



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO**  
**Dipartimento di Scienze Giuridiche**

**I conflitti di classificazione nel diritto  
tributario dell'Unione Europea: una  
rilettura della Direttiva sul regime  
fiscale comune applicabile alle società  
madi e figlie**

Tesi di dottorato del  
Dott. Michele Dimonte, LL.M.

a completamento del XXIV Ciclo del Dottorato di Ricerca in  
"Diritto Pubblico e Tributario nella Dimensione Europea"

Supervisore della ricerca  
Chiar.mo Prof. Dr. Gianluigi Bizioli

## Indice

Indice .....	2
1. Introduzione .....	4
1.1. Inquadramento generale del problema.....	4
1.2. Scopo della ricerca e preliminare analisi critica all'ambito di applicazione della Direttiva Madre-Figlia.....	6
2. I metodi di classificazione delle <i>hybrid entities</i> nel diritto internazionale privato.....	12
2.1. Premessa.....	12
2.2. Il fondamento normativo del diritto di stabilimento: gli artt. 49 e 54 del TFUE .....	16
2.3. I criteri di collegamento in materia di diritto societario.....	19
2.3.1. Premessa terminologica .....	19
2.3.2. La teoria della costituzione ( <i>incorporation principle</i> ) vs. la teoria della sede effettiva ( <i>real seat principle</i> ).....	21
2.4. I conflitti di qualificazione nell'ambito del diritto dell'Unione Europea .....	26
2.4.1. I tentativi di soluzione a livello comunitario.....	26
2.4.2. Il processo di armonizzazione e la giurisprudenza della CGUE in ambito societario.....	27
2.5. Effetti dell'evoluzione interpretativa dei giudici comunitari .....	44
2.6. La <i>lex societatis</i> nel diritto internazionale privato.....	47
2.6.1. Il trasferimento della sede dall'Italia all'estero e dall'estero in Italia .....	49
2.6.2. Le società costituite all'estero ai sensi del codice civile .....	51
3. I metodi di classificazione fiscale delle <i>hybrid entities</i> nel diritto tributario dell'Unione Europea .....	54
3.1. Premessa.....	54
3.2. La possibile applicazione del principio del mutuo riconoscimento .....	55
3.3. L'evoluzione normativa relativamente al principio del mutuo riconoscimento secondo l'approccio della Commissione europea .....	56
3.3.1. I conflitti di classificazione e le libertà fondamentali .....	59
3.3.2. Le disparità nella giurisprudenza (non tributaria) della CGUE: l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento .....	61
3.3.3. Analisi critica e conclusioni .....	63
3.4. L'applicazione del principio del reciproco riconoscimento nell'ambito dei metodi di classificazione tributaria dei soggetti giuridici.....	65
3.4.1. La giurisprudenza comunitaria relativa ai casi di disparità in ambito tributario .....	66
3.4.2. L'applicazione del principio del mutuo nel settore delle imposte sui redditi .....	70
3.5. I conflitti di classificazione alla luce delle libertà fondamentali garantite dal TFUE.....	75
3.5.1. La sentenza <i>Columbus Container Services</i> e l'autonomia degli Stati membri nella classificazione dei soggetti non residenti.....	79
3.6. Conclusioni .....	86
4. I metodi di classificazione nel diritto tributario internazionale: analisi comparativa delle <i>hybrid entities</i> secondo la legislazione USA e l'approccio OCSE .....	87
4.1. Introduzione .....	87
4.2. Possibile applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni .....	89
4.3. Finanziamento indiretto attraverso una <i>hybrid entity</i> .....	91

