul quale Assonime ha già avuto modo di esprimersi in occasione del Rapporto sul *transfer pricing* elaborato dal gruppo di

lavoro sulla Fiscalità Transnazionale, istituito nell'ambito della Giunta di Assonime (cfr. *Gruppo di lavoro sulla fiscalità transnazionale. Prezzi di trasferimento*, *Note e Studi* n. 9/2014). Le considerazioni espresse in questo documento, in effetti, ci sembrano ancora attuali, anche alla luce delle tematiche che si sono sviluppate in sede BEPS; e ad esse facciamo rinvio, assumendole per presupposte.

Da parte delle istituzioni, specularmente, è indispensabile pervenire ad un'analisi corretta del concorso dei diversi fattori produttivi alla produzione del reddito, anche attraverso il superamento del tradizionale concetto di sede dell'attività "amministrativa" utilizzato spesso dall'Amministrazione finanziaria quale criterio principe di collegamento giuridico soggettivo con un determinato territorio statuale. Ed è su tale tematica che è incentrato il presente rapporto.

Prendendo le mosse da questa particolare situazione, il Gruppo di lavoro di Giunta ha esaminato le problematiche che sono apparse di più immediata rilevanza. E, in particolare, sono stati trattati i temi di seguito indicati:

1. esterovestizione;
2. stabile organizzazione occulta;
3. beneficiario effettivo;
4. gestione dei rischi e *cooperative compliance;*
5. rilevanza del sistema delle sanzioni penali nell'ambito dei reati tributari;
6. *country by country reporting* (c.d. *CbCR*).

La prima tematica relativa all'esterovestizione riguarda le multinazionali con capogruppo in Italia che si espandono nei mercati esteri attraverso le *subsidiaries*. Questa tematica nasce dal fatto che si contesta la riconducibilità alla potestà impositiva nazionale della *subsidiary* estera, quale insediamento fittizio o gestito direttamente dall'Italia.

La seconda tematica riguarda le multinazionali con capogruppo estera che si insediano in Italia con *subsidiaries.* Anche qui, il contenzioso riguarda la presunta esistenza di un'"enclave" all'interno della controllata italiana, che configurerebbe una stabile organizzazione occulta, materiale o personale, del soggetto estero.

Entrambe queste problematiche sono una diretta conseguenza – come appare già evidente dalle considerazioni appena svolte – dell'articolazione sovranazionale dei gruppi come un'unica grande impresa a cavallo dei diversi ordinamenti.

La terza tematica è quella del beneficiario effettivo; un tema, questo, molto spinoso che nasce per contrastare eventuali utilizzi abusivi dei benefici convenzionali in materia di ritenute applicabili – quale espressione della potestà impositiva dello Stato della fonte – sui flussi di dividendi, interessi e *royalty*; e che è particolarmente problematico per i gruppi con operatività e articolazione transnazionali che inevitabilmente devono "movimentare" i flussi con assoluta regolarità e continuità.

Il quarto ed il quinto tema attengono alla gestione dei rischi dell'impresa multinazionale.

A questo proposito, il Gruppo di Giunta ha approfondito gli effetti dell'adesione al nuovo regime opzionale di adempimento collaborativo (c.d. *cooperative compliance programme*) introdotto dagli artt. 3 e ss. del D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128. Si tratta di un nuovo istituto volto a realizzare forme di cooperazione rafforzata tra Agenzia delle Entrate e contribuenti dotati di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del c.d. rischio fiscale.

Nella medesima prospettiva, il quinto tema inerisce al rischio – in termini di danno reputazionale, patrimoniale e finanziario – connesso ad eventuali implicazioni penali derivanti dal non corretto adempimento degli obblighi fiscali. Sotto questo profilo, l'analisi ha principalmente riguardato due criticità di fondo che permangono nell'attuale quadro normativo nonostante la revisione del sistema sanzionatorio penale tributario attuata dal D.Lgs. n. 158 del 2015 e cioè: l'avvio dell'azione penale originato dall'inoltro di *notitiae criminis* meramente "cautelative" e le possibili conseguenze dell'introduzione del nuovo reato di autoriciclaggio.

Soprattutto questi ultimi due temi hanno, ovviamente, una dimensione generale, nel senso che investono anche imprese non appartenenti a gruppi multinazionali. Tuttavia, la loro precipua rilevanza per le imprese multinazionali è evidente e ne ha imposto l'analisi in questa sede.

Quanto, infine, al *country by country reporting* si tratta di un adempimento peculiare proprio per le imprese multinazionali, volto a contrastare la delocalizzazione e l'erosione delle basi imponibili. Esso è stato fortemente voluto dall'Unione Europea e dall'OCSE ed è stato introdotto *ante litteram* anche nel nostro ordinamento.

1. L'ESTEROVESTIZIONE

Il tema dell'esterovestizione, come detto, coinvolge i gruppi nazionali che intendono insediarsi nei mercati esteri. Il termine "esterovestizione", in effetti, ha un contenuto semantico ambiguo: nasce per contrastare eventuali strumenti di delocalizzazione dei

redditi attraverso strutture artificiose ed è stato poi utilizzato anche in relazione, semplicemente, a fattispecie in cui la società estera appare gestita dall'Italia.

Il tema, quindi, ha trovato il suo *humus* nell'organizzazione attuale dei gruppi ed è molto complesso. Non deriva, se non in minima parte, dall'applicazione della disciplina dettata all'uopo dal comma 5-*bis* dell'art. 73 del TUIR che, come è noto, ha introdotto un'inversione dell'onere della prova in favore dell'Amministrazione finanziaria all'avverarsi di determinate condizioni [9]; condizioni che, ad onor del vero, difficilmente (da quando questa disciplina è stata introdotta) sono risultate, nel loro complesso, integrate dai gruppi oggetto di verifica. Gli uffici accertatori, in verità, sono soliti avvalersi di ulteriori e differenti mezzi presuntivi per affermare l'esterovestizione di società di diritto estero appartenenti a gruppi con la "testa" in Italia, quali lo scambio di *e-mail*, di direttive provenienti dalla capogruppo, ecc.

La prassi accertativa riguarda, *in primis*, le ***subholding* c.d. "passive"**, cioè quelle che si limitano a detenere le partecipazioni e ad incassarne i frutti, senza svolgere alcuna attività: nei confronti di tali società, gli uffici accertatori partono dal presupposto che tutta l'attività di direzione e coordinamento si incentri nella *holding* italiana e che la *subholding*, priva di una congrua struttura economica e commerciale, si limiti a recepire le indicazioni della capogruppo italiana, gestendo in modo del tutto passivo la sua posizione di soggetto titolare delle partecipazioni sottostanti.

La questione, peraltro, si pone in termini pressoché identici anche per le ***subholding* che attuano una gestione dinamica delle partecipazioni detenute**: anche in questo caso la contestazione degli uffici deriva dall'assunzione che l'attività di direzione e coordinamento sia svolta dalla *holding* italiana.

Non solo. l'Agenzia delle entrate e gli organi della Guardia di Finanza si spingono, talora, anche oltre, contestando l'esterovestizione nei confronti di **società operative**, sempre in ragione del fatto che esse sarebbero soggette alla penetrante attività di direzione della controllante italiana e prive di un'effettiva autonomia anche rispetto alla gestione operativa del loro *business*.

Per quanto la stessa Corte di Cassazione abbia più volte ribadito la necessità di distinguere tra il luogo in cui si colloca il potere di direzione e coordinamento della

[9] Tale disposizione consente, come noto, all'Amministrazione finanziaria di presumere esistente nel territorio dello Stato italiano, salvo prova contraria, la sede dell'amministrazione di società ed enti che detengono partecipazioni di controllo *ex* art. 2359, primo comma, cod. civ. in società ed enti commerciali residenti se, in alternativa:

a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'art. 2359, primo comma, cod. civ., da soggetti residenti nel territorio dello Stato,
b) sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro equivalente organo di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

società capogruppo e il luogo di effettivo esercizio della direzione amministrativa (*i.e.* della sede di direzione effettiva)[10], questa distinzione non riesce di per sé a risolvere i problemi che si connettono con la menzionata integrazione aziendale del gruppo; integrazione che, per molti profili, si sovrappone all'organizzazione legale di entità giuridicamente distinte. E questo spiega perché i verificatori non si limitano a prendere di mira solo le *subholding* passive, ma giungono a contestare la residenza in Italia anche a società operative che all'estero esercitano attività reali tramite strutture adeguate.

Gli elementi di diritto e le circostanze di fatto su cui poggiano questi accertamenti, e da cui l'Amministrazione finanziaria deduce l'esistenza di un collegamento soggettivo qualificato della società estera con il territorio dello Stato, emergono in stretta connessione con i nuovi modelli di *business*; anzi, sono, per certi aspetti, una diretta conseguenza della loro complessità.

Essi alimentano una sorta di circolo "vizioso" che, alla luce del tradizionale concetto di "sede di direzione effettiva" come criterio di fissazione della residenza (anche ove inteso in senso sostanziale e non meramente formale), potrebbe portarci a ritenere – estremizzando – che pressoché tutte le consociate di una multinazionale siano residenti nello Stato di stabilimento della capogruppo. E ciò, in un contesto in cui – con l'affermarsi, in particolare, dell'economia digitale – vengono, al contrario, ad assumere crescente rilievo – per la ripartizione dei diritti impositivi – gli Stati c.d. della "fonte", in cui si svolgono effettivamente le attività economiche o che rappresentano i mercati di destinazione di beni e servizi; e, cioè, gli elementi di collegamento "oggettivo" dell'impresa con un determinato territorio.

Non a caso, nell'ambito del progetto BEPS è stato proposto di eliminare dall'art. 4 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni il criterio della "sede di direzione effettiva" che tuttora funge – come è noto – da "*tie breaker rule"* per l'attribuzione della residenza di una società all'uno o all'altro ordinamento: e ciò nel presupposto, appunto, che l'attuale complessità dei modelli organizzativi dei gruppi con funzioni altamente integrate abbia notevolmente ampliato il potere della capogruppo di dettare le indicazioni di *policy* e richieda, di conseguenza, di dirimere gli eventuali conflitti di residenza sulla base di una valutazione *case by case*, nel contraddittorio tra i due Stati contraenti. L'implementazione di questa novità – che richiede la modifica delle convenzioni contro le doppie imposizioni – dovrà attendere che sia negoziato e completato entro il 2016 lo Strumento Multilaterale previsto dall'*Action* n. 13 BEPS.

[10] Cfr. in ultimo, la sentenza n. 43809 del 2015.

È, tuttavia, necessario che, sin da subito, l'Agenzia delle Entrate si attivi per diramare direttive chiare agli Uffici che tengano conto di questa nuova realtà economica.

Ci sembrerebbero necessarie – in attesa dell'implementazione delle indicazioni dell'*Action Plan* BEPS – alcune iniziative:

1. Per le *subholding* estere di detenzione passiva delle partecipazioni appare indispensabile comprendere i limiti di operatività di tale tipologia societaria e la tutela ad esse fornita dalla libertà di stabilimento. Secondo la Corte di Giustizia, infatti, la libertà di stabilimento è posta a tutela di tutte le attività economiche e quindi anche di quelle di mera gestione delle partecipazioni che non sono riconducibili ai criteri identificativi dell'attività commerciale in senso stretto [11].

2. Per le controllate estere operative sarebbe utile che l'Amministrazione finanziaria elaborasse linee guida volte a distinguere chiaramente l'attività di direzione e coordinamento della società madre italiana dall'attività gestoria e quest'ultima dall'attività di *policy* necessaria a condurre un *business* integrato con altre consociate, evitando pericolose confusioni da parte degli organi verificatori e controllando, eventualmente, che le transazioni e le funzioni svolte dalla madre (o da altre consociate) sul territorio nazionale siano correttamente remunerate sotto il profilo dei prezzi di trasferimento.

3. Sarebbe opportuno consentire la presentazione dell'istanza di *ruling* preventivo per valutare questo delicato profilo, come avevamo già richiesto nella Nota Tecnica presentata da Assonime in relazione agli schemi di decreti legislativi di attuazione della delega fiscale approvati in via preliminare dal Consiglio dei Ministri in data 21 aprile 2015. Al riguardo, anche nella circolare Assonime n. 10 del 2016 avevamo auspicato questa soluzione facendo presente la non tassatività delle materie oggetto di *ruling* internazionale [12]: e ciò tanto più dopo che anche in sede OCSE è stato superato il criterio della sede di direzione effettiva, come *tie breaker rule*, e non si è ancora pervenuti ad un miglioramento apprezzabile delle procedure amichevoli con gli altri Stati, attraverso l'introduzione dell'arbitrato obbligatorio in conformità all'*Action* 14

[11] A questo riguardo si vedano anche le considerazioni svolte in prosieguo in tema di beneficiario effettivo (cfr. par. 3.1 del documento).

[12] Un'azione in questo senso sembra tanto più opportuna alla luce del fatto che, anche dopo il *restyling* della disciplina degli interpelli in attuazione della riforma fiscale, con la circolare n. 9/E del 2016, l'Agenzia ha ribadito che non è possibile presentare interpello per valutare eventuali casi di esterovestizione. Questi casi, infatti, secondo l'Agenzia avrebbero dovuto, eventualmente, formare oggetto della nuova tipologia di "interpello probatorio" che, invece, può essere attivato solo per le ipotesi tassative normativamente previste.

BEPS.

4. Infine, potrebbero essere estese, *de iure condendo*, agli accertamenti relativi a casi di esterovestizione le stesse garanzie procedimentali previste per l'abuso del diritto dall'art. 10-*bis* dello Statuto del contribuente.

2. La stabile organizzazione occulta

Un tema altrettanto importante è quello delle società residenti in Italia e appartenenti a gruppi multinazionali esteri, che vengono spesso riqualificate dai verificatori come **stabili organizzazioni occulte, personali o materiali.**

In via generale, è evidente che i descritti modelli di *business* sembrano per certi aspetti favorire il "declassamento" delle filiali a *branches.* Le entità locali di un gruppo multinazionale sono in molti casi "svuotate" dei rischi e delle funzioni più significative a vantaggio di altre consociate (le c.d. "*Principal Companies*", non necessariamente da identificare nella capogruppo), che assumono a livello globale la responsabilità delle attività di ricerca e sviluppo o di altre funzioni verticalmente integrate o che sono titolari degli *Intangibles.* Gestendo solo una frazione di un'attività integrata, è quindi fisiologico che le entità locali, oltre ad essere soggette al potere di direzione e controllo della controllante, ricevano direttive e *policy* operative anche da altre consociate che ne limitano l'indipendenza anche sotto il profilo della loro gestione operativa. E ciò, anche senza considerare la sottoposizione a regole e procedure unitarie e interne al gruppo di gestione dei rischi e dei livelli di *compliance* di cui già si è detto.

In ragione di queste loro caratteristiche (e per gli stessi motivi per cui le controllate estere di gruppi italiani non possono essere considerate tutte esterovestite), le entità locali di multinazionali estere non possono, a nostro avviso, essere riqualificate – *sic et simpliciter* – come "stabili occulte" di un soggetto non residente (sia esso una *subholding* o un *Principal*).

Il problema è complesso e presenta una duplice sfaccettatura.

Per un verso, le imprese che hanno partecipato a questo Gruppo di lavoro ritengono di dover esprimere un giudizio critico su molte contestazioni strumentali a carico di controllate italiane "declassate" a stabili organizzazioni della controllante estera, in ragione – essenzialmente – della capacità di controllo del soggetto estero o, al più, della non corretta valorizzazione di alcune funzioni ai fini del *transfer pricing.*

Per un altro verso, differenti sono le considerazioni da fare rispetto a situazioni in cui, viceversa, siano ravvisabili elementi idonei a "mascherare" un'ulteriore e autonoma presenza del soggetto estero nel territorio dello Stato, in quanto favorita, ad esempio, dalla natura digitale dell'attività e dalla possibilità di stipulare i contratti direttamente *online,* etc; oppure dalla frammentazione delle sue attività tra differenti entità locali giuridicamente distinte che, nel loro insieme, sono, tuttavia, in grado di apportare alla catena del valore del gruppo un *quid pluris* rispetto alla somma delle loro singole attività in quel determinato territorio.

È evidente che, nei casi limite, può non essere semplice distinguere tra le due diverse tipologie di situazioni, da esaminare con un approccio *case by case*.

Per impostare e orientare l'analisi, riterremmo utile tenere conto – come punto di partenza – della disciplina fiscale cui è soggetta la controllante nel suo Paese di residenza: distinguere, cioè, le ipotesi in cui la controllante è assoggettata ad un livello di tassazione analogo al nostro dai differenti contesti in cui, invece, può apparire effettivamente conveniente "erodere" la base imponibile domestica, trasferendola a vantaggio della *subholding* (come del *Principal* o della IP *company*) localizzata in un Paese a fiscalità privilegiata o che beneficia di regimi agevolativi o *ruling* di particolare favore. E ciò, in quanto è difficile pensare che si costruiscano complesse operazioni di trasferimento di basi imponibili, senza che ne possa derivare un vantaggio per l'impresa nel suo complesso: ed è questo, oltretutto, l'orientamento che traspare con chiarezza anche dalla recente circolare dell'Agenzia n. 16/E del 2016 [13] e che dovrebbe tradursi in comportamenti coerenti da parte di tutti gli addetti ai controlli.

Ben inteso, non c'è dubbio che, ove in ipotesi esista effettivamente una stabile organizzazione "occulta", la potestà impositiva del nostro Stato deve correttamente esplicarsi, a prescindere da quale sia il livello impositivo dell'altro Stato. Sta di fatto, però, che laddove i livelli di tassazione dei due Stati concorrenti si equivalgono e, dunque, non c'è un reale interesse a realizzare il trasferimento di basi imponibili – cosa che richiede rischi e procedure non indifferenti – non c'è motivo da parte dei verificatori di insistere con contestazioni spesso fondate su argomentazioni discutibili o, quanto meno, opinabili. Questo sembra già un primo passo per ridurre le dimensioni di una

[13] La circolare n. 16/E del 2016 – "*Prevenzione e contrasto all'evasione. Indirizzi operativi*" – richiede alle Direzioni regionali (cui è stato restituito il ruolo principale "*nel coordinamento dell'analisi del rischio elusione ed evasione fiscali nel comparto dei contribuenti di maggiori dimensioni*") di selezionare preminentemente le situazioni più gravi, mirando "*l'attività di controllo su quelle realtà, anche appartenenti a gruppi multinazionali, caratterizzate da un elevato rischio di evasione ed elusione fiscali".* In particolare, per quanto riguarda gli accertamenti sui prezzi di trasferimento, la circolare sottolinea che essi possono generare doppia imposizione e chiede, pertanto, alle Direzioni regionali di effettuare i controlli sulle "*ipotesi maggiormente significative di manipolazione dei prezzi di trasferimento e, in particolar modo, su quelle che portano alla delocalizzazione dei redditi imponibili in Stati e territori che applicano un regime impositivo più favorevole".*

tematica conflittuale che – ripetiamo – in questa materia non è di poco conto per i gruppi transnazionali.

Ciò precisato, affrontiamo, anzitutto, il primo aspetto del problema e, cioè, i molti casi in cui la presenza di una stabile organizzazione occulta viene contestata semplicemente in ragione della limitata autonomia e della sostanziale dipendenza della controllata italiana dalle decisioni della controllante estera, anche quando (come nella stragrande maggioranza delle situazioni) questa non goda nel suo Paese di un regime fiscale di favore o, comunque, di un livello di tassazione inferiore al nostro.

Ciò è accaduto, a quanto ci consta, anche nell'ipotesi in cui non siano state individuate, ai fini della determinazione dei prezzi di trasferimento, ulteriori funzioni e attività svolte dall'ente italiano rispetto a quelle risultanti dalle scritture contabili e dalle sue dichiarazioni dei redditi. Oppure, è accaduto che i verificatori si siano adoperati a formulare sottili *distinguo* per qualificare determinate funzioni esercitate dalla controllata come ultronee rispetto al suo *business* e, come tali, direttamente riferibili ad una presunta stabile organizzazione della controllante: è questo il caso, ad esempio, esaminato dalla Cassazione nella sentenza n. 3773 del 2012, che ha rigettato le pretese dell'Amministrazione finanziaria [14].

Si tratta di un orientamento di prassi fortemente sviluppato in Italia, a differenza che negli altri Paesi: e quel che è più grave è che, in punto di fatto, l'Amministrazione finanziaria procede talora a recuperare, in capo alla presunta stabile organizzazione occulta, al lordo dei costi sostenuti, la stessa materia imponibile già assoggettata a tassazione in capo alla società, in quanto "degradata" a mero insediamento stabile del soggetto estero. E questo tipo di contestazione è tanto più pericoloso ove si consideri che in questo modo viene contestata la mancata presentazione della dichiarazione dei redditi del soggetto estero, con conseguenti più pesanti effetti sul piano **sanzionatorio amministrativo** e, ciò che è ancor più rilevante, sotto il **profilo delle sanzioni penali tributarie:** sanzioni che, invece, sarebbero escluse – o comunque risulterebbero di diversa portata – ove si procedesse soltanto a contestare, se del caso, la non corretta

[14] In quel caso, l'Agenzia aveva contestato l'esistenza di una stabile organizzazione occulta, "annidata" in una società italiana (BS spa) la cui attività consisteva nella conclusione di **contratti di vendita** per conto della controllante olandese (BSI BV). La contestazione si basava sul fatto che la società italiana avrebbe concluso dei "***contratti di deposito*** *e dei* ***contratti di comodato*** *(…) con delle strutture ospedaliere, a mezzo dei quali la BS spa aveva disposto dei prodotti della BSI BV senza specifico mandato in proposito"*; circostanza da cui sarebbe derivata la necessità di "*riconoscere la sussistenza dei caratteri della stabile organizzazione in ragione degli acclarati 'atti eccedenti la ordinaria attività di commissionaria alla vendita' effettuati da parte di BS spa".* La Cassazione, nel dichiarare non ammissibile il motivo di impugnazione dell'Agenzia per carente formulazione, ha confermato la sentenza di merito, secondo la quale i menzionati contratti di deposito o comodato non solo non erano da considerare come *"estranei ed ultronei ed addirittura in contraddizione con i compiti tipici del commissionario alla vendita"*; ma, al contrario, dovevano essere valorizzati "*come sintomi della indipendenza della posizione della società italiana rispetto a quella di diritto olandese".*

determinazione dei prezzi di trasferimento del servizio, in ipotesi, reso dalla controllata italiana alla controllante estera.

L'Amministrazione finanziaria dovrebbe diramare delle Linee guida per chiarire che:

5. i rilievi in tema di stabile organizzazione (personale o materiale) di un'impresa estera "occultata" come un'"enclave" all'interno di una sua controllata italiana non possono limitarsi a dare rilievo agli elementi indicativi della non piena autonomia e indipendenza della controllata stessa; elementi del tutto fisiologici in un gruppo multinazionale globale;

6. ove si ravvisino funzioni ulteriori che non siano state, in tutto o in parte, idoneamente valorizzate, i verificatori dovrebbero limitarsi a contestare alla società italiana la congruità della "remunerazione" ad essa riconosciuta per l'attività svolta a favore della controllante estera, e, quindi, la non corretta determinazione dei prezzi di trasferimento. E ciò almeno nei casi in cui queste funzioni "ulteriori", pur non trovando esatta corrispondenza formale nei contratti *intercompany*, siano sostanzialmente contigue e connesse rispetto all'attività della *subsidiary* italiana.

Venendo all'altro aspetto del problema, non possiamo nasconderci che – in determinate situazioni e, in particolare, ove può effettivamente essere vantaggioso trasferire profitti all'estero – il tema della stabile organizzazione occulta può presentare profili di notevole complessità e produrre un impatto anche maggiore rispetto alle contestazioni in materia di esterovestizione, finendo per intrecciarsi fortemente con la tematica della **tassazione dell'economia digitale**, o, meglio, dell'intera economia nell'epoca digitale.

È emerso con chiarezza dai lavori di OCSE/G20 sul progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) che molti grandi gruppi multinazionali sono sinora riusciti a ridurre sensibilmente il loro *tax rate*, anche evitando di integrare i presupposti di esistenza di una stabile organizzazione nei Paesi in cui producono gli utili attraverso la fornitura di beni e servizi: e ciò si osserva, in particolare, nelle imprese della *new economy* che sono in grado di realizzare profitti di proporzioni notevoli anche senza una presenza fisica nel territorio dello Stato (o, al più, avvalendosi di controllate che esercitano limitate attività ausiliarie) in ragione sia della natura eminentemente digitale del proprio *business*, sia perché – essendo imprese di recente costituzione – hanno potuto, sin dall'inizio della loro attività, strutturare la propria organizzazione a livello internazionale

in modo da sfruttare al meglio le asimmetrie e le lacune tra i diversi ordinamenti e trarre profitto dalle pratiche di *Harmful Tax Competition* condotte direttamente da molti Stati sovrani, compresi alcuni di quelli appartenenti all'Unione europea [15].

Sui tavoli internazionali che ruotano attorno al progetto BEPS – e ai quali partecipa attivamente anche la nostra Agenzia delle Entrate – ci si muove, a tal proposito, su più livelli. Riassumiamo di seguito i punti fondamentali.

2.1. La rivisitazione dei tradizionali concetti di stabile organizzazione materiale e personale nel contesto del progetto BEPS

Anzitutto, è importante verificare se, in base ad una lettura meno formale, i tradizionali concetti di stabile organizzazione materiale o personale possano essere ancora utilizzati per frenare l'erosione delle basi imponibili nei Paesi di destinazione dei beni e servizi.

La questione della **c.d. elusione artificiale dello *status* di stabile organizzazione** è stata oggetto di esame nell'ambito dell'*Action* 7 (*Preventing the artificial avoidance of PE status*). In quella sede, sono state condivise modifiche in relazione ai concetti di stabile organizzazione materiale e personale, che dovranno essere "calate" nelle convenzioni contro le doppie imposizioni attraverso lo Strumento Multilaterale in fase di approntamento in sede OCSE.

In particolare, è stata riconsiderata l'importanza del luogo in cui i contratti sono legalmente conclusi [16]: infatti, secondo questo nuovo approccio è configurabile

[15] È noto che ogni schema di *Aggressive Tax Plannig* prevede tre livelli:

i) anzitutto, minimizzare le imposte nei Paesi in cui si svolgono le attività economiche effettive, anche evitando (talora solo formalmente) di integrare i presupposti di esistenza di una stabile organizzazione;

ii) poi, escludere (o ridurre) l'applicazione di ritenute in entrata e in uscita nei Paesi di transito dei flussi di *royalties*, interessi attivi e dividendi;

iii) infine, sterilizzare, nei Paesi di residenza della *ultimate company,* l'applicazione della locale disciplina CFC, anche attraverso *ruling* con l'Amministrazione di appartenenza, ed evitare il rimpatrio dei dividendi.

Queste strategie sono rese possibili per effetto delle asimmetrie e dalle lacune dei sistemi fiscali nazionali (e dei diversi *network* di convenzioni contro le doppie imposizioni) e sono amplificate (e in certi casi create *ad hoc*) dai c.d. Stati e territori a fiscalità privilegiata, nonché dalla concorrenza fiscale dannosa di Paesi, compresi quelli appartenenti all'Unione europea, che facilitano le necessarie triangolazioni e/o offrono essi stessi regimi e *ruling* di favore, talora incompatibili con i criteri di fiscalità internazionale condivisi in sede OCSE, come emerge anche da alcune contestazioni in tema di aiuti di Stato recentemente mosse dalla Direzione Concorrenza della Commissione UE a carico di alcune imprese (cfr. allegato n. 1).

Questo tipo di approccio è possibile per i gruppi esteri che nascono in ordinamenti, diversi dal nostro, i quali permettono loro – avvalendosi, appunto, di *ruling* o di accordi di *cost sharing* – di delocalizzare il reddito nei paradisi senza tassarlo fino all'eventuale rimpatrio degli utili nello Stato di residenza della capogruppo.

[16] Cfr. *Action* 7 :"*As a matter of policy, where the activities that an intermediary exercises in a country are intended to result in the regular conclusion of contracts to be performed by a foreign enterprise should be*

un'*Agency PE* (una stabile organizzazione personale) quando una persona, anche indipendente, svolge abitualmente per conto di un'impresa estera un "*principal role"* nella conclusione di contratti, anche se questi sono poi conclusi al di fuori del territorio dello Stato senza significative modifiche; sono cioè "*routinely concluded*" [17]. Con una tale precisazione si è notevolmente abbassata, rispetto al passato, la soglia di rilevanza per il riconoscimento di una presenza tassabile qualificata.

È stata inoltre rivisitata la nozione di attività meramente ausiliarie o preparatorie (in presenza delle quali, come è noto, non si configura una stabile organizzazione) ed è stata introdotta una regola contro le strategie di "frammentazione", prevedendo che si considerino integrati i requisiti per il riconoscimento di una *branch* anche quando differenti imprese del gruppo svolgano, nel territorio di un medesimo Stato, attività che – pur potendo singolarmente essere ritenute preparatorie o ausiliarie – sono strettamente correlate e orientate ad un *business* "coesivo". Indipendentemente, cioè, dalla separatezza giuridica delle strutture di un gruppo presenti in una giurisdizione, esse possono essere considerate unitariamente, come presenza del gruppo nel suo complesso, quando esprimono, appunto, un *business* coesivo. Ed è questa una delle poche occasioni in cui l'OCSE accetta di discostarsi dal tradizionale principio dell'*independent person* per adottare l'approccio alternativo (c.d. del *Formulary approach*) che guarda all'unitarietà dell'impresa economica [18].

considered to have a taxable presence in that country unless the intermediary is perfoming these activities in the course of an independent business".

[17] In un primo momento, a seguito del clamore suscitato dalla sentenza *Philips Morris*, il par. 33 dell'art. 5 del Commentario Ocse del Modello di Convenzione (edizione del 2004) fu modificato per precisare che la mera partecipazione alle trattative di agenti privi di poteri di rappresentanza non è elemento sufficiente ad integrare l'esistenza di una stabile organizzazione.
In quella occasione, il Governo italiano fece apporre una riserva (par. 45.10 del Commentario all'art. 5 del Modello di convenzione) in cui chiariva che, nell'interpretazione del Modello, l'Italia doveva attenersi all'interpretazione data dai giudici nazionali in base alla precedente formulazione del Commentario (par. 5, punto 33, dell'art. 5), in cui veniva precisato che il potere di concludere contratti a nome dell'impresa *"non deve essere inteso nel senso di una rappresentanza diretta, ma comprende anche tutte quelle attività che abbiano contribuito alla conclusione dei contratti, anche se gli stessi siano stati conclusi in nome dell'impresa".*
Anche le sentenze della Suprema Corte successive alla richiamata modifica del Commentario (edizione 2004) hanno confermato le conclusioni della *Philips Morris*: "*nessuna rilevanza può infatti essere riconosciuta alla recente modifica dell'art. 5 del commentario Ocse, in virtù della quale la sola partecipazione a trattative contrattuali nell'interesse della società straniera non è sufficiente per individuare nella struttura sussidiaria una stabile organizzazione, in quanto, a parte il valore non normativo del commentario, tale modifica ha costituito oggetto di riserva espressa da parte del Governo italiano, secondo la quale nell'interpretazione del modello di convenzione l'Italia non può disattendere quella data dai propri giudici nazionali"* (cfr. Cass. n. 17206 del 2006, nonché n.3889 del 2008 e n. 8488 del 2010).

[18] Lo stesso approccio unitario è utilizzato anche per il *CbCReporting* (i cui dati, tuttavia, non possono essere utilizzati – come si chiarisce esplicitamente – per applicare formule di ripartizione dei profitti globali) oltre che, in parte, per la disciplina degli interessi passivi. Ulteriori lavori – nella direzione di un approccio unitario – sono previsti nel 2016 per approfondire il *Profit Split Method* e, in particolare, per chiarirne le modalità applicative a entità integrate in cui l'organizzazione legale non coincide con l'organizzazione aziendale.

A ben guardare, queste innovazioni concettuali costituiscono anch'esse, in un certo senso, strumenti per "scovare" ipotesi di stabile organizzazione occulta. Si tratta, però, di ipotesi che hanno una loro oggettività e, comunque, diverse da quelle sopra esaminate in cui la prassi accertativa dei verificatori si è semplicemente concentrata – ripetiamo – sulla ricerca della stabile organizzazione all'interno della singola *subsidary*, come una sorta di "enclave". Ciò precisato, occorre subito dire che queste innovazioni definitorie della nozione di stabile organizzazione si dovrebbero rendere applicabili solo allorquando le nuove regole saranno state inserite nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, dopo il perfezionamento dello Strumento Multilaterale in fase di elaborazione in sede OCSE e, in particolare, dopo che esso sarà stato recepito in via normativa nell'ordinamento giuridico nazionale ed in quello degli altri Paesi contraenti.

Osserviamo però che questi concetti sono molto simili a quelli già applicati in Italia.

Al riguardo, infatti, l'Amministrazione finanziaria e la giurisprudenza di legittimità hanno fatto da "apripista", come dimostrano gli accertamenti elevati dall'Agenzia delle Entrate a carico di *Apple Italia*, riqualificata come stabile organizzazione occulta della società *Apple Sales International* – ancora prima della decisione con cui, il 30 agosto u.s., la Direzione Concorrenza della Commissione europea ha contestato alla società irlandese di avere goduto di aiuti di Stato indebiti per 13 miliardi di euro – oltre che le sentenze *Phillips Morris* n.10925/2002 [19], *SMI San Marino*, n. 1118/2013 [20], *CEPU* n. 20597/2011, che, per la prima volta, avevano accertato l'esistenza di una stabile organizzazione materiale facendo riferimento ad un'*antifragmentation rule* [21].

Vi è, dunque, il fondato pericolo che le nuove regole elaborate con il progetto BEPS si rendano immediatamente applicabili "in casa nostra" a prescindere dalle modifiche da apportare alle convenzioni, con il rischio di generare problemi di doppia imposizione, in

[19] Secondo la Corte non è necessaria la formale conclusione dei contratti in Italia da parte della stabile: "*l'espediente di separare la materiale attività di conclusione di contratti da quella di formale stipulazione degli stessi può essere considerato come elusione fiscale dovendosi ritenere prevalente, per l'applicazione del paragrafo 5, la sostanza sulla forma".* E, ancora, *"l'accertamento del potere di concludere contratti deve essere riferito alla reale situazione economica, e non alla legge civile, e lo stesso può riguardare anche singole fasi, come le trattative, e non necessariamente comprendere anche il potere di negoziare i termini del contratto"* . A tal fine, tutti gli elementi indiziari devono essere "*considerati globalmente e nella loro reciproca connessione"* (Cass. n. 10925/2002). Nella stessa direzione, cfr. anche le sentenze Cass. n. 8488/2010 e n. 3769/2012.