4.3.1.	La posizione del Congresso degli USA .....	92
4.3.2.	<i>Hybrid entities</i> secondo l'approccio del <i>Report</i> OCSE sulle <i>Partnerships</i> .....	95
4.3.2.1.	Esempio: pagamento effettuato a una partnership non trasparente (secondo la legislazione dello Stato di residenza dei soci) .....	97
4.3.3.	Comparazione degli approcci utilizzati dagli USA e dall'OCSE.....	98
4.3.4.	Evoluzione delle <i>hybrid entities</i> nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dagli USA.....	99
4.4.	Conclusioni .....	101
5.	La Direttiva Madre Figlia e l'interposizione delle <i>hybrid entities</i> .....	103
5.1.	Le recenti modifiche in sede di rifusione e la problematica delle <i>hybrid entities</i> .....	103
5.2.	Il campo di applicazione della Direttiva Madre Figlia.....	104
5.2.1.	I soggetti rientranti nel campo di applicazione della Direttiva Madre- Figlia.....	105
5.2.1.1.	Il requisito della residenza fiscale.....	106
5.2.1.2.	Il requisito dell'assoggettamento ad imposta .....	107
5.2.1.3.	Il requisito dell'inclusione nell'Allegato alla Direttiva Madre- Figlia .....	108
5.2.2.	Esclusione delle <i>hybrid entities</i> dal regime della Direttiva Madre-Figlia e possibile estensione ai soci .....	111
5.2.2.1.	L'approccio della stabile organizzazione .....	113
5.2.2.2.	L'approccio del beneficiario effettivo .....	116
5.3.	Una diversa lettura del campo di applicazione della Direttiva Madre-Figlia alla luce del principio della interpretazione uniforme .....	117
5.3.1.	Il principio della interpretazione uniforme .....	117
5.3.2.	La sentenza <i>Les Vergers du Vieux Tauves</i> .....	119
5.3.3.	I limiti del principio della interpretazione uniforme .....	128
5.3.4.	Il superamento dell'interpretazione letterale attraverso l'ampliamento dello scopo della Direttiva Madre-Figlia.....	132
5.3.4.1.	La sentenza <i>Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy</i> .....	132
5.3.4.2.	La sentenza <i>Gaz de France</i> .....	136
5.3.5.	Analisi critica e considerazioni finali.....	140
5.4.	Applicazione della Direttiva Madre Figlia alle <i>hybrid entities</i> .....	141
5.4.1.	Direttiva Madre-Figlia in scenari europei .....	142
5.4.1.1.	Hybrid entity residente nello Stato membro della società madre (situazione bilaterale) .....	142
5.4.1.2.	Hybrid entity residente nello Stato membro della società figlia (situazione bilaterale) .....	148
5.4.1.3.	Hybrid entity residente in un Stato membro terzo (situazione trilaterale).....	154
5.4.2.	<i>Hybrid entity</i> residente in uno Stato terzo.....	160
6.	Conclusioni .....	162
	Bibliografia.....	168

# 1. Introduzione

## 1.1. Inquadramento generale del problema

Il diritto internazionale privato deve la sua esistenza al fatto che esistono numerosi ordinamenti giuridici nel mondo e che questi differiscono in misura significativa tra loro. Nel momento in cui le disposizioni di due ordinamenti giuridici entrano in contatto il rischio che dalla predetta interazione possano emergere dei conflitti aumenta considerevolmente. In generale, la mancanza di un ordinamento giuridico sovranazionale comporta la necessità di regole che stabiliscano quale legge sia applicabile alle relazioni internazionali. Per tali ragioni gli Stati hanno - nella maggior parte dei casi rinunciando totalmente o parzialmente alla propria sovranità - adottato regole che determinano in base a quali criteri si applicano le regole dell'uno ovvero dell'altro ordinamento giuridico coinvolto.

Al diritto internazionale privato è stata quindi attribuita la funzione di determinare quali leggi siano applicabili ai rapporti giuridici aventi risvolti internazionali<sup>1</sup>. Nel diritto internazionale privato tali problemi si verificano - al pari di quanto accade nel diritto tributario internazionale - nel momento in cui fattispecie aventi elementi, personali o materiali, esterni rispetto all'ordinamento di origine entrano in contatto con un altro ordinamento giuridico. Più in particolare - e questo rappresenta l'elemento caratterizzante di questa ricerca - i problemi di