[20] Cass. n. 1118 del 2013 (*SMI San Marino Investimenti*). La Cassazione ha annullato la sentenza della Commissione Tributaria regionale che avrebbe omesso "*una attenta valutazione unitaria e globale"* di tutti gli elementi rilevanti quali "*a) svolgimento di un'attività contrattuale di rilievo economico significativo in Italia"* (da parte della società estera, n.d.r.) *… b) spendita del domicilio fiscale in Italia, da parte di detta società; c) perdurante residenza e domicilio in Italia del legale rappresentante … d) titolarità, in capo alla contribuente, di conti bancari e di dossier titoli in aziende di credito italiane; e) transito su detti conti di poste economiche rilevantissime connesse all'attività della società estera".*

[21] Le singole società italiane (*CID*) cui si rivolgevano gli studenti erano formalmente distinte dalla società sanmarinese (*CEPU*) ma economicamente integrate in una struttura unitaria strumentale allo svolgimento dello scopo commerciale in Italia della casa madre: esse costituivano nel loro insieme – conclude la Cassazione – una stabile organizzazione di CEPU.

tutti i casi in cui l'altro Stato contraente si rifiuti di riconoscere *foreign tax credit* per le imposte che il soggetto residente sul suo territorio ha sostenuto in Italia a fronte di una stabile organizzazione priva dei requisiti pattuiti nel relativo trattato bilaterale.

Un ulteriore tema è poi quello afferente alla possibile contestazione, da parte degli uffici dell'Agenzia, dei metodi di calcolo utilizzati dalla casa madre per la determinazione del fondo di dotazione della stabile organizzazione. A questo proposito, ricordiamo che l'art. 152, comma 2, del TUIR stabilisce che il fondo di dotazione riferibile alla stabile organizzazione "*è determinato in piena conformità ai criteri definiti in sede OCSE, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati*". Posto che l'OCSE ha "autorizzato" più metodologie di calcolo per la determinazione del fondo di dotazione, l'art. 7, comma 3, del decreto internazionalizzazione (D.Lgs. n. 147 del 2015) ha demandato a successivi provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate l'individuazione dei singoli metodi di calcolo utilizzabili in relazione allo "*specifico settore di appartenenza*" delle imprese. Per quanto concerne le imprese bancarie, i metodi di calcolo sono stati individuati dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 5 aprile 2016, Prot. n. 2016/49121. Tuttavia, per le imprese del settore industriale, manca ancora il provvedimento attuativo, per cui permane il timore in merito alla possibilità che l'Amministrazione finanziaria contesti i criteri, pur sempre conformi alle indicazioni dell'OCSE, adottati di volta in volta dalla singola impresa. Il problema di fondo, in altri termini, è quello di scongiurare il pericolo che la scelta dei criteri di volta in volta adottati nel singolo caso concreto dall'impresa sia oggetto di contestazione da parte dell'Amministrazione finanziaria solo perché i verificatori prendano a riferimento altri criteri – fra quelli considerati dall'OCSE – che, a loro giudizio, appaiano più confacenti alla fattispecie [22].

[22] Peraltro, merita ricordare che parte della dottrina critica la soluzione normativa individuata a monte dal nuovo art. 152 TUIR, nella misura in cui recepisce *ante litteram* la disciplina dell'AOA (*Authorized OECD-Approach*) di cui al nuovo art. 7 del Trattato Modello del 2010. In via generale, infatti, si dubita che la disposizione sia destinata a trovare piena applicazione in ragione del limite posto dalle disposizioni convenzionali. Ed in effetti, in merito alla determinazione del reddito imponibile dalla stabile organizzazione, la maggior parte dei trattati contro la doppia imposizione attualmente in vigore ancora riporta la vecchia formulazione dell'art. 7 del Trattato Modello OCSE *ante* 2010.
Al di là della fondatezza o meno di tale critica, occorre comunque rilevare che i metodi di calcolo per la corretta determinazione del fondo di dotazione della stabile organizzazione individuati dall'OCSE appaiono coerenti con la nozione di *independent person* e si attagliano al contesto dei metodi di *transfer price* utilizzati a livello internazionale. In altri termini, l'individuazione di un fondo di dotazione per la stabile organizzazione e dei relativi criteri interpretativi volti a garantire la corretta determinazione e l'adeguatezza del fondo, sono profili connaturati ed immanenti – a quanto pare – al concetto stesso di stabile organizzazione, rilevanti *in re ipsa* come, tra l'altro, già da tempo affermano in ambito domestico sia la giurisprudenza sia la prassi amministrativa, a prescindere dall'esistenza di specifiche norme nazionali di recepimento.

7. Il punto relativo all'applicabilità delle nuove regole di identificazione di una stabile organizzazione elaborate nell'*Action* n. 7 del Progetto BEPS andrebbe opportunamente chiarito.

8. È opportuno, inoltre, sollecitare la pubblicazione del Provvedimento del Direttore sul fondo di dotazione delle stabili organizzazioni in Italia di imprese industriali estere; provvedimento che è espressamente previsto dal c.d. Decreto Internazionalizzazione.

2.2 La ricerca del nuovo *nexus* nel contesto dei lavori BEPS e l'intervento della legge di stabilità 2016 per il settore delle scommesse *online*

Quanto sopra detto ben esprime l'attuale consapevolezza che le attività integrate sono inscindibili e che l'individuazione del luogo di formazione della ricchezza si fonda in modo crescente su criteri diversi da quello della residenza o della stabile organizzazione come sinora intesa.

Ed in effetti è in procinto di essere introdotto un **nuovo *nexus***.

Un secondo livello di intervento, in sede OCSE/G20, attiene, infatti, proprio alla ricerca di un nuovo *nexus,* a valere per i casi in cui l'impresa non residente, per la particolarità del *business*, possa effettivamente fare enormi affari in un determinato mercato, indipendentemente da una qualsiasi forma di presenza fisica e, dunque, senza integrare – neppure alla luce dei nuovi e più sostanziali criteri ermeneutici – i presupposti di una stabile organizzazione.

Il problema della individuazione di un nuovo criterio di collegamento (diverso dal criterio soggettivo della residenza e dal criterio oggettivo della stabile organizzazione personale o materiale, pur nella sua nuova veste) si pone perché le imprese della *new economy* presentano un legame del tutto eccezionale con gli *assets* immateriali, fanno uso massiccio di dati personali e adottano modelli di *business* che catturano valore dalle informazioni ottenute a titolo gratuito dagli stessi clienti. Esse riescono, dunque, ad operare "*in a country",* interagendo in modo significativo con il tessuto economico di ciascun Paese, con modalità immateriali e non fisicamente percepibili, come se semplicemente operassero dall'esterno al pari delle imprese che tradizionalmente si limitavano ad esportare prodotti nei vari mercati.

È particolarmente difficile, pertanto, determinare la giurisdizione in cui avviene la creazione del valore di queste imprese ed è necessario capire come esse si rapportino con i concetti di residenza o di fonte del reddito.

La natura globale e immateriale di questi gruppi di società comporta che il vigente concetto di stabile organizzazione (materiale o personale) non sia idoneo a stabilire un collegamento qualificato tra di esse e i Paesi da cui derivano i compensi e ciò pone l'esigenza di valutare l'elaborazione di un nuovo specifico concetto di stabile organizzazione digitale, ovvero l'individuazione di differenti presupposti e criteri impositivi.

Al riguardo, il rapporto finale dell'*Action* 1 sulla *Digital Economy* ha tuttavia escluso la scelta di introdurre regole *ad hoc* per le imprese digitali ("segregandone", pertanto, la relativa disciplina fiscale), nella considerazione che l'intera economia – compreso il settore manifatturiero – sta diventando eminentemente digitale. È stato così proposto il nuovo concetto di **presenza economica significativa** (c.d. **PES**), che intende dare rilievo ad una serie di fattori-indice, espressivi di un'interazione significativa e costante che un soggetto estero (non necessariamente un'impresa digitale) è in grado di instaurare con l'economia di un determinato Paese, attraverso la tecnologia o altri strumenti telematici.

Il primo fattore segnaletico sono i ricavi generati da transazioni concluse da "remoto" con i clienti di un Paese (sia attraverso una piattaforma digitale che per *mail*, telefono, etc.), ove risulti superata una data soglia, da determinare in ragione dell'ampiezza del Paese interessato e tenendo conto di tutte le entità del gruppo presenti sul territorio.

Per integrare il *nexus,* il predetto fattore-indice dovrà essere arricchito da altri elementi indicativi del livello di partecipazione dell'impresa estera all'economia del Paese: quali, ad esempio, la presenza di un *domain name* e di una piattaforma locali, le opzioni di pagamento in moneta locale, il bacino degli utilizzatori con i relativi dati (*monthly active users, online contract conclusion* con soggetti residenti, *Data Collect* di utilizzatori o clienti residenti), etc.

L'opzione per il *nexus* basato sulla presenza economica significativa ove non sia ravvisabile una stabile organizzazione è, al momento, ancora in fase di definizione in sede OCSE (per approfondimenti, cfr. allegato n. 1).

Essa comporta, infatti, il superamento del principio dell'*independent person* e pone il problema di individuare nuovi criteri di attribuzione del reddito generato dall'impresa estera in un determinato territorio, con modalità in grado di assicurare, nei limiti del possibile, la parità tra le imprese che sono assoggettate a tassazione in base alla

presenza fisica (attraverso una *branch* o una *subsidiary*) e le imprese tassate in base alla PES [23].

Per quanto il tema sia complesso e, per certi aspetti, avveniristico, già se ne intravede una prima, molto parziale, applicazione nelle disposizioni introdotte nel nostro Stato dalla legge di stabilità 2016 per il settore delle scommesse *online.*

2.3. Il nuovo *nexus* previsto dalla legge di stabilità 2016 per il settore delle scommesse *online*

In questo scenario, il legislatore nazionale – con i commi da 927 a 931 dell'art. 1 della legge n. 208 del 2015 (legge di stabilità 2016) – ha inteso sperimentare unilateralmente un approccio che, per certi aspetti, potremmo definire "intermedio" nel senso che, in presenza di determinati fattori-indice, viene introdotta – per lo specifico settore delle scommesse *online* effettuate per mezzo di Centri Trasmissione Dati – una presunzione di esistenza di una stabile organizzazione che il soggetto estero può, eventualmente, superare in contraddittorio con l'Agenzia delle entrate. Ove non sia stata data prova liberatoria si renderà applicabile – ad opera degli intermediari finanziari – una ritenuta a titolo d'acconto in misura pari al 25 per cento dei flussi di proventi lordi, senza che vengano, tuttavia, precisati i criteri di determinazione del reddito netto imponibile che si assume prodotto nel territorio nazionale.

Il richiamo al concetto di stabile organizzazione sembrerebbe rinviare al tradizionale principio dell'*independent person* che, tecnicamente, non è compatibile, a nostro avviso, con le caratteristiche della fattispecie in cui il soggetto estero opera attraverso una rete di soggetti terzi, tra di loro del tutto indipendenti.

Le menzionate disposizioni prevedono, infatti, che qualora uno o più soggetti residenti operanti nell'ambito di un'unica rete di vendita svolgano – per conto di soggetti esteri non residenti o, comunque, sulla base di contratti di ricevitoria o intermediazione con soggetti terzi – le attività tipiche del gestore (raccolta scommesse, raccolta delle somme puntate, pagamento dei premi), anche sotto forma di centro trasmissione dati, e mettano a disposizione dei fruitori finali del servizio le apparecchiature telematiche e i locali presso cui scommettere (o altri strumenti per effettuare la giocata) scatta una

[23] Le ipotesi in esame riguardano metodi basati sulla ripartizione dei profitti; la determinazione di un "reddito netto stimato" applicando, ad esempio, una percentuale di costi presunti (in ragione del settore di attività) ai ricavi derivanti dalle transazioni dell'impresa non residente con clienti residenti nel Paese.

presunzione di esistenza di stabile organizzazione in Italia del soggetto estero, ove i relativi flussi finanziari superino 500 mila euro nell'arco di sei mesi [24].

Per quanto a nostra conoscenza, queste nuove disposizioni non hanno ancora avuto concreta attuazione e sarà importante seguirne le vicende anche nella prospettiva che esse possano essere applicate unilateralmente ad altri settori.

9. Richiedere all'Agenzia di fornire approfonditi chiarimenti sull'applicazione di queste nuove disposizioni e, in particolare, sui criteri utilizzati per la determinazione del reddito della presunta stabile organizzazione in Italia del gestore estero e, altresì, di chiarire come queste regole possano operare compatibilmente con la nozione di stabile organizzazione prevista nel TUIR, che si ispira al criterio tradizionale di *independent person* e, soprattutto, con le convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dal nostro Stato.

E ciò anche nella prospettiva dell'eventuale introduzione in tempi brevi nel nostro ordinamento di una *web tax* generale.

3. IL PROBLEMA DEL BENEFICIARIO EFFETTIVO

Di particolare impatto è il tema del riconoscimento della qualifica di beneficiario effettivo in ipotesi di flussi transfrontalieri di dividendi, interessi o *royalty*.

Come è noto, la nozione convenzionale di ***beneficial owner*** è finalizzata a prevenire l'interposizione di un soggetto terzo tra il beneficiario finale del reddito e il debitore. Intende, cioè, contrastare le c.d. "triangolazioni" in cui una società *conduit* viene utilizzata per fare ottenere, a soggetti che non ne avrebbero diritto, i benefici previsti da una determinata convenzione: e, in particolare, l'applicazione di ritenute in misura ridotta (o la loro disapplicazione) sui flussi in uscita di dividendi, interessi o canoni.

[24] L'Agenzia delle Entrate rileva i predetti presupposti dall'informativa che gli intermediari finanziari coinvolti nella gestione dei flussi sono tenuti ad inoltrare e, entro sessanta giorni dalla suddetta informativa, convoca in contraddittorio i gestori e il soggetto estero, i quali possono fornire prova contraria circa la presenza in Italia di una stabile organizzazione. Se all'esito del procedimento in contraddittorio sia accertata in Italia la stabile organizzazione del soggetto estero, l'Agenzia delle entrate emette motivato accertamento (liquidando le relative imposte) e segnala il soggetto estero agli intermediari finanziari, che dovranno effettuare una ritenuta a titolo d'acconto del 25 per cento sugli importi delle transazioni verso il beneficiario non residente, a meno che il contribuente, a seguito di interpello, da presentare entro sessanta giorni dall'inizio del periodo d'imposta, non dimostri che sono venuti meno i presupposti applicativi di queste disposizioni.

Non solo. Con particolare riferimento agli interessi e ai canoni, ove si ritenga che il percettore non integri questo specifico requisito, non potrebbe trovare applicazione neppure il regime di esenzione previsto dalla direttiva comunitaria n. 2003/49/CE.

La questione mette in particolare difficoltà i grandi gruppi multinazionali, la cui articolazione e operatività transnazionali richiedono massicci trasferimenti di interessi e *royalty* tra consociate di Paesi diversi e comportano che i flussi di dividendi *cross border* debbano continuamente risalire a vari livelli della catena societaria.

Sono operazioni del tutto consuetudinarie per i gruppi d'impresa che, proprio per questo, sono spesso oggetto di contestazioni e accertamento.

In verità, l'espressione *beneficial owner* andrebbe opportunamente chiarita, anche con riferimento alla sua complessa evoluzione in sede OCSE.

Introdotto nel Modello di convenzione nel 1977 per affermare che i benefici convenzionali non potevano trovare applicazione quando il percettore del reddito, ancorché residente nell'altro Stato, non fosse il destinatario ultimo del reddito proveniente dallo Stato della fonte ma agisse, ad esempio, quale rappresentante o agente di un soggetto residente in un Paese terzo, questa nozione ha dato luogo a notevoli incertezze interpretative ed è stata all'origine di un ampio dibattito che ha condotto l'OCSE a compiere ripetuti interventi sul Commentario e sul Modello di Convenzione.

Si è passati, infatti, da un concetto "intermedio" di beneficiario effettivo inteso quale soggetto che ha la titolarità giuridica del reddito secondo la legislazione fiscale dei due Stati che hanno stipulato la convenzione, ad una nozione più articolata che fa riferimento ad una piena disponibilità, giuridica ed economica, del reddito nel senso di escludere la figura del beneficiario effettivo ogni qualvolta il percipiente sia tenuto a trasferire il flusso reddituale ad un soggetto residente in un altro Stato sulla base di un'obbligazione legale o contrattuale, da accertare non solo in via documentale ma anche avendo riguardo ai fatti e alle circostanze del singolo caso di specie.

È chiaro che il rinvio ad un apprezzamento casistico non accompagnato dall'analisi di quali possano essere gli elementi di fatto rilevanti o dirimenti per inferire l'esistenza di questa obbligazione rappresenta un grave fattore di indeterminatezza che espone i contribuenti al rischio di contestazioni arbitrarie e ad ampio spettro [25].

[25] Sui contorni di questa nozione, oggi permane, dunque, un margine di incertezza di non poco conto.
In dottrina, è stato fatto notare che il ricorso ad una clausola del genere, sul piano logico, mal si presta all'effettivo contrasto delle società *conduit* in considerazione del fatto che, se la richiesta che il percettore sia anche il beneficiario effettivo del reddito viene intesa in senso giuridico, a stretto rigore, dovrebbe riconoscersi sempre, stante la titolarità giuridica del reddito da parte della società interposta; se invece

Il problema presenta aspetti delicati per quanto riguarda i rapporti finanziari produttivi di flussi di interessi, ma ancor più per i flussi di dividendi attinenti ai rapporti partecipativi.

Con particolare riguardo ai flussi di interessi, in molti casi si è scesi nel merito delle operazioni, attribuendo rilevanza determinante alla correlazione economico-finanziaria tra gli interessi attivi ricevuti da una società estera e gli interessi passivi che tale società è tenuta a pagare a soggetti terzi (cfr. il caso *Infood*). C'è da dire, tuttavia, che su questa tematica sono stati fatti passi in avanti. Ci riferiamo, in particolare, al caso emblematico dell'emissione di titoli obbligazionari da collocare in sottoscrizione sui mercati internazionali. Tali emissioni spesso prevedono la costituzione di un veicolo *ad hoc* (*Special Purpose Vehicle*, c.d. SPV) che è vincolato ad utilizzare gli interessi ad esso corrisposti dalla società finanziata per il soddisfacimento degli investitori che hanno sottoscritto le obbligazioni dallo stesso veicolo emesse e che non ha altra funzione che quella di "segregare" l'investimento e garantire l'andamento simmetrico dei flussi, in modo da far coincidere le date di pagamento relative agli interessi sulle obbligazioni con quelle dei pagamenti effettuati dalla società italiana finanziata.

Nel recente passato, l'Amministrazione finanziaria aveva ripetutamente negato la qualifica di beneficiario effettivo ai menzionati veicoli specializzati di investimento finanziario attraverso i quali grandi imprese italiane avevano emesso *bond* dal Lussemburgo per finanziarsi sul mercato mondiale a costi contenuti.

Questo finché non è stata trovata una soluzione normativa a tale questione ed a altre analoghe di cui meglio riferiamo nell'**allegato n. 2** cui si rinvia. In sintesi, in questa sede ci limitiamo a ricordare che le nuove disposizioni, pur confermando che questi SPV non hanno (nè possono avere, per lo scopo di garanzia cui sono destinati) i requisiti per essere considerati *beneficial owner* degli interessi attivi ad essi giuridicamente attribuibili, ne riconoscono la meritevolezza come costruzioni "genuine" dedite a reali funzioni economiche e prevedono particolari regimi di riduzione delle ritenute in uscita o di esenzione. Coerentemente, nella circolare n. 6/E del 2016, l'Agenzia delle entrate ha assunto, in tema di beneficiario effettivo degli interessi, un atteggiamento più consapevole delle nuove forme di finanziamento e dell'esigenza di limitare le contestazioni alle operazioni che si configurino come veri e propri arbitraggi.

Per quanto riguarda, invece, i flussi di dividendi relativi a rapporti partecipativi, la nostra prassi amministrativa e la giurisprudenza di legittimità non hanno fatto significativi passi in avanti. Eppure è proprio nell'ambito dei flussi di dividendi che l'utilizzo del concetto di

viene intesa in senso economico, non dovrebbe sussistere mai, tenuto conto che tutti gli enti societari sono strumenti costituiti e che operano nell'interesse ultimo dei soci, con la conseguenza che solo questi ultimi dovrebbero essere considerati beneficiari effettivi del reddito (cfr. in tema l'interessante contributo di JAIN, *Effectiveness of the beneficial ownership test in conduit company cases*, Victoria University of Wellington, 2012).

beneficiario effettivo trova evidenti limiti di applicazione, in ragione della peculiarità della fattispecie. Ed è su questo aspetto che intendiamo focalizzare, in particolare, l'attenzione di questo documento.

Il tema è stato affrontato (ed è tuttora in fase di ulteriore approfondimento) in sede OCSE. Rinviando per maggiori approfondimenti all'allegato n. 2, ci si è interrogati su cosa voglia dire avere la disponibilità giuridica ed economica dei flussi di dividendi che – a differenza degli interessi e delle *royalties,* per i quali è possibile ravvisare obbligazioni contrattuali (anche non scritte) di "riversamento" a favore di terzi – fluiscono lungo una catena societaria in forza di contratti di natura associativa e non sinallagmatica.

Tanto più che, come si afferma nell'attuale versione del Commentario, non sono da considerare obbligazioni "correlate" ai dividendi (tali da precludere al percettore il riconoscimento della qualità di *beneficial owner*) gli obblighi di redistribuzione dell'utile propri dei fondi pensione (contrattualmente previsti dai relativi regolamenti) [26]. Nè tanto meno, dunque, possono essere considerati tali – a nostro avviso – gli obblighi di adempimento delle delibere di distribuzione che, di esercizio in esercizio, i soci possono o meno adottare [27].

In definitiva, in presenza di flussi di dividendi che non transitino tramite un agente o una fiduciaria non sono ravvisabili obbligazioni di "ritrasferimento" *back to back* alla controllante o ai soci di livello superiore e tanto meno obbligazioni correlate in senso tecnico ai dividendi stessi che possano mettere in discussione, ai fini convenzionali, lo *status* di beneficiario effettivo di una *subholding*.

Volendo essere ancora più espliciti, possiamo sinteticamente riassumere il problema nel modo seguente: nel caso dei dividendi percepiti da una *holding*, il concetto di beneficiario effettivo presenta aspetti non assimilabili alla fattispecie degli interessi e delle *royalties*.

Relativamente alle *holding*, la natura di beneficiario effettivo può essere negata solo laddove sia astrattamente ipotizzabile la sussistenza di obbligazioni di natura legale o

[26] Istituti come i fondi pensione, i fondi d'investimento collettivo, i fondi di *private equity*, i fondi di fondi, etc. hanno ormai assunto, nel proprio specifico settore, un ruolo economico importante ed essenziale, ma la loro configurazione con i relativi assetti regolamentari e/o contrattuali non si sposa facilmente con i criteri che integrano lo *status* di *beneficial owner*.

[27] Questa conclusione trova indiretta conferma nella nota sentenza *Prevost Car* del 22 aprile 2008, in cui la Corte canadese ha riconosciuto lo *status* di beneficiario di una *holding* passiva i cui soci avevano sottoscritto un patto di distribuzione periodica, affermando che si verifica questa condizione ogniqualvolta il percettore riceve i dividendi "*per proprio uso e godimento"* ("*for his or her own use and enjoyment"*), assumendo il controllo e i rischi di quanto percepito; i dividendi appartengono al patrimonio della società, possono essere aggrediti dai creditori, mentre l'eventuale violazione dell'accordo non avrebbe alcuna conseguenza per la società ma rileverebbe solo nei rapporti tra i soci.

contrattuale che impongano alla stessa *holding* di redistribuire *back to back* i redditi ricevuti ad altri soggetti. Questa eventualità, tuttavia, si può riscontrare solo per i flussi di interessi e *royalties* mentre per quanto riguarda i dividendi sembra essere circoscritta al caso di costruzioni artificiose, come quelle che caratterizzano le fattispecie di *dividend washing*. Viceversa, quando la *holding* si sia limitata ad eseguire una delibera di distribuzione dell'utile ai propri soci, questa circostanza non sembra sufficiente ad escludere la natura di beneficiario effettivo e, quindi la disponibilità giuridica ed economica dei dividendi che la *holding* abbia a sua volta percepito dalla propria partecipata, dal momento che tale distribuzione non nasce da un rapporto sinallagmatico, ma è la naturale conseguenza del rapporto associativo che lega i soci alla propria società partecipata [28].

Quanto precede trova una chiara conferma anche nelle direttive comunitarie e nei provvedimenti relativi alla loro attuazione nel nostro Stato. Mentre, infatti, la clausola del beneficiario effettivo è esplicitamente prevista nella direttiva interessi e canoni, di essa non si fa menzione nella direttiva madre-figlia, la quale pone esclusivo riferimento alla clausola antiabuso di carattere generale. E in questo senso si è mosso anche il nostro legislatore che ha richiamato la clausola del beneficiario effettivo nell'attuazione della direttiva interessi e *royalties* e si è orientato invece nell'ottica della disciplina antiabuso per quanto riguarda i dividendi madre-figlia. Ciò emergeva, in tema di dividendi madre-figlia, già nell'originaria formulazione dell'art. 27-*bis*, comma 5, del D.P.R. n. 600 del 1973 ed è divenuto ancora più chiaro a seguito delle recenti modifiche introdotte in tale comma, giuste le quali viene fatto espresso rinvio alla disciplina dell'art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente (legge n. 212 del 2000).

[28] Ciò non significa, peraltro, che non possano essere attivati altri strumenti di contrasto laddove emergano operazioni che, nel loro insieme, si configurino effettivamente come elusive. Anzi, in sede OCSE è del tutto pacifico, ad esempio, che il concetto di beneficiario effettivo non esclude affatto che i benefici di una convenzione possano, comunque, essere negati ove si ravvisi un'ipotesi più generale di *treaty shopping.*
È chiaro, al riguardo, anche il par. 12.4 del Commentario all'art. 10 per cui "*The fact that the recipient of the dividends is considered to be the beneficial owner of that dividends does not mean, however, that the limitation of tax provided by paragraph 2 must automatically be granted… there are many ways to addressing conduit company and, more generally, treaty shopping situations. … Whilts the concept of beneficial owner deals with some form of tax avoidance (e.i those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass on the dividend to someone else) it does not deals with other case of treaty shopping and must not, therefore, be considered as restricting in any way to application of other approaches to addressing such cases".*
In definitiva, come emerge anche dal contenuto del rapporto finale dell'*Action* n. 6 BEPS, il coordinamento del requisito in esame (specificamente previsto per i soli flussi di dividendi, interessi e *royalties*) con le condizioni generali di operatività delle convenzioni e con le altre eventuali clausole antielusive adottate dagli Stati contraenti opera nel senso che la clausola del *beneficial owner* è un *quid minus* che non esime l'interprete dalla necessità di verificare le altre condizioni e clausole che hanno una loro autonomia.
In particolare, sempre in chiave antielusiva, il *Report* finale sull'*Action* 6 suggerisce di porre un argine alle altre possibili ipotesi di *treaty shopping* con l'inserimento nei trattati di una clausola di *Limitation on Benefits (LOB)* in funzione della natura delle attività svolte dal soggetto che invoca i benefici del trattato, nonché di una generale clausola antiabuso fondata sullo scopo principale delle operazioni poste in essere (c.d. *PPT rule*).

La nostra Amministrazione, viceversa, continua a muoversi in controtendenza e giunge a contestare, sulla base alla clausola del beneficiario effettivo, anche il regime comunitario di esenzione delle ritenute sui dividendi distribuiti in favore di *subholding* comunitarie, nonostante – ripetiamo – la direttiva madre-figlia non subordini tale regime alla clausola in parola.

In particolare, la variegata prassi dei verificatori – in ciò supportata anche da talune posizioni giurisprudenziali – deduce indifferentemente argomenti che, a loro avviso, dovrebbero dare fondamento alla rilevata mancanza dello *status* di *beneficial owner* ed elementi indice di una supposta "non genuinità" del veicolo; con ciò tracciando un'equivalenza tra le due condizioni che, come diffusamente si espone nell'allegato n. 2, non trova riscontro a livello comunitario e internazionale e che finisce per autoalimentare le relative contestazioni: nel senso che ove i verificatori rilevino (o presumano di poter rilevare) che la *holding* ha solo poteri limitati sui flussi di dividendi percepiti, si utilizza questo argomento (che è un elemento segnaletico tipico dei rilievi sul beneficiario effettivo) per contestare puramente e semplicemente che l'ente è una costruzione di puro artificio, anche con riferimento alle *holding* comunitarie cui viene, quindi, negato il regime di esenzione della direttiva.

In altri casi, al contrario, per avvalorare accertamenti in tema di *beneficial owner* si utilizzano gli elementi probatori propri di una costruzione non genuina, valevole per le attività imprenditoriali tipiche, cioè industriali, ma non certo per i compiti che ha una *holding*, quali, ad esempio, il livello di presenza fisica dell'ente rispetto ad un determinato territorio (in termini di locali, personale e quant'altro).

Le principali "vittime" di questo approccio che sovrappone continuamente gli elementi di prova di differenti contesti normativi di riferimento sono, come accennato, le *holding* passive, anche comunitarie, che, a seconda dei casi, sono indifferentemente ritenute costruzioni non genuine in quanto – come nel caso delle *holding* comunitarie dei fondi di *private equity* impegnate in operazioni di distribuzione di dividendi o realizzo di *capital gain* nella fase di *exit* dagli investimenti – avrebbero poteri limitati sui flussi destinati agli investitori titolari delle quote del fondo; oppure sono considerate soggetti non qualificabili in termini di beneficiario effettivo, ai fini dell'applicazione delle convenzioni, alla luce della loro struttura e presenza fisica fisiologicamente "leggere", non supportate cioè da quei fattori produttivi che sono tipici – ripetiamo – delle attività produttive industriali e non certo strumentali ai compiti che devono assumere le *holding*.

In altri contesti, come ad esempio nella circolare n. 32/E del 2011, l'Agenzia ha proposto una sorta di equivalenza tra *holding* passive (che non svolgono attività di direzione e coordinamento) e costruzioni di puro artificio nel presupposto che esse –

non esercitando in senso tecnico un'attività "commerciale"[29] – non avrebbero titolo ad invocare la libertà comunitaria di stabilimento; trascurando, tuttavia, che da tutta la giurisprudenza della Corte di Giustizia emerge con assoluta chiarezza che le attività economiche genuine il cui esercizio legittima il diritto di stabilimento sono un *quid pluris* rispetto alla attività commerciale, nel senso che possono legittimamente invocare il diritto comunitario di stabilimento anche enti che esercitano attività economiche *tout court* e non soltanto quelli dediti ad attività d'impresa.

Un'impostazione, questa della Corte di Giustizia, che ora trova conferma invece nella circolare n. 40/E del 2016, in cui l'Agenzia ritorna sulle proprie valutazioni per chiarire, che una *holding* comunitaria è da ritenere una costruzione genuina che esercita legittimamente il diritto di stabilimento in qualsiasi Paese UE, ove svolga "effettivamente" un'attività economica nel senso chiarito, appunto, dalla Corte di Giustizia [30].

Il risultato è un clima di forte incertezza su cui necessitano urgenti chiarimenti da parte dell'Agenzia.

[29] In effetti, la circolare n. 32/E del 2011 precisa che "*per quanto riguarda, inoltre, le regole in base alle quali è consentito considerare una società di pura partecipazione come una entità economicamente reale o, invece, artificiosa può essere utile, mancando precedenti specifici, riferirsi all'elaborazione della giurisprudenza comunitaria in tema di aiuti di Stato. È infatti noto che il presupposto soggettivo preliminare per ravvisare l'esistenza o meno di un aiuto di Stato è che destinataria ne sia un'impresa. Ai fini dell'individuazione della natura "commerciale" del soggetto, occorre in concreto distinguere la figura del mero proprietario di partecipazioni (che non è un'impresa), dal soggetto che della proprietà di partecipazioni societarie faccia, appunto, la propria impresa. Ciò perché vi sono holding che esercitano concretamente attività di gestione e coordinamento delle partecipazioni detenute ed erogano servizi in modo accentrato alle società controllate, ed holding che, diversamente, si limitano a detenere partecipazioni e ad incassarne i relativi frutti, senza svolgere alcuna attività. (…) In conclusione, qualora la società percettrice dei dividendi (…) fosse configurabile come semplice possessore delle partecipazioni, fosse stabilita in uno Stato membro in cui il trattamento fiscale complessivo dei redditi societari era significativamente migliore di quello che sarebbe stato applicabile ad analogo soggetto stabilito in Italia, non svolgesse attività diverse dal mero possesso delle partecipazioni, e il numero e l'importanza di queste dimostrassero che il centro esclusivo o prevalente dei suoi interessi era in Italia, il suo stabilimento nell'altro Stato membro potrà essere considerato come una costruzione di mero artificio*".

[30] Nella recente circolare n. 40/E del 2016 (p. 15) in tema di consolidato nazionale tra sorelle, l'Agenzia ha chiarito che la controllante comunitaria, per non essere considerata costruzione di puro artificio, deve svolgere "effettivamente un'attività economica" (e non necessariamente un'attività commerciale, come ci è anche stato confermato per le vie brevi dai dirigenti della Direzione normativa), prendendo a riferimento, non a caso, le sentenze della Corte di Giustizia sul diritto di stabilimento, cause C-324/00, C-9/02, C-446/03, C-196/04.

In realtà, anche nella circolare n. 6/E del 2016 in tema di *levereged buy out*, l'Agenzia ha individuato questo stesso requisito – e cioè lo svolgimento di una reale e genuina attività economica – per escludere che una *holding* di partecipazioni potesse essere considerata una costruzione di puro artificio. Tuttavia, in modo non del tutto chiaro, in quell'occasione l'Agenzia aveva anche affermato che poteva essere considerata *conduit* una "*una struttura organizzativa "leggera" (ad esempio il personale, i locali e le attrezzature potrebbero risultare messe a disposizione da società domiciliatarie attraverso contratti di management service), priva di effettiva attività e di una reale consistenza e, in concreto, senza autonomia decisionale se non dal punto di vista formale*".

Con maggiore chiarezza, nella risoluzione n. 69/E del 2016, l'Agenzia ha affermato che una *holding* può legittimamente esercitare il diritto di stabilimento anche se svolge attività di mera detenzione delle partecipazioni e non, in senso tecnico, un'attività commerciale.

L'intero dibattito internazionale e comunitario – come del resto la stessa prassi domestica in tema di veicoli finanziari e di flussi d'interesse di cui si riferisce in dettaglio nell'allegato n. 2 e al quale rinviamo per una migliore comprensione del problema – ci conducono a formulare alcune conclusioni.