---

<sup>1</sup> Uno sguardo di insieme alla complessa questione dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale comporta una meditata presa di posizione riguardo alle due concezioni che su questo tema hanno diviso la scienza internazionalistica: il monismo ed il dualismo. Tratto caratteristico della concezione "monista" è la sua tendenza a "ridurre ad unità" l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti statali, presentando il primo come parte di un ordinamento giuridico universale che comprende tutti gli ordinamenti giuridici statali. Secondo una prima corrente di pensiero (c.d. "teoria del primato del diritto interno sul diritto internazionale"), l'ordinamento internazionale sarebbe "derivato" dagli ordinamenti statali, dai quale trarrebbe la sua giuridicità. Soltanto gli ordinamenti statali, quindi, avrebbero il carattere della "originarietà". Antitetica a questa concezione - pur nell'ambito dello stesso indirizzo monista - è la "teoria del primato del diritto internazionale sul diritto interno", secondo la quale sono gli ordinamenti statali a derivare la loro giuridicità dall'ordinamento internazionale, rispetto al quale sarebbero subordinati. Se il monismo è stato originariamente prospettato nella versione che si è prima richiamata (teoria del primato del diritto statale su quello internazionale), è oggi l'altra concezione monistica (monismo con il primato del diritto internazionale) che riscuote i maggiori consensi.

La teoria "dualista" è basata sul principio della separazione ed indipendenza dell'ordinamento internazionale e degli ordinamenti statali.

Chi aderisce alla teoria dualista riferisce di un processo di adattamento nell'ambito della separazione ed indipendenza degli ordinamenti. A tale proposito, l'adattamento del diritto italiano al diritto internazionale è regolato dall'art. 10 della Costituzione in virtù del quale "*l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute*". La norma in esame estrarrebbe dalle norme del diritto internazionale, a cui si riferisce, il contenuto delle norme interne per adattarlo a quelle. Per maggiori approfondimenti si rinvia al contributo di P. Fois, voce *Rapporti tra diritto interno e diritto internazionale*, in Enc. Giur. Treccani, 1992.

coordinamento degli ordinamenti giuridici si verificano al momento della classificazione di soggetti giuridici esteri, tali essendo quei soggetti giuridici costituiti (ovvero aventi la sede dell'amministrazione) in base alle leggi di un ordinamento giuridico e operanti in un altro ordinamento. Può pertanto verificarsi che quando un soggetto giuridico opera in più di uno Stato lo stesso sia assoggettato alle leggi di più di uno di Stato.

I criteri utilizzati dagli Stati membri dell'Unione Europea per la classificazione dei soggetti giuridici costituiti in base al diritto societario di un altro Stato membro sono determinati autonomamente. In generale, i metodi di classificazione non prendono in considerazione la classificazione ai fini tributari applicata al soggetto giuridico da parte dell'altro Stato membro. Di conseguenza, uno Stato membro può classificare un soggetto giuridico costituito in base alle leggi di un altro Stato membro in maniera differente da quanto previsto da tale ultimo Stato membro. Ciò comporta che laddove un soggetto giuridico costituito in base alle leggi di uno Stato membro debba essere classificato ai fini tributari da parte di un altro Stato membro si possono verificare conflitti di classificazione.

Se due (ovvero più) Stati membri classificano un soggetto giuridico in maniera differente e ognuno dei due Stati attribuisce personalità giuridica e soggettività passiva ai fini tributari, potrebbe verificarsi che entrambi gli Stati membri assoggettino a tassazione gli utili della stessa impresa. Da ciò consegue che i soggetti coinvolti all'interno del mercato unico potrebbero subire gli effetti negativi di un'attività svolta a livello internazionale, tale essendo quella attività che coinvolge appunto diversi Stati membri. In sostanza, le *hybrid entities* sono il risultato di un conflitto di classificazione derivante dall'interazione di due o più ordinamenti giuridici.