3.1. Per quanto riguarda le ***holding***, comprese quelle puramente passive, occorre riconoscere che esse:

i) in quanto dedite ad effettive attività economiche (per quanto non necessariamente di natura commerciale) sono, di per sé, entità genuine, alle quali deve, pertanto, essere riconosciuta la libertà comunitaria di stabilimento. Il loro eventuale utilizzo artificioso non discende dalla natura dell'ente e/o dell'attività svolta, bensì dal loro (eventuale) inserimento in un determinato schema elusivo;

ii) hanno tutti i requisiti per poter essere considerate beneficiarie effettive dei dividendi ad esse erogati e che sono parte integrante del proprio patrimonio, salvo che non siano ravvisabili (anche in via di fatto) precisi obblighi di "ritrasferimento" che riguardino direttamente i dividendi, come nei casi in cui la società agisca – per usare l'espressione utilizzata dal par. 12.4 del Commentario all'art. 10 del Modello Ocse (edizione 2014) di cui già si è detto – a titolo di "*agent, nomineé, conduit company acting as a fiduciary or administrator*" [31] [32]. Diversamente, attribuendo alla clausola un significato antielusivo generale e sposando ora una tesi giuridico-formale, ora una tesi economico-sostanzialistica ci si imbatterebbe, come già rilevato in dottrina, in un paradosso logico (cfr. nota 26). Attribuendo, infatti, rilievo *tout court* alla titolarità giuridica, la clausola in questione non riuscirebbe a contrastare in alcun modo gli abusi perché ogni veicolo societario è formalmente titolare del reddito che percepisce. Ma, anche sostenendo che il beneficiario debba essere individuato su base economica si giungerebbe, senza possibilità di alternative, alla conclusione opposta, tenuto conto che nessuna società è priva di un

[31] Ove si ravvisino operazioni in cui la singola entità è inserita in modo strumentale come intestatario a termine di una partecipazione per il tempo necessario a riscuotere la cedola e al fine prevalente di fruire di benefici che al cedente a pronti non sarebbero spettati, esse devono essere contestate invocando, più propriamente, la norma generale antielusiva.

[32] Diversamente da queste ipotesi, per quanto diffusamente si è detto, non dovrebbe essere negata la qualifica di beneficiario effettivo ad una *holding*, per quanto passiva, sia quando essa si configuri come uno strumento di investimento "diretto" – come parte, cioè di una struttura più ampia che comprende le partecipate su cui esercita una sicura influenza e di cui riflette le caratteristiche – sia quando, ad esempio, è una struttura di un fondo CIV che – giuste le conclusioni condivise in sede OCSE – ha il potere di gestire e diversificare gli investimenti ad essa affidati.

legame economico con i propri soci. Sotto un profilo sostanziale, è evidente, infatti, che – considerato che i veicoli societari altro non sono che gli strumenti organizzativi che l'ordinamento mette a disposizione dei soci per soddisfare il loro interesse economico – i beneficiari economici effettivi del reddito della società sono sempre e soltanto i soci. Ma ciò non vale ai fini convenzionali: infatti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 10 delle convenzioni (ed escludendo il caso delle *partnership*) i soci non possono, di per sé, essere considerati come i beneficiari effettivi dei dividendi, come ben si chiarisce al par. 12.6 del Commentario al medesimo art. 10, marcando la differenza rispetto alla normativa antiriciclaggio (nel cui contesto, invece, sono beneficiari effettivi soltanto le persone fisiche che, in ultima istanza, detengono le partecipazioni)[33].

3.2. Non vi è alcuna contiguità e/o sovrapponibilità tra lo *status* di beneficiario effettivo e la qualità di costruzione genuina, nel senso che è ben possibile immaginare un ente che, in relazione a determinati flussi, non sia il beneficiario effettivo e che, ciononostante, sia da considerare una costruzione del tutto genuina [34]. E ciò si desume, in modo chiaro, dalla precedente ricostruzione ed emerge, altresì, dalle recenti disposizioni di diritto nazionale inserite nel D.P.R. n. 600 del 1973 in tema di flussi di interessi a veicoli o altri istituti finanziari comunitari di cui ci occupiamo nell'ultimo paragrafo dell'allegato n. 2.

3.3. Le considerazioni che precedono assumono, evidentemente, importanza non solo per il tema qui in discussione – e, cioè, delle *holding* o *subholding* di multinazionali estere destinatarie di dividendi provenienti dall'Italia – ma anche per le *subholding* di gruppi nazionali insediate all'estero per gestire investimenti partecipativi in altri Stati.

[33] Cfr. il par. 12.6: "*the meaning of 'beneficial owner' … in the context of article (*10) *must be distinguished from the different meaning that has been given to that term in the context of other instruments that concern the determination of the persons (typically the individuals) that exercise ultimate control over the entities or assets. That different meaning cannot be applied in the context of Article. Indeed that meaning which refers to naturals persons (e.i. individuals) cannot be reconciled with the express wording of subparagraph 2a) which refers to situations where the company is the beneficial owner of the dividends".*
Cfr. anche il par. 12.1 del Commentario all'art. 10 in cui si ribadisce che, ai fini convenzionali, il termine beneficiario effettivo non è usato in senso strettamente tecnico, secondo il significato che esso ha per la disciplina del *trust* ("*the term beneficial owner is therefore not used in a narrow tecnical sense (such as the meaning it has under the trust law"*). Al riguardo, il Commentario annota che "*For exemple where a trustee of a discretionary trust do not distribuite dividends earned during a given period, these trustee acting in their capacity as such (or the trust if recognised as separate taxpayer) could constitute the beneficial owner of such income for the purpose of article 10 even if they are not the beneficial owner under the rilevant trust law" (12.1).*

[34] Per quanto già si è detto, è vero anche il contrario: la qualità di beneficiario effettivo non esclude che possano essere negati i benefici di una convenzione ove si ravvisi un'ipotesi più generale di *treaty shopping.* Cfr., al riguardo, anche il già richiamato par. 12.4 del Commentario all'art. 10.

Il problema è comune, in altri termini, alla tematica dell'esterovestizione affrontata nelle pagine precedenti. In entrambi i casi, infatti, la questione di fondo attiene alla riconoscibilità della legittima esistenza di tali *entity* per la funzione che esse esplicano, funzione che non è quella di produrre beni e servizi per il mercato, ma di gestire, appunto, gli investimenti partecipativi.

È, tuttavia, necessario che, sin da subito, l'Agenzia si attivi per diramare direttive chiare agli Uffici che tengano conto di questa nuova realtà economica.

10. Risolvere l'incertezza che deriva dalle richiamate differenti conclusioni in tema di *holding* (che emergono dall'operatività dei verificatori, non meno che dal non perfetto coordinamento tra alcune circolari dell'Agenzia delle Entrate).

11. Superare la continua sovrapposizione di elementi probatori che, immaginati in relazione a determinati istituti, diventano segnaletici di situazioni del tutto diverse, facendo chiarezza sugli obiettivi e sull'ambito applicativo di tali differenti istituti, con linee guida esplicite, appropriate e, possibilmente, coordinate.

4. LA *COOPERATIVE COMPLIANCE*

Tra gli strumenti per la gestione dei rischi dell'impresa multinazionale, il Gruppo di Giunta ha ritenuto opportuno approfondire, come accennato in premessa, anche gli effetti dell'adesione al nuovo regime opzionale di adempimento collaborativo (c.d. *cooperative compliance programme*), introdotto dagli artt. 3 e ss. del D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128.

Il regime, com'è noto, è finalizzato a realizzare forme di interazione e di cooperazione rafforzata tra Agenzia delle Entrate e contribuenti dotati di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo (c.d. "*tax control framework*", TCF) del c.d. "rischio fiscale", inteso come "*rischio di operare in violazione di norme di natura tributaria ovvero in contrasto con i principi o con le finalità dell'ordinamento*" (cfr. art. 3 del D.Lgs. n. 128).

Il nuovo istituto risponde, quindi, ad esigenze di certezza e di stabilità nell'applicazione della norma tributaria nonché di prevenzione e risoluzione *ex ante* di controversie in materia fiscale, da un lato, garantendo alle imprese di maggiori dimensioni una considerevole riduzione del rischio di accertamenti *ex post*, di vicende contenziose e di

conseguenze sanzionatorie; dall'altro, offrendo all'Amministrazione finanziaria l'opportunità di meglio comprendere il *core business* delle imprese e indirizzare lo sforzo accertativo verso i contribuenti "non collaborativi".

Ricordiamo, a questo proposito, che alcuni significativi aspetti del procedimento di ammissione al regime erano stati esaminati nella nostra circolare n. 14 del 22 aprile 2016 (*Prime disposizioni attuative del nuovo regime di cooperative compliance*) [35].

Successivamente, nell'ambito del Gruppo di Giunta abbiamo approfondito in modo più puntuale gli aspetti critici della *compliance*: i temi di maggior rilevanza per le imprese sono stati poi trasfusi – su unanime decisione delle imprese partecipanti ai lavori – in un apposito documento interassociativo, condiviso con Abi e Confindustria e presentato all'Agenzia delle Entrate lo scorso luglio (**allegato n. 3**).

Sulla base di questo documento, l'Agenzia ha opportunamente fornito risposte a molti dubbi applicativi. In particolare, la **circolare n. 38/E del 16 settembre 2016**, prendendo atto delle esigenze da noi rappresentate, ha dato chiarimenti importanti su vari temi. Ne elenchiamo i più significativi.

L'Agenzia ha:

- confermato il nostro orientamento sul **perimetro soggettivo** del regime, riconoscendo la possibilità di ingresso alla *compliance* non solo alla società *holding* ma a tutte le società che svolgono funzioni di indirizzo in relazione al sistema di controllo del rischio fiscale, a prescindere dai requisiti dimensionali, nonché confermando per tali società la possibilità di successiva ammissione al regime anche tramite integrazione dell'istanza originaria (par. 1.2)[36];

[35] Circolare di commento al Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 14 aprile 2016 (prot. n. 54237/2016).

[36] Soluzione che, si ricorda, avevamo già auspicato nella nostra circolare n. 14 del 2016, quando avevamo evidenziato l'incerto perimetro soggettivo derivante dall'estensione del regime c.d. "per trascinamento" prevista dal provvedimento attuativo. Resta fermo, ovviamente, che uno dei principali obiettivi da perseguire è (e rimane) l'allargamento nel prossimo futuro della platea delle imprese che possono fruire della *compliance*.
Più in generale, siamo convinti che, per garantire certezza del diritto e orientamento alla crescita, il gruppo di imprese debba essere considerato unitariamente nella fase di attuazione del tributo e questo sia allorché si tratti di modalità di interlocuzione tra fisco e contribuente che si svolgono *ex ante* rispetto alla fase di accertamento, sia quando si tratti di controlli e verifiche *ex post*.
Al fine di implementare il modello partecipativo fisco/contribuente basato sul dialogo e sulla fiducia reciproca, intenderemmo operare su più fronti.
Ad esempio, ci sono pervenute segnalazioni sul non perfetto funzionamento del regime delle verifiche, dell'accertamento e del contenzioso previsto per i c.d. **grandi contribuenti** (cfr. art. 27, commi 13 e 14, del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, nonché art. 4, comma 3, del Regolamento di amministrazione); regime che attribuisce le relative competenze agli uffici specializzati delle Direzioni Regionali dell'Agenzia delle Entrate. Le interlocuzioni con questi uffici, infatti, sono limitate ai contribuenti con volume d'affari, ricavi o compensi non inferiori a cento milioni di euro. Ne restano, pertanto, escluse le società del gruppo che non

- riconosciuto la necessità di conferire al ***tax manager*** una funzione apicale che gli permetta di interloquire costantemente con le strutture di vertice, al fine di assicurare il pieno coinvolgimento del responsabile della funzione fiscale nelle decisioni aziendali (par. 2.1);

- riconosciuto la massima autonomia delle imprese in ordine ai **modelli di *tax strategy***, ammettendo la rilevanza della strategia fiscale del gruppo che abbia riflessi nei confronti della *subsidiary* italiana, nonché la piena libertà nell'attuazione del c.d. principio di *segregation of duties*, sia orizzontale che verticale (par. 2.3), specificando che il controllo può essere affidato ad un'unità inserita nella funzione fiscale, ma "segregata", sotto il profilo organico e funzionale, senza necessità di predisporre un'*entity ad hoc;*

- confermato la piena autonomia dell'impresa in ordine alla tipologia nonché alle modalità di predisposizione ed implementazione del *Tax control framework*, specificando che la **mappa dei rischi** deve riportare l'indicazione dei "*rischi fiscali, potenziali e attuali, associati ai processi e alle attività aziendali*" (par. 3.4);

- confermato che la procedura di ammissione al regime è volta esclusivamente a verificare l'adeguatezza delle procedure di controllo in concreto adottate dalle singole società e che tale verifica può essere svolta anche in sede di ***pre-filing*** (par. 2.3), al fine di permettere al contribuente di valutare o meno l'opportunità di presentare l'istanza di adesione al regime;

---

raggiungono tali dimensioni, pur essendo società importanti o per il tipo di attività esercitata (*holding*, s.g.r., ecc.) o per la loro partecipazione al consolidato fiscale.
Tali società sono, di conseguenza, costrette ad interloquire con gli Uffici provinciali dell'Amministrazione, spesso non dotati delle competenze e/o dei mezzi necessari, con non poche difficoltà di comprensione del *business* da parte dell'Amministrazione, e di adeguato riscontro delle istanze delle società medesime.
Vorremmo pertanto proporre all'Agenzia delle Entrate – eventualmente anche promuovendo un apposito intervento normativo in tal senso – l'inclusione dei soggetti in parola nel rango dei grandi contribuenti sottoposti alla competenza della D.R.E., su base volontaria, attraverso cioè apposita opzione. In prima battuta, si potrebbe eventualmente limitare questa possibilità alle società che partecipano al c.d. consolidato nazionale, in relazione alle quali, allo stato attuale, pur essendo previsto il c.d. "accertamento unico" (art. 40-*bis* del D.P.R. n. 600 del 1973), le rettifiche sono operate dagli uffici territorialmente competenti per le singole consolidate.
Un altro tema del quale ci stiamo occupando attiene alla ***compliance* nel settore doganale**, caratterizzata dalla figura del c.d. **AEO** (**operatore economico autorizzato**). Nel settore doganale, infatti, sono previsti significativi vantaggi a favore degli operatori ritenuti particolarmente sicuri e affidabili, che dimostrino di possedere un elevato livello di conformità nell'adempimento degli obblighi tributari. Le caratteristiche principali dell'AEO, nonché i vantaggi e i benefici che gli operatori possono trarre dal riconoscimento del relativo *status*, sono illustrati nella nostra Guida "*Le regole doganali e il commercio internazionale*", alla quale facciamo rinvio; in questa sede, ci limitiamo a ricordare che la figura dell'AEO è stata elaborata dall'Organizzazione mondiale delle dogane ed assume un ruolo centrale nel nuovo sistema normativo che, dal 1° maggio 2016, regola la materia doganale in ambito unionale (v. il Reg. UE n. 952/2013 del 9 ottobre 2013, che istituisce il Codice doganale dell'Unione). Insieme alle associate interessate, stiamo attentamente valutando le possibilità di implementare questo istituto e i benefici che ne possono derivare alle imprese.

- assicurato, in modo molto ragionevole, l'estensione degli effetti delle risposte rese nell'ambito dell'**interpello c.d. breve** ad eventuali imprese non aderenti al regime di adempimento collaborativo, ovvero legate al contribuente aderente da rapporti di gruppo, quali il consolidato fiscale ed il regime di liquidazione IVA di gruppo (par. 5.2);

- rassicurato le imprese in merito al ruolo ed alle responsabilità dei funzionari dell'Amministrazione, da un lato, confermando la necessità di istituire la figura del c.d. **funzionario referente**, che opera come punto di contatto permanente del contribuente presso l'Agenzia delle Entrate; dall'altro, precisando gli specifici obblighi di riservatezza ed in particolare il segreto d'ufficio che grava su tutti i funzionari che abbiano accesso alle informazioni ritenute riservate dall'impresa (par. 11.2);

- garantito la pubblicazione, entro fine anno, dell'**elenco** delle operazioni, delle strutture e degli schemi di pianificazione fiscale aggressiva (par. 8.1);

- riconosciuto il cumulo dei benefici afferenti le sanzioni amministrative, precisando che la **riduzione delle sanzioni** ottenibile attivando lo strumento del ravvedimento operoso è applicabile dopo aver fruito della riduzione prevista nell'ambito della *compliance* (par. 7);

- specificato che l'eventuale **fuoriuscita del contribuente** dal regime è disposta con provvedimento di cancellazione motivato, ma che tale motivazione non è resa pubblica (par. 9.5).

È, tuttavia, necessario che, sin da subito, l'Agenzia si attivi per diramare direttive chiare agli Uffici che tengano conto di questa nuova realtà economica. A fronte di questi chiarimenti permangono, infatti, alcune zone d'ombra che potrebbero rendere incerta l'effettiva appetibilità del nuovo regime.

Innanzitutto, ancora deve trovare chiara soluzione la questione di fondo attinente ai profili di **autonomia decisionale** ascrivibili ai responsabili del *tax office*. L'Agenzia delle Entrate deve, infatti, modificare il suo ruolo da "verificatore" *ex post* della correttezza fiscale dei comportamenti adottati dai contribuenti a coadiutore delle imprese nell'adempimento *ex ante*. Ciò comporta un obiettivo "ripensamento" delle rigidità del nostro sistema tributario e della disciplina attinente alle responsabilità patrimoniali che incombono sui funzionari dell'Amministrazione finanziaria. Occorre cioè concedere un'ampia "delega di funzione" agli addetti al settore, intesa come capacità dei singoli funzionari di definire con l'impresa, che adotta la *compliance*, in

modo obiettivo ed equo, tutti i profili rilevanti sul piano fiscale che, di volta in volta, vengono in rilievo.

Questo è forse il punto più delicato. A ben guardare – tenuto anche conto delle esperienze di discipline analoghe esistenti in altri Stati – il vantaggio di maggior impatto che il regime di *cooperative compliance* può recare alle imprese che vi aderiscono, risiede principalmente nella augurabile drastica riduzione degli accertamenti; riduzione che inciderebbe positivamente anche sulle risultanze del bilancio, abbattendo la voce del fondo imposte; voce spesso significativa. Ora è evidente che, se le scelte interpretative adottate dalle imprese e portate a conoscenza dell'ufficio venissero sistematicamente non condivise, questo effetto sarebbe ben lungi dal prodursi e ciò a prescindere dai benefici che la *compliance* comporterebbe per quanto concerne le sanzioni applicabili.

Sotto altro profilo, sebbene con la circolare n. 38/E sia stata condivisibilmente circoscritta l'operatività della mappatura *ex ante* dei rischi fiscali e sia stato chiarito che essa non deve includere i rischi relativi ad attività, operazioni o eventi aziendali, verificatisi prima dell'ingresso al regime – anche qualora tali rischi abbiano prodotto effetti nei periodi di imposta interessati dalla *compliance* – restano poco chiare le conseguenze della **mancata comunicazione *ex ante*** del rischio fiscale, comunicazione in ipotesi omessa in buona fede e sul presupposto (successivamente dimostratosi errato) dell'assenza di rischio nel caso specifico.

Più in generale, resta irrisolta la questione dell'"ampiezza" della comunicazione *ex ante* dei rischi fiscali; comunicazione che, secondo l'Agenzia, deve essere completa e tener conto della rilevanza economica delle operazioni. In particolare, poiché il compito di discernere le operazioni rischiose da quelle prive di rischio spetta unicamente all'impresa, può ben accadere che la valutazione operata dall'impresa circa la completezza della comunicazione del rischio fiscale possa non essere condivisa dall'Agenzia delle Entrate.

A questo proposito, la circolare n. 38/E si limita a precisare come eventuali rischi successivamente rilevati debbano essere comunicati tempestivamente e, comunque, "*prima del compimento delle relative operazioni*", ovvero "*del decorrere delle relative scadenze fiscali*", o "*al più tardi nel primo aggiornamento utile della mappa dei rischi, da effettuarsi con cadenza almeno annuale".* Dall'altro, per "rischio rilevante" – rischio, cioè, che può determinare la fuoriuscita del contribuente dal regime – si intende quello "*la cui mancata individuazione o comunicazione sia tale da compromettere l'affidamento dell'ufficio nel sistema stesso"*.

Rebus sic stantibus, resta ancora incerto il grado di rischio la cui mancata comunicazione sia in un certo qual modo "tollerata" dal sistema di *cooperative compliance*.

D'altro canto, poiché le operazioni "rischiose" sono anche quelle che, con maggiore probabilità, possono coinvolgere soggetti terzi e/o presentare un grado di riservatezza particolarmente elevato, nonostante la rassicurazione in merito all'inutilizzabilità, ai fini accertativi, delle informazioni acquisite dall'ufficio nella fase istruttoria di ammissione al regime, non sembra possibile escludere a priori ipotetici "effetti collaterali", sul piano dell'attività di accertamento, per eventuali soggetti terzi (estranei al gruppo), ovvero per gli stessi contribuenti ammessi alla *compliance*.

Altro aspetto di criticità attiene all'esatta delimitazione della **competenza esclusiva** assegnata alla Direzione Centrale Accertamento dell'Agenzia delle Entrate; competenza che la circolare circoscrive al controllo delle dichiarazioni e del corretto adempimento degli altri obblighi tributari, nonché alle attività relative al predetto regime ma che, a quanto ci consta, l'emanando provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate riguardante le diverse modalità di interlocuzione semplificata dovrebbe, in un certo qual modo, ulteriormente delimitare per tener conto dell'esigenza di approntare "forme di coordinamento" con le residue competenze spettanti ad altri soggetti istituzionali (GdF, DRE, ecc.).

Ne consegue che il nuovo regime di adempimento collaborativo presenta ancora alcune incognite di non semplice soluzione, al punto – a quanto ci consta – da indurre alcune associate a nutrire dubbi sull'opportunità di presentare istanza di adesione al regime e finanche di esperire, in via informale e senza alcun impegno, l'eventuale fase di *pre-filing*. Resta fermo ovviamente che molte delle incertezze "residuali" che preoccupano le imprese richiedono, per essere definitivamente fugate, il concreto avvio della procedura e questo perché la riuscita del regime dipende in massima parte dalle capacità, dai mezzi, personali e materiali, e dagli obiettivi propri del *tax office*.

Infine, vi è il problema del **rischio sanzionatorio** amministrativo e, soprattutto, penale, cui l'impresa in regime di *compliance* resta comunque esposta. Ricordiamo, infatti, che l'art. 6 del D.Lgs. n. 128 del 2015 prevede che:

a. se l'Agenzia non condivide la posizione dell'impresa per i rischi tempestivamente comunicati, le sanzioni amministrative tributarie sono ridotte "*della metà*" e non possono essere applicate "*in misura superiore al minimo edittale*" (comma 3), mentre

b. per quanto concerne le sanzioni penali esse non sono escluse nel contesto della *compliance*, ma si prevede che "*in caso di denuncia per reati fiscali*" l'Agenzia debba attivarsi presso la Procura della Repubblica per comunicare l'adesione al regime di *compliance* del contribuente (comma 4).

L'incertezza normativa che ne consegue sul piano delle possibili conseguenze sanzionatorie – soprattutto penali – contrasta notevolmente con la *ratio* ispiratrice dell'istituto che, come detto, nelle intenzioni del legislatore è volto proprio a rispondere ad esigenze di certezza e di stabilità giuridica.

A nostro avviso, *in re ipsa* non possono emergere profili di responsabilità sanzionatoria di tipo penale nei confronti delle imprese in regime di *compliance* che abbiano provveduto alla tempestiva comunicazione dei rischi fiscali, così come, *a fortiori,* l'eventuale superamento delle soglie quantitative di rilevanza penale non dovrebbe comportare alcuna conseguenza sul piano dell'inoltro della *notitia criminis*.

Vale a dire che eventuali profili di rilevanza penale possono sussistere solo laddove il contribuente sia intenzionalmente venuto meno agli obblighi della *compliance* ponendo in essere dei comportamenti omissivi così gravi da determinare, oltre alla fuoriuscita immediata ed automatica dal regime e all'eventuale caducazione *ex tunc* dei relativi effetti, anche l'inoltro della *notitia criminis* alle autorità competenti; ma in questo caso si tratterebbe di frodi fiscali vere e proprie, cioè di un fenomeno che interessa la generalità dei contribuenti. Se, invece, l'impresa rimane nel regime di *compliance*, se non ci sono cioè cause di decadenza, non si comprendono le ragioni per cui l'Agenzia dovrebbe inviare una "comunicazione" alla Procura, così come prescrive il citato art. 6 del D.Lgs. n. 128.

12. Quanto ai problemi operativi che ancora permangono, confermiamo la ripresa delle interlocuzioni con Abi, Afi e Confindustria nell'ambito del tavolo interassociativo, volte a monitorare questa prima fase di attuazione del regime e a trovare soluzioni interpretative da sottoporre, in un'ottica di collaborazione e dialogo istituzionale, all'Agenzia delle Entrate.

13. Per quanto concerne la tematica dei profili sanzionatori, stiamo attentamente valutando la possibilità di intraprendere eventuali azioni comuni con le altre associazioni di categoria volte, tra l'altro, a promuovere l'abrogazione e/o la riformulazione in termini più chiari dell'art. 6, commi 3 e 4, del D.Lgs. n. 128 del 2015.

5. REVISIONE DEL SISTEMA SANZIONATORIO PENALE E CRITICITÀ

Il Gruppo di Giunta ha poi approfondito il tema relativo al rischio – in termini di danno reputazionale, patrimoniale e finanziario – connesso ad eventuali implicazioni penali derivanti dal non corretto adempimento degli obblighi fiscali.

Si tratta di una tematica fortemente sentita dai gruppi di imprese a vocazione internazionale che intendano investire in Italia. Al di là della maggiore o minore appetibilità di un determinato sistema fiscale statuale determinata, sotto il profilo sostanziale, dalla fruibilità di particolari regimi impositivi di favore e, sul piano procedimentale, dalla sussistenza di regimi di gestione del tributo più o meno partecipati con gli organi dell'Amministrazione finanziaria, la scelta di investire e/o continuare ad operare in un determinato territorio nazionale dipende dal grado di certezza giuridica percepita dall'investitore in merito alle possibili conseguenze, anche penali, del proprio operato.

Di ciò è stato ben consapevole il legislatore delegato, al punto che la relazione illustrativa al D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158 chiarisce che la revisione del sistema sanzionatorio penale si è resa necessaria, tra l'altro, proprio per evitare che il destinatario delle sanzioni "*potenziale investitore, nazionale o straniero"* percepisse le risposte repressive del sistema sanzionatorio italiano come "*sproporzionate e disincentivanti di nuove possibili scelte di investimento".*

Secondo la relazione illustrativa, infatti, la stabilità del quadro giuridico di riferimento è fondamentale e deve intendersi riferita "*non solo alla disciplina sostanziale dei singoli tributi o alla trasparenza e semplificazione del rapporto fiscale, ma anche alla predeterminazione delle condotte illecite, alla certezza della misura sanzionatoria, alla rapidità dei tempi di irrogazione della sanzione ed alla percezione della pena come risposta adeguata, non vessatoria né di carattere espropriativo".*

In questa prospettiva, il legislatore delegato ha provveduto a:

a. depenalizzare le fattispecie di evasione c.d. "interpretativa" (vale a dire le violazioni attinenti alle norme che si occupano della classificazione fiscale delle vicende gestionali realmente poste in essere, della loro inerenza e competenza, nonché della valutazione sulla base di criteri previamente indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali) e le ipotesi di abuso del diritto. Queste fattispecie sono state estromesse dall'ambito applicativo del reato di dichiarazione infedele previsto all'art. 4 del D.Lgs. n. 74 del 2000, per cui non rilevano più ai fini penali;

b. ampliare, al contempo, l'ambito applicativo del reato di dichiarazione fraudolenta di cui all'art. 3 del citato D.Lgs. n. 74, che attualmente include tutte le condotte di occultamento del reddito attuate attraverso mezzi fraudolenti o simulatori, senza che vi sia più bisogno di accertare (come era previsto in passato) anche la falsità del bilancio;

c. innalzare le soglie quantitative di rilevanza penale laddove previste dalle singole fattispecie incriminatrici.

Si tratta di un notevole passo in avanti rispetto al passato: attualmente, infatti, il nostro sistema sanzionatorio penale non contempla più, tra le fattispecie penalmente rilevanti, i fatti evasivi che non superano una determinata soglia quantitativa nonché, al di là di tale soglia, le fattispecie di evasione c.d. interpretativa e di abuso del diritto. Ciò determina precise conseguenze sul piano dell'avvio del procedimento penale. Ci riferiamo in particolare:

i) all'obbligo dei pubblici ufficiali e dei soggetti incaricati di pubblico servizio di inoltrare "senza ritardo" la *notitia criminis,* anche in presenza di un mero *fumus* in ordine alla commissione di illeciti tributari penalmente rilevanti;

ii) alla collegata questione del c.d. doppio binario fiscale e penale, nel procedimento di identificazione dell'evasione cui si riconnette la sanzione penale.

5.1. Le *notitiae criminis* "cautelative"

A quanto ci consta, nonostante la massiva "depenalizzazione" operata dal D.Lgs. n. 158 e dal D.Lgs. n. 128, gli uffici verificatori, in presenza di una fattispecie che non concretizza più gli elementi tipizzati di un reato ma che appare rilevante, sotto il profilo quantitativo, per l'ammontare di pretese impositive eventualmente accertabili, tendono comunque ad inoltrare la *notitia criminis* all'autorità giudiziaria, sul presupposto di un generico e non meglio precisato "obbligo di informativa" ai giudici inquirenti, al fine di consentire a questi ultimi di compiere le proprie valutazioni, in piena autonomia, in merito alla sussistenza o meno di una eventuale fattispecie di reato.

In altri termini, gli uffici tenderebbero ad attivare la *notitia criminis* anche in presenza di contestazioni che non costituiscono più ipotesi di reato, quali appunto la contestazione dell'abuso del diritto e dell'evasione c.d. interpretativa.

Sotto questo profilo, quindi, poco o nulla sarebbe cambiato rispetto al passato.

Il problema, purtroppo, non è stato affrontato dal legislatore della riforma ed evidentemente permane un fraintendimento di fondo: si ritiene cioè che, in assenza di indicazioni normative precise, la mancata trasmissione della denuncia potrebbe esporre il pubblico ufficiale ad eventuali profili di responsabilità.

A questo proposito, rileviamo che l'argomento è stato già oggetto di approfondimento nella nostra Circolare n. 21 del 4 agosto 2016 (*D.L.vo n. 128 del 2015 sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente: la disciplina sull'abuso del diritto*), ove abbiamo stigmatizzato la prassi delle c.d. "denunce cautelative" inoltrate in relazione ad ipotesi di abuso del diritto ovvero di c.d. evasione "interpretativa", che non configurano *ex se* ipotesi di illecito penalmente rilevanti.

In quella sede abbiamo rilevato, in particolare, che l'ipotesi di trasmissione di *notitiae criminis* "in bianco" rappresenta un *vulnus* per il nostro sistema sanzionatorio e che, oltre ad essere in aperto contrasto con la finalità propria dei decreti delegati, comporta gravi ricadute per le imprese sul piano reputazionale.

D'altronde, tale prassi è stata già stigmatizzata dalla Corte Costituzionale nella vigenza del precedente contesto normativo penal-tributario. Con la sentenza n. 247 del 2011, infatti, è stato chiaramente ribadito che l'obbligo di inoltro della denuncia "*sussiste quando il pubblico ufficiale sia in grado di individuare con sicurezza gli elementi del reato da denunciare (escluse le cause di estinzione o di non punibilità, che possono essere valutate solo dall'Autorità giudiziaria), non essendo sufficiente il generico sospetto di una eventuale attività illecita (ex plurimis, sentenze della Cass. pen. n. 27508 del 2009; n. 26081 e n. 15400 del 2008; n. 1244 del 1985; n. 6876 del 1980; n. 14195 del 1978)*".

Tale conclusione, *a fortiori*, resta valida nel nuovo contesto normativo, posto che la finalità dell'intervento di revisione del sistema penale tributario è stata quella di circoscrivere "*l'area di intervento della sanzione punitiva per eccellenza – quella penale – ai soli casi connotati da un particolare disvalore giuridico"*, in modo da garantire "*una più efficace risposta della magistratura"* (relazione illustrativa al D.L.vo n. 158 del 2015).

In conclusione, la rilevanza penale di una determinata condotta deve essere circoscritta non solo sul piano quantitativo ma anche (e soprattutto) sotto il profilo qualitativo. Per definizione, laddove manca il *fumus* dell'illecito penale – perché non sono individuabili gi elementi costitutivi del reato da denunciare – non può (e non deve) essere inoltrata alcuna *notitia criminis*.

Quindi, per evidenti esigenze di tutela delle imprese ed anche al fine di evitare di "ingolfare" le Procure con informative prive di fondamento – aspetto, quest'ultimo sottolineato anche nella relazione illustrativa al D.Lgs. n. 158 del 2015 – il verificatore non deve limitarsi a constatare il superamento della soglia di punibilità e a demandare all'autorità giudiziaria l'individuazione degli elementi tipizzanti del reato.

14. Al fine di limitare il rischio del danno reputazionale derivante dall'indiscriminato inoltro di *notitiae criminis* "in bianco" ed in considerazione del nuovo assetto sanzionatario penale, riteniamo opportuno sollecitare, insieme alle altre associazioni di categoria, un intervento delle competenti autorità istituzionali volto a chiarire – in via amministrativa e/o eventualmente tramite apposita proposta normativa – che il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio non devono procedere alla comunicazione della *notitia criminis* laddove l'illecito derivi da fattispecie di abuso del diritto ovvero di evasione c.d. interpretativa.

5.2. L'autonomia del procedimento penale e del procedimento amministrativo tributario

Collegato al tema precedente è quello che attiene alle azioni penali iniziate (e proseguite) – indipendentemente dall'emanazione di un atto impositivo che, in certo qual modo, "attesti", *pro fisco*, una forma di evasione penalmente rilevante – sulla base della formulazione di rilievi impositivi contenuti in meri processi verbali di constatazione; rilievi che, non di rado, si sono dimostrati *ex post* non fondati e che non sono stati neppure recepiti dagli uffici dell'Agenzia delle Entrate in un successivo atto di accertamento.

Anche nel nuovo contesto normativo frutto della revisione del sistema sanzionatorio, quindi, può accadere che il giudizio penale giunga a conclusione senza che sia mai stato emesso un atto impositivo da parte dell'Agenzia delle Entrate, unico organo tecnico competente ad accertare, nell'*an* e nel *quantum,* il tributo evaso.

Ciò comporta un grave nocumento per le imprese che sono costrette ad affrontare giudizi penali su pretese impositive a volte discutibili, con conseguente rilevante danno economico e reputazionale.