Nell'ambito prettamente tributario per *hybrid entity* si intende: "*generally, an entity that is characterized as transparent for tax purposes (e.g. as a partnership) in one jurisdiction and non-transparent (e.g. a corporation) in another jurisdiction. In some cases, an entity is a hybrid when it is treated from the point of view of a particular jurisdiction as transparent in that jurisdiction and as non-transparent in the other jurisdiction. This is sometimes referred to as a regular hybrid. In contrast, an entity is a reverse hybrid when it is treated from the point of view of a particular jurisdiction as non-transparent and as transparent in the other. A hybrid entity is therefore always a reverse hybrid, the difference depending on whether the classification is being made from the point of view of the jurisdiction treating the entity as transparent (hybrid) or non-transparent (reverse hybrid)*"<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Per la definizione di *hybrid entity* si rinvia all'IBFD Glossary.

## 1.2. Scopo della ricerca e preliminare analisi critica all'ambito di applicazione della Direttiva Madre-Figlia

La prima parte della presente ricerca è incentrata sugli effetti delle disposizioni contenute nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (di seguito "TFUE") laddove gli Stati membri classifichino in maniera differente un soggetto giuridico e quindi si verifichi un conflitto nella individuazione dell'ordinamento nazionale applicabile. Ciò potrebbe costituire un ostacolo all'effettuazione di operazioni all'interno del mercato unico. Infatti, secondo l'art. 26 del TFUE dispone che *"l'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati"*.

La prima parte del lavoro è dedicata all'analisi degli effetti di tale disposizione sugli ordinamenti tributari degli Stati membri, più specificamente la relazione esistente tra l'applicazione di autonomi criteri di classificazione dei soggetti giuridici da parte degli Stati membri e la libera allocazione delle risorse economiche nel mercato interno<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Una indagine sui rapporti tra diritto comunitario e il diritto interno degli Stati membri deve necessariamente prendere le mosse dalla nozione di diritto comunitario, quale è stata gradualmente delineata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e dalla dottrina. Due importanti decisioni dei giudici comunitari (sentenza del 5.5.1963, causa C-28/62, *Van Gend en Loos* e sentenza del 15.7.1964, Causa C-6/64, *Costa-ENEL*) hanno fornito una definizione largamente seguita, cui anche oggi, a tanti anni di distanza, si continua a fare sistematico riferimento. È rilevante, nella prima sentenza, l'affermazione secondo cui *"la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro diritti sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini"*. A sua volta, la sentenza *Costa-ENEL*, dopo aver soppresso ogni riferimento al diritto internazionale, affermando che *"il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento degli Stati membri"* si è sostanzialmente rifatta ai concetti fissati nella prima sentenza, pur traendone una serie di conseguenze sulla specifica questione della "prevalenza" del diritto comunitario.

La Corte di Giustizia ha affermato che *"il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica [...] una limitazione definitiva di loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile con il sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia"*. Il principio della prevalenza del diritto comunitario si risolve allora, in sostanza, nell'*"impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore"* (Causa C-6/64, *Costa-ENEL*).

In definitiva, in merito ai rapporti tra diritto comunitario e diritto internazionale niente è detto in questa ultima sentenza, se si eccettua il già ricordato riconoscimento, nella sentenza *Van Gend en Loos*, dell'esistenza di un *"ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale"*. Basti osservare che l'"autonomia" del diritto comunitario è qui esplicitamente affermata *soltanto riferimento al diritto interno degli Stati membri, e non anche nei confronti del diritto internazionale*.

Sulla applicabilità diretta del diritto comunitario, nella sentenza del 9.3.1978, C-106/77,

Oltre alla possibilità di rimuovere gli ostacoli derivanti dai conflitti di classificazione e di attribuzione dei redditi sulla base delle libertà fondamentali contenute nel TFUE, gli Stati membri devono, secondo quanto previsto dall'art. 4, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea (di seguito "TUE"), adottare tutte quelle appropriate misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Unione. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti e devono astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato. In sostanza, secondo tale disposizione "*gli Stati Membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione*".