Com'è noto, tale problema è determinato dal principio del c.d. doppio binario che l'Italia, al pari di altri Stati, ha adottato in luogo della previgente pregiudiziale tributaria

(art. 20 del D.Lgs. n. 74 del 2000). Al di là dell'esigenza, nel prossimo futuro, di un ripensamento in merito all'opportunità o meno di mantenere nel nostro ordinamento il principio di separazione tra procedimento tributario e procedimento penale – principio che la revisione del sistema sanzionatorio attuata con il D.Lgs. n. 158 del 2015 sembra comunque aver posto tendenzialmente in "crisi" [37] – il problema in esame potrebbe essere risolto, o quanto meno notevolmente mitigato, senza incidere sul principio di autonomia ed indipendenza tra i due procedimenti (penale e tributario), ove si garantisca un miglior coordinamento "iniziale" tra azione penale ed attività impositiva.

In termini più chiari, si potrebbe "collegare" quanto meno l'attivazione dell'azione penale al previo accertamento dell'"imposta evasa" da parte degli uffici dell'Agenzia delle Entrate, in quanto la quantificazione dell'evasione implica, oltre all'accertamento dei fatti materiali di reato, anche (e soprattutto) la verifica della loro qualificazione giuridico - fiscale, qualificazione che comporta, come è ovvio, l'adozione di complesse regole tributarie, caratterizzate da un notevole tecnicismo. Ne consegue che soltanto un organo "qualificato" come l'Agenzia delle Entrate può procedere ad una quantificazione attendibile dell'evasione nel singolo caso concreto idonea a giustificare l'avvio dell'azione penale.

Ciò comporterebbe, com'è evidente, da un lato, lo "spostamento" in avanti dell'inoltro della *notitia criminis*, che dovrebbe essere trasmessa soltanto a seguito dell'emissione di un avviso di accertamento con il quale viene determinato il *quantum* evaso; dall'altro,

[37] A seguito della revisione del sistema sanzionatorio operata in attuazione della delega fiscale, infatti, l'estinzione del debito tributario attuata mediante il versamento dell'imposta evasa, degli interessi e delle sanzioni, impatta notevolmente sulle sorti del procedimento penale, in alcuni casi incidendo sulla stessa configurabilità del reato in termini di non punibilità (art. 13 del D.l.vo n. 74 del 2000), in altri rendendo operanti determinate circostanze attenuanti (artt. 13-*bis* e art. 14), al punto che finanche la rateazione del debito (art. 13, comma 3) ed il mero "impegno" al versamento (che, ai sensi dell' art. 12-*bis,* esclude la confisca) configurano accadimenti che assumono una propria autonoma rilevanza e dispiegano effetti giuridici notevoli nell'ambito del processo penale.
A questo proposito, in dottrina si ritiene che, a seconda dei casi, il versamento e/o l'"impegno" a versare rilevante ai fini delle disposizioni in commento sia solo quello formalizzato con il Fisco, mentre il giudice penale si limita a ricevere la relativa documentazione. E dello stesso avviso pare essere la Corte di Cassazione che, in tema di confisca *ex* art. 12-*bis*, ha affermato che "*l'assunzione dell'impegno, nei soli termini riconosciuti e ammessi dalla legislazione tributaria di settore (accertamento con adesione, conciliazione giudiziale, transazione fiscale, attivazione di procedure di rateizzazione, automatica o a domanda), è di per sé sufficiente a impedire la confisca (diretta o per equivalente, la norma non fa distinzioni) dei beni che ne sarebbero oggetto poiché ritenuta comunque satisfattiva dell'interesse al recupero delle somme evase (o non versate) che dovrebbero essere ugualmente ottenute dall'esproprio dei beni del contribuente (in caso di confisca diretta), o dell'imputato, se diverso (in caso di confisca per equivalente)*"(Cass. 28225 del 7 luglio 2016). E in altra circostanza, ha riconosciuto espressamente la rilevanza che, nella prospettiva penale, ha assunto il pagamento del debito tributario in relazione al nuovo art. 13 del D.L.vo n. 74 del 2000, chiarendo che "*la trasformazione della fattispecie attenuante in fattispecie estintiva implica che l'integrale pagamento del debito tributario non assuma più rilevanza normativa in termini di minore gravità del reato o di indice della capacità a delinquere del soggetto, secondo la* ratio *sottesa alla stessa morfologia delle circostanze del reato; il riconoscimento di una efficacia estintiva del reato, infatti, va inquadrata nel diverso fenomeno della degradazione dell'illecito penale in ragione di condotte susseguenti al reato, nel caso di specie di carattere restitutorio, che rispondono alla differente logica premiale*" (cfr. Cass. n. 40314 del 28 settembre 2016).

la sospensione *medio tempore* dei termini di prescrizione del reato, sospensione che allo stato attuale il principio del doppio binario esclude.

Naturalmente, il principio di indipendenza dei due procedimenti non subirebbe alcun *vulnus* in quanto il giudizio penale continuerebbe ad operare in piena autonomia.

Questa soluzione, oltre a tutelare le imprese, potrebbe arrecare vantaggi anche al nostro sistema giudiziario, favorendo il decongestionamento del carico di lavoro delle Procure perché l'Agenzia delle Entrate, in tal modo, opererebbe come "filtro", o meglio ancora, quale "consulente tecnico" dell'autorità giudiziaria, procedendo *ex ante* ad un accertamento dell'imposta evasa, tanto ai fini fiscali quanto ai fini penali, in modo da garantire maggiore obiettività in ordine alla pretesa tributaria da cui origina il reato[38] [39].

15. È evidente che la soluzione di ancorare la *notitia criminis* ad un atto di accertamento necessiterebbe di un intervento normativo *ad hoc.*
A questo proposito, ricordiamo che già in passato abbiamo formulato, insieme ad Abi e Confindustria, un'analoga proposta che, tuttavia, è stata respinta per timore che essa potesse surrettiziamente reintrodurre nel nostro ordinamento una sorta di "pregiudiziale tributaria" in assenza di indicazioni in proposito

[38] D'altronde, le soglie quantitative di rilevanza penale, laddove stabilite dalle singole disposizioni incriminatrici, rappresentano elemento costitutivo del reato ed almeno per queste fattispecie appare assolutamente imprescindibile garantire la verifica tecnica dell'organo specializzato in ordine al superamento delle predette soglie.
A ciò si aggiunga che, a seguito dell'attuazione della delega fiscale, è divenuta ancora più forte l'esigenza di garantire al contribuente un accertamento promanante dall'(unico) organo "qualificato", che abbia la competenza tecnica per individuare correttamente la pretesa tributaria oggetto di evasione in quanto si è notevolmente accentuata la diversità concettuale tra imposta evasa ai fini fiscali ed imposta evasa ai fini penali. Attualmente, infatti, è evidente che la nozione di imposta evasa ai fini penali assume i contorni di un fenomeno più circoscritto, sol che si pensi al fatto che le fattispecie di abuso e di evasione interpretativa sono ormai fuori dall'area penale, così come è esclusa – a determinate condizioni – la rilevanza penale dell'imposta evasa c.d. "teorica" (cfr. art. 1, lett. f), del D.Lgs. n. 74 del 2000).
[39] D'altronde, tale soluzione, pur operando "a monte" – prima, cioè, dell'avvio del procedimento penale – sarebbe idonea a garantire quel coordinamento tra procedimento amministrativo tributario e processo penale che – anche negli ordinamenti in cui vige il principio del doppio binario – è considerato fondamentale per evitare violazioni del principio del *ne bis in idem.*
A questo proposito, recentemente la Corte europea dei Diritti dell'Uomo (cfr. sentenza del 15 novembre 2016, *case of A and B v. Norway*) ha escluso la violazione del principio del *ne bis in idem* nonostante il contestuale svolgimento, in parallelo, del procedimento sanzionatorio amministrativo e di quello sanzionatorio penale in relazione allo stesso illecito fiscale penalmente rilevante, proprio perché l'ordinamento nazionale (nel caso di specie, norvegese) si era mostrato "integrato", prevedendo un coordinamento tra i due procedimenti. Nonostante la diversità delle autorità che avevano inflitto le diverse sanzioni (penale e amministrativa), infatti, era stata garantita nel suo complesso la sostanziale unitarietà del procedimento accertativo degli elementi materiali dell'illecito e la proporzionalità delle misure sanzionatorie irrogate, sia sotto il profilo sostanziale che cronologico. La Corte, cioè, ha valutato legittima la doppia reazione sanzionatoria (agli effetti penali e amministrativi) in ragione del fatto che i due procedimenti avevano "interagito" e che la condanna penale era stata pronunciata tenendo conto della sanzione amministrativa irrogata in precedenza, secondo uno schema di progressione afflittiva, anche temporale, che aveva garantito un organico trattamento sanzionatorio complessivo, basato sull'accertamento unitario dell'identità dei presupposti materiali dell'illecito.

contenute nella legge delega fiscale.
Riteniamo, tuttavia, opportuno fare un ulteriore tentativo in tale direzione e, pertanto, condividere con Abi e Confindustria le nostre riflessioni sull'opportunità di formulare una proposta normativa volta a coordinare l'esercizio dell'azione penale per i reati tributari all'emissione di un avviso di accertamento, essendo quest'ultima la sede fisiologica della corretta individuazione e quantificazione dell'imposta "evasa", con salvezza, ovviamente, di tutti i termini di prescrizione e di decadenza stabiliti per i reati tributari.

6. I REATI FISCALI "PRESUPPOSTO" DEL NUOVO REATO DI AUTORICICLAGGIO

Dal 1° gennaio 2015 l'autore di uno dei reati fiscali non colposi di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000 può incorrere anche nel nuovo **reato di autoriciclaggio** previsto dall'art. 648-*ter*.1, c.p.; reato quest'ultimo che è stato incluso nel novero di quelli rilevanti ai fini della responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato (cfr. art. 25 *octies* del D.Lgs. n. 231 del 2001).

Ne consegue che il reato fiscale, oltre a comportare l'applicazione di sanzioni amministrative e penali tributarie, può rappresentare – al pari della corruzione e del falso in bilancio – reato presupposto dell'autoriciclaggio che, a sua volta, è reato rilevante ai fini della D.Lgs. 231 del 2001.

Sicché, attualmente, il reato tributario ascrivibile alla persona fisica che agisce nell'interesse della società (ad esempio, l'amministratore) potrebbe essere fonte di responsabilità anche per la società, i cui beni potrebbero essere sottoposti a sequestro preventivo e, successivamente, alla confisca.

L'introduzione nel nostro ordinamento del nuovo reato di autoriciclaggio si è resa necessaria a seguito delle riflessioni formulate in sede internazionale ed europea, ove è stato progressivamente riconosciuto l'autonomo disvalore giuridico del reato di riciclaggio, reato che implica l'inquinamento e l'alterazione dell'economia "sana", attraverso l'immissione nel circuito economico lecito di flussi di ricchezza frutto di attività delittuose [40]. In altri termini, la condotta del "riciclatore" porta all'alterazione delle

[40] Cfr. in questo senso le *FATF Recommendations* del GAFI (Gruppo di azione finanziaria internazionale) approvate il 16 febbraio 2012, nonché la Risoluzione sulla criminalità organizzata del Parlamento UE del 25 ottobre 2011 e la direttiva della Commissione UE n. 2015/849 (c.d. IV Direttiva Antiriciclaggio), in merito alla quale si veda altresì la proposta di direttiva della Commissione Europea del 5 luglio 2016 (COM(2016) 450 *final*) di modifica.

condizioni di leale concorrenza fra imprese, in violazione del principio del libero mercato.

Le conseguenze dell'introduzione di questo reato nel nostro ordinamento sono state discusse nell'ambito del Gruppo di Giunta e sono indicate in modo più approfondito nell'**allegato n. 4** al quale facciamo rinvio.

Preme qui, più sinteticamente, evidenziare che l'analisi è stata condotta in particolare sotto due distinti profili:

a) da un lato, vi è il fondato timore che il reato di autoriciclaggio venga a configurarsi come conseguenza pressoché automatica di qualsiasi reato tributario, tenuto conto che l'onere impositivo non correttamente assolto implica *ex se* una maggiore disponibilità di "cassa" nel compendio aziendale utilizzabile nell'ambito dell'attività di gestione ordinaria dell'impresa;

b) dall'altro, poiché il reato di autoriciclaggio è compreso nell'ambito applicativo del D.Lgs. n. 231 del 2001, i reati fiscali di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000 possono, come accennato, essere indirettamente attratti nel coacervo dei reati fonte della responsabilità amministrativa dell'ente previsti dal D.Lgs. n. 231, sebbene tuttora ne siano formalmente esclusi.

Quanto al primo profilo, dal tenore testuale del dettato normativo, emerge chiaramente come l'autoriciclaggio si configuri soltanto laddove il profitto del reato – che nel caso di reato fiscale è dato *sic et simpliciter* dal risparmio di imposta – venga "reimpiegato" in attività economiche attraverso forme di sostituzione/occultamento idonee ad "*ostacolare concretamente"* l'identificazione della provenienza delittuosa del provento.

Quindi, rispetto alla "tradizionale" condotta di sostituzione/occultamento del provento tipica del reato di riciclaggio, la norma sembrerebbe chiaramente richiedere un *quid pluris* e, cioè, una rilevante offensività delle modalità esecutive della condotta.

Tuttavia, le imprese temono fortemente che, nella prassi applicativa e negli orientamenti giurisprudenziali che si formeranno sul tema, si giunga alla conclusione che il reato di autoriciclaggio si debba considerare integrato allorché si verifichi *tout court* il mero "reimpiego" del denaro nell'attività tipica dell'impresa, dato che, nel contesto del reato di riciclaggio, in più occasioni, la Suprema Corte ha riconosciuto che l'attività di sostituzione e/o occultamento del provento illecito può essere integrata finanche dal mero deposito del denaro in banca.

Si tratta di uno scenario interpretativo che occorre scongiurare, anche in considerazione delle potenzialità applicative del nuovo reato di autoriciclaggio dato

che, a differenza del riciclatore, l'autoriciclatore ha, di norma, l'esatta percezione dell'effettiva utilità economica che gli deriva dall'evasione. In termini più chiari, nell'ipotesi di autoriciclaggio l'elemento soggettivo – e, cioè, la consapevolezza dell'illiceità del provento oggetto di impiego nell'attività economica – è certamente più facile da dimostrare, stante l'identità tra autore del reato presupposto (*i.e.:* evasore) e dell'eventuale reato di autoriciclaggio.

Individuare la condotta tipizzante il reato di autoriciclaggio però non è compito facile, ancor più relativamente a proventi che sono configurabili in termini di mero "risparmio di imposta"[41].

Sicuramente, occorre distinguere concettualmente tra condotte di occultamento e/o sostituzione che attengono direttamente alla realizzazione del reato fiscale presupposto e che, pertanto, hanno ad oggetto la materia imponibile "nascosta" al Fisco, dalle (diverse ed ulteriori) condotte, autonome e successive rispetto alla commissione del reato fiscale, idonee a porre in essere l'occultamento e/o la sostituzione della provenienza illecita dell'imposta risparmiata.

Le condotte di occultamento e/o sostituzione che hanno ad oggetto l'imponibile, infatti, esauriscono la loro rilevanza nell'ambito del reato presupposto e non possono, per definizione, integrare (anche) la condotta di autoriciclaggio, pena una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale [42]. D'altronde, l'autoriciclaggio implica un disvalore "aggiuntivo" ed autonomo che può essere colto solo rispetto a condotte non meramente consequenziali al reato presupposto.

Per quanto attiene al secondo profilo indicato al punto b), l'introduzione del reato di autoriciclaggio travolge – *in parte qua* – il tradizionale sdoppiamento, tipico dei reati tributari, tra la persona fisica autore del reato e la persona giuridica che ne beneficia. Infatti, mentre il reato tributario (presupposto dell'autoriciclaggio) resterebbe imputabile alla persona fisica, il conseguente delitto di autoriciclaggio (di stretta derivazione tributaria) potrebbe essere ricondotto in capo all'ente, con effetti tanto più dirompenti quanto più ampia fosse la sua configurabilità anche in ipotesi di mero godimento del profitto nella ordinaria attività d'impresa: effetti, questi, che potrebbero giungere fino a

[41] La nuova disposizione incriminatrice, peraltro, esclude la realizzazione del reato allorché la condotta si estrinsechi nella "*mera utilizzazione*" o nel "*godimento personale*" del provento illecito, evidentemente presupponendo che la reimmissione sul mercato che avviene in maniera diretta ovvero il "consumo" non assumano un autonomo disvalore per l'ordinamento giuridico e continuino a rilevare, come per il passato, solo quale *post factum* non punibile.

[42] Volendo esemplificare, l'occultamento dell'imponibile è tipico della frode fiscale di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 74 del 2000, rappresentando elemento costitutivo di questa fattispecie penale e non dell'autoriciclaggio. Infatti, nell'ambito del reato di frode fiscale è intrinseca l'attività di sostituzione e/o opacizzazione della materia imponibile sottratta al prelievo. L'occultamento dell'imponibile è già implicitamente di "ostacolo" all'individuazione del provento da reato ma è "parte" della condotta illecita fiscale e nulla ha a che vedere con il reato di autoriciclaggio di cui all'art. 648-*ter.1* c.p.

far ritenere che i beni della società possano essere sequestrati/confiscati come profitto del reato di autoriciclaggio dell'ente.