La ricerca è volta ad analizzare gli effetti dell'art. 4, comma 3, del TUE rispetto alla possibilità degli Stati membri di classificare autonomamente i soggetti giuridici. Stante la portata generale dell'art. 4 del TUE è opinione condivisa in dottrina che tale disposizione non abbia un'efficacia diretta ma invece trovi applicazione solo qualora sia richiamata in combinato con una ulteriore previsione del TFUE, quale per esempio, una delle disposizioni sulle libertà fondamentali. Nel momento in cui le libertà fondamentali garantite dal TFUE non risultino applicabili, il legislatore dell'Unione Europea può eliminare la doppia imposizione all'interno del mercato unico esclusivamente attraverso una politica fiscale a livello comunitario (ad esempio attraverso l'emanazione di specifiche disposizioni di coordinamento).

Sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (di seguito "CGUE" ovvero "**Corte di Giustizia**") si può affermare che l'applicazione del principio di territorialità risulta compatibile con le libertà fondamentali. Più precisamente, uno Stato membro può tassare gli utili di un soggetto costituito in un altro Stato membro e ivi considerato fiscalmente trasparente. La CGUE ha statuito che le disposizioni degli Stati membri che applicano il principio di territorialità tassando le società residenti sui redditi ovunque prodotti e le società non residenti solo sui redditi derivanti da attività svolte nel proprio territorio risultano compatibili con le libertà fondamentali contenute nel TFUE.

Nella seconda parte della ricerca (e, in particolare, nel cap. 5) si analizza se e fino a che punto l'attuale versione della Direttiva 90/435/CEE del 23 luglio 1990 concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie

---

*Simmenthal*, si legge che "*l'applicabilità diretta va intesa nel senso che le norme del diritto comunitario devono esplicitare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme, in tutti gli Stati membri, a partire dalla loro validità; dette norme sono quindi fonte immediata di diritti ed obblighi per tutti coloro ch'esse riguardano, siano questi gli Stati membri ovvero i singoli, soggetti di rapporti giuridici disciplinati dal diritto comunitario*". Per maggiori approfondimenti si rinvia al contributo di P. Fois, voce *Rapporti tra diritto interno e diritto comunitario*, in Enc. Giur. Treccani, 1992.

di Stati membri diversi (di seguito “**Direttiva Madre-Figlia**”)<sup>4</sup> sia in grado di eliminare la doppia imposizione derivante dalla distribuzione di utili a soggetti non residenti derivante dalla interposizione di una *hybrid entity* tra la società madre e la società figlia. Il presente lavoro, superando il dato letterale delle previsioni della citata Direttiva, è incentrato principalmente ad analizzare lo scopo della stessa e la sua relazione con le libertà fondamentali previste dal TFUE, attraverso una posizione critica della giurisprudenza comunitaria.

Sulla base della analisi svolta si ritiene che la Direttiva Madre-Figlia non contenga di per sé una soddisfacente soluzione ai problemi di doppia imposizione in uno scenario che coinvolge una *hybrid entity*. Tuttavia, il risultato della ricerca porta a ritenere che il problema della doppia imposizione derivante dalla interposizione di una *hybrid entity* può in alcuni casi comunque essere risolto alla luce del principio della libertà di stabilimento contenuto nell’art. 49 del TFUE.

Dopo aver esaminato gli scopi della Direttiva Madre-Figlia e i presupposti per la sua applicazione, è stato verificato se i benefici della Direttiva medesima possano essere attribuiti ai *partner* che possiedono (indirettamente) una partecipazione nella società “figlia” mediante una *partnership* trasparente, qualora quest’ultima non abbia i requisiti per poter invocare la Direttiva Madre-Figlia. Dall’analisi emerge che due sono i possibili approcci. L’approccio della stabile organizzazione (cioè l’approccio secondo cui una *hybrid entity* rappresenta una stabile organizzazione dei suoi *partner*) non conduce a risultati soddisfacenti. Al contrario, risultati più soddisfacenti emergono applicando l’approccio del beneficiario effettivo dei redditi, anche alla luce di quanto statuito dalla CGUE nel caso *Les Verges du Vieux Tauves*. La soluzione al problema della doppia imposizione in caso di una *hybrid entity* viene risolto analizzando gli scopi della Direttiva Madre-Figlia alla luce del principio della “interpretazione costante” della CGUE.

Infine, nella parte finale del capitolo 5 sono stati analizzati