Si è, quindi, aperto un ampio dibattito in merito alla possibilità che anche i reati fiscali, sia pure indirettamente – e, cioè, come reati presupposto dell'autoriciclaggio – siano idonei a dar luogo alla responsabilità amministrativa degli enti [43].

Questa incertezza riverbera conseguenze negative per le società non solo sotto il profilo della tipologia di modelli organizzativi da approntare in futuro per adempiere ai dettami imposti dal D.Lgs. n. 231, ma anche per le plurime possibilità di confisca del profitto illecito.

L'istituto della confisca è, infatti, ormai previsto da un ampio ventaglio di norme i cui oggettivi limiti applicativi a tutt'oggi non sono ben chiari, perché alla poca trasparenza del quadro normativo si aggiungono gli orientamenti, non sempre univoci, della Corte di Cassazione.

Per la giurisprudenza di legittimità, comunque, non vi è dubbio che nel concetto di "profitto confiscabile" debba rientrare anche il mero "risparmio di spesa" e, quindi, anche il "risparmio di imposta". Inoltre, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 10561 del 2014, hanno espressamente riconosciuto che la confisca è in via di principio una sanzione che può essere contestata anche ad un soggetto diverso dall'autore dell'illecito penale e applicata, quindi, anche sui beni della persona giuridica per reati commessi a suo vantaggio dal proprio legale rappresentante.

Ricordiamo, a questo proposito, che per i reati tributari l'istituto della confisca era originariamente disciplinato dall'art. 1, comma 143, della l. n. 244 del 2007 (legge di stabilità 2008) e che, attualmente, è previsto dal nuovo art. 12 *bis* del D.Lgs. n. 74 del 2000, introdotto ad opera del D.L.vo n. 158 del 2015.

La confisca è però prevista anche da altre disposizioni e, precisamente, è contemplata sia dall'art. 648-*quater* c.p. in relazione al reato di autoriciclaggio, sia nell'ambito del D.Lgs. n. 231 del 2001 (cfr. art. 6, comma 5 e art. 19). Occorre, quindi, fare chiarezza in merito all'applicazione di queste diverse norme. È necessario, cioè, coordinare le diverse discipline normative al fine di scongiurare la contestuale operatività dei vari istituti confiscatori previsti dall'ordinamento in relazione alla medesima fattispecie. E ciò anche in considerazione, in particolare, del fatto che la confisca disciplinata in ambito fiscale trova un limite nel versamento degli importi evasi, come viene meglio chiarito nell'allegato 4 cui rinviamo.

[43] Cfr. in argomento Abi, circolare n. 6 del 1° dicembre 2015; Confindustria, circolare n. 19867 del 12 luglio 2015.

Comunque, tornando al tema di fondo, le imprese che hanno partecipato ai lavori del Gruppo di Giunta sottolineano la necessità di scongiurare l'eventualità che il reato di autoriciclaggio venga contestato in casi – tipici della gestione societaria – in cui ci si limita alla "mera utilizzazione" del "risparmio d'imposta", frutto della condotta evasiva, nell'ambito dell'attività di gestione ordinaria dell'attività imprenditoriale (pagamento di fornitori e dipendenti, acquisto di macchinari, ecc.) e ciò al fine di evitare che la società incorra in una serie di misure sanzionatorie, a carattere sia amministrativo sia penale, e ablatorie "a cascata", in evidente violazione del principio del *ne bis in idem*.

16. Il tema deve essere oggetto di un serio approfondimento nelle apposite sedi istituzionali talché riteniamo opportuno, insieme alle altre associazioni di categoria, valutare la predisposizione di un apposito documento contenente specifiche proposte normative di chiarimento della disciplina attuale.

7. *Il Country by Country Reporting (CbCR)*

Infine, un altro tema di notevole impatto riguarda il ***Country by Country Reporting* (*CbCR*)**. Si tratta di un regime concepito secondo le indicazioni emerse dai lavori del *Report* dell'*Action* n. 13 BEPS e in base al quale i gruppi con fatturato non inferiore a 750 milioni di euro saranno tenuti a comunicare i dati relativi alla propria presenza e organizzazione a livello globale alle Autorità fiscali dello Stato dell'*ultimate company*; tali autorità, a loro volta, dovranno inoltrare automaticamente le informazioni ricevute a tutti gli altri Stati in cui il gruppo abbia *branches* o *subsidiaries*.

Questo obbligo di rendicontazione all'Amministrazione finanziaria (*CbCR to Tax Administration*) è già stato introdotto, in Italia, con la legge di stabilità 2016 (e si è in attesa della pubblicazione del relativo decreto di attuazione) e, all'interno dell'Unione, dalla direttiva DAC 4, che ha sul punto modificato la direttiva sulla cooperazione amministrativa 2011/16/UE.

Inoltre, la Commissione ha presentato il 12 aprile u.s. una proposta di modifica della direttiva contabile 2013/34/EU che prevede la **pubblicazione** delle informazioni fiscali "*Country by Country Reporting"* (c.d. ***Public CbCR***) da parte di tutti i gruppi d'imprese che superano i predetti determinati limiti dimensionali.

Precisiamo che, sotto un profilo strettamente concettuale, questa proposta appare "alternativa" rispetto alla richiamata direttiva DAC 4 che prevede soltanto l'informativa alle Autorità fiscali, ma non la pubblicazione dei dati. Per essere più precisi, le

informazioni da fornire alle autorità fiscali in base alla DAC 4 (e alle disposizioni della legge di stabilità) sono **più ampie e di maggior dettaglio**, **ma restano riservate e non disponibili per il pubblico**. Le informazioni della proposta avanzata dalla Commissione **sono più sintetiche ma, come accennato, sono pubbliche**: la maggiore sinteticità dovrebbe essere sufficiente a "bilanciare", nell'ottica della Commissione, la diffusione *erga omnes* di notizie che toccano aspetti delicati. Ad ogni modo, al momento, la Commissione europea sta portando avanti, in parallelo, entrambe le azioni.

7.1. *CbCR to TAX Administration*

7.1.1. Entrando più nello specifico, ricordiamo che la direttiva DAC 4 e cioè la **"***Direttiva (UE) 2016/881 del Consiglio del 25 maggio 2016 recante modifica della direttiva 2011/16/UE (sulla cooperazione amministrativa) per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale"* è stata pubblicata sulla GUUE del 3 giugno 2016 [44] reca le seguenti indicazioni:

a) la Controllante capogruppo di un gruppo di Imprese Multinazionale (con ricavi consolidati complessivi – nel periodo d'imposta precedente quello di rendicontazione – non inferiori a Euro 750.000.000,00) che sia residente in uno Stato membro dell'Unione deve presentare una "*rendicontazione paese per paese*[45] *relativamente al Periodo d'Imposta di Rendicontazione entro 12 mesi"* dall'ultimo giorno del predetto periodo [46]. In fase di prima applicazione, la comunicazione deve essere resa con riferimento al periodo d'imposta che ha inizio il 1' gennaio 2016 o in data successiva;

b) se la Controllante capogruppono non è residente in un Paese dell'Unione, la rendicontazione deve essere presentata da un'altra Entità del gruppo, che sia residente in uno Stato membro e sia stata indicata quale unica sostituta della Controllante al fine dell'adempimento del predetto onere comunicativo.[47] In questo caso, gli Stati membri possono decidere che la rendicontazione sia resa,

[44] Il Consiglio dell'Unione aveva adottato, nella riunione del 25 maggio 2016, la proposta di direttiva avanzata dalla Commissione. Cfr. FISC 39 ECOFIN 23: Consiglio dell'Unione "Direttiva del Consiglio recante la modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automativco obbligatorio di infromazioni del settore fiscale" Bruxelles 11 maggio 2016 e Comunicato stampa del Consiglio n. 271/16 del 25/5/2016.. In precedenza, il Parlamento Europeo (Commissione per i problemi economici e monetari) aveva rilasciato il 28 aprile 2016 la "Relazione sulla proposta di direttiva del Consiglio recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale"(Relatore Dariusz Rosati).
[45] Gli obblighi generali di rendicontazione e il relativo modello sono riportati nella sezione II dell'allegato III della DAC 4.
[46] Cfr. par. 1 del nuovo art. 8 bis bis della Direttiva 2011/16/UE.
[47] *Ibidem.*

per la prima volta, con riferimento al periodo d'imposta che ha inizio il 1' gennaio 2017 o in data successiva;

c) l'Amministrazione fiscale dello Stato membro che ha ricevuto la rendicontazione comunica, mediante scambio automatico, le relative informazioni a ogni altro Stato membro in cui una o più entità del gruppo siano residenti ai fini fiscali o siano soggette ad imposte per le attività svolte tramite una stabile organizzazione. La comunicazione deve essere inviata entro 15 mesi dall'ultimo giorno del Periodo d'Imposta di Rendicontazione [48];

d) la rendicontazione deve contenere i seguenti dati relativi al gruppo Multinazionale:[49]

   i. **le informazioni aggregate** su ricavi, utili (e perdite) al lordo delle imposte sul reddito; le imposte sul reddito pagate e quelle maturate; il capitale dichiarato; gli utili non distribuiti; il numero di addetti e le immobilizzazioni materiali diverse dalle disponibilità liquide o mezzi equivalenti **per quanto riguarda ogni giurisdizione** in cui opera il gruppo;

   ii. l'identificazione di **ogni Entità costitutiva** del gruppo, con indicazione della giurisdizione di residenza fiscale e, se diversa, della giurisdizione secondo il cui ordinamento l'entità è costituita e la natura della sua principale attività commerciale, o delle sue principali attività commerciali;

e) le informazioni sono usate "*al fine di valutare i rischi elevati legati ai prezzi di trasferimento e altri rischi connessi di erosione della base imponibile e di trasferimento degli utili … e se opportuno ai fini di analisi economiche e statistiche"*. Viene precisato che le rettifiche sui prezzi di trasferimento non possono fondarsi, puramente e semplicemente, sulle informazioni scambiate, le quali potranno, tuttavia, essere utilizzate come punto di partenza anche per ulteriori indagini relative alle *policy* di *transfer pricing* del gruppo[50];

f) gli Stati membri trasmettono alla Commissione una valutazione annuale dell'efficacia dello scambio automatico di informazioni e i risultati pratici ottenuti, secondo le modalità e la forma che la Commissione stessa adotterà mediante atti di esecuzione;

[48] Ossia, entro tre mesi dal termine di scadenza entro il quale le imprese devono inviare la rendicontazione. Cfr. parr. 2 e 4 del nuovo art. 8 *bis bis* della Direttiva 2011/16/UE.
[49] *Ibidem,* par. 3 del nuovo art. 8 *bis bis*.
[50] *Cfr.* il nuovo par. 6 aggiunto all'articolo 16 della direttiva 2011/16/UE.

g) la Commissione è assistita dal Comitato (del Parlamento europeo e del Consiglio) per la cooperazione amministrativa in materia fiscale [51];

h) gli Stati membri stabiliscono in modo autonomo le sanzioni applicabili in caso di inadempimento, che devono essere "*effettive, proporzionate e dissuasive*".

Gli Stati membri devono adottare e pubblicare entro il 4 giugno 2017 le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla Direttiva.

7.1.2. In sede OCSE, il CbCR to *Tax Administrations* è divenuto parte integrante della TPDocumentation prevista dalle **nuove *Guidelines*** sui Prezzi di trasferimento, come modificate il 23 maggio 2016 sulla base dei risultati delle *Actions* 8-10 e dell'*Action* 13 BEPS.

Il 29 giugno u.s., l'Ocse ha pubblicato la "*Guidance on The Implementation of Country by Country Reporting*" *Beps Action* 13, in cui si affrontano i principali temi d'interesse [52]. Si ricorda, inoltre, che per implementare il *CbCR to tax administrations* dell'Action 13 OCSE, 39 Paesi (tra cui anche l'Italia) hanno già firmato[53] il *Multilateral Competent Authority Agreement for the Automatic Exchange of Country by Country reports* (the **CbC MCAA**). Quest'accordo multilaterale che si estende anche a Paesi extraeuropei (ai quali non si applica la direttiva UE) prevede che il Paese di residenza della capogruppo che ha ricevuto la rendicontazione la trasmetta – su base bilaterale – a ciascuna delle Amministrazioni firmatarie.

Al riguardo, è in via di perfezionamento una piattaforma digitale *ad hoc* – *Common Transmission System* – per lo scambio di informazioni, che potrà essere usata dai Paesi aderenti sia per il CbCR sia per il CRS (il *Common Reporting Standard* per lo scambio automatico di informazioni sui conti finanziarti delle persone fisiche).

7.2. *Public CbCR*. Proposta di modifica della Direttiva contabile 2013/34/UE presentata dalla Commissione il 12 aprile 2016 - COM (2016)198*final*

Come già si è ricordato, la Commissione europea ha presentato il 12 aprile u.s. anche una proposta di modifica della direttiva contabile 2013/34/EU che prevede la

[51] *Ibidem*, nuovo articolo 26.
[52] Una prima questione attiene alla possibilità, per la capogruppo – residente in un Paese che preveda l'obbligo di rendicontazione solo a decorrere da un periodo d'imposta successivo al 1° gennaio 2016 – di presentare il CbCR in via volontaria. E ciò, per evitare di dover nominare una società del gruppo – al fine specifico di adempiere a tale onere – in ciascuna delle altre giurisdizioni che, invece, richiedono la comunicazione anche delle informazioni relative al 2016. Altri temi riguardano l'applicabilità del CbCR ai fondi di investimento o alle *partnership*, nonché l'impatto delle fluttuazioni dei tassi di cambio sulla soglia dei 750.000.000 Euro.
[53] Cfr. il *Forum On Tax Administrations* – FTA di Pechino dell'11-13 maggio 2016.

pubblicazione del *Country by Country Reporting* da parte di tutti i gruppi d'imprese che superano Euro 750.000.000,00 di ricavi consolidati. Per l'approvazione di questa proposta (inserita in una direttiva contabile e non fiscale) è sufficiente la maggioranza qualificata.

A differenza della DAC 4, il *Public CbCR* prevede, come detto, che le informazioni **siano pubblicate** secondo le modalità previste dalla legislazione di ciascun Paese membro in conformità al cap. 2 della direttiva 2009/101/CE (etc art. 48d) e **siano rese accessibili nel sito Internet del gruppo per almeno 5 anni:** la pubblicazione sul sito in formato digitale è richiesta per favorire l'accesso e l'elaborazione dei dati da parte di tutti gli interessati.

Il tema era stato discusso all'Ecofin informale del 22 e 23 aprile 2016 e sono in corso le discussioni tecniche in sede di Consiglio, dove si sta cercando di allineare le definizioni della direttiva contabile e della direttiva DAC 4 e di introdurre una clausola di salvaguardia per permettere ad ogni Stato di autorizzare l'omissione di certe informazioni particolarmente sensibili per i gruppi.

Ad oggi, registriamo lo scetticismo sulla pubblicazione di queste informazioni di alcuni Stati membri e, in particolare, di Austria e Lussemburgo, seguite da Svezia, Irlanda, Belgio, Cipro, Lituania e Repubblica Ceca. La Germania è divisa tra la posizione contraria del Ministro delle Finanze e la posizione favorevole del Ministro della Giustizia[54].

Sulla questione della pubblicità del CbCR anche Assonime ha espresso non poche riserve nel documento "*Osservazioni preliminari di Assonime sulle proposte di modifica della Direttiva 2013/34/UE riguardo alla pubblicazione di alcune informazioni fiscali (COM(2016)198/2 "Public Country by Country Reporting*"). Il documento è stato inviato *all'European Issuers,* messo a disposizione delle imprese nella riunione del sottogruppo del 10 maggio 2016 ed è riportato nell'**allegato n. 5**.

Inoltre, l'Associazione "*European Issuers*" (cui partecipa anche Assonime) – che nei mesi scorsi aveva promosso una consultazione pubblica per valutare l'impatto che il progetto di rendicontazione pubblica paese per paese potrebbe avere sulla competitività delle imprese – ha pubblicato il 28 luglio u.s. un *Position Paper* (*Position on Country by Country Disclosure of certain Tax Information Final*) in cui sono state evidenziate tutte le principali criticità che riportiamo nell'**allegato n. 6**. In particolare, l'Associazione – per non compromettere la competitività delle imprese europee rispetto

[54] A livello internazionale – e in particolare al Forum On Tax Administrations di Pechino dell'11-13 maggio u.s. – è stata espressa anche la preoccupazione che questa iniziativa della Commissione UE possa indurre alcuni Paesi terzi a non implementare neppure lo standard OCSE di CbCR *to tax administrations* dell'Action 13.

ai *competitors* di Paesi terzi – chiede di non introdurre obblighi di pubblicazione delle informazioni ed oneri di adempimento eccessivi e di elaborare meccanismi efficienti per evitare la doppia imposizione. Sta, inoltre, predisponendo un documento da presentare al Consiglio.

Il tema è delicato e merita svolgere alcune iniziative. In particolare, occorre:

17.Presidiare l'attuazione in Italia della Direttiva, affinchè non rechi maggiori oneri di quelli previsti dalla Direttiva stessa e dalle disposizioni di recepimento degli altri stati Membri.

18.Verificare la proporzionalità delle sanzioni applicabili in caso di inadempimento, che è materia riservata al legislatore nazionale.

19. Ridurre i costi di *compliance*.

20.Evitare che le Amministrazioni facciano un non corretto uso delle informazioni con avvisi di accertamento sostanzialmente basati sugli elementi desumibili dalla CbCR senza ulteriori approfondimenti e riscontri. Il CbCR deve conservare la sua natura di strumento di *risk analysis* e non di accertamento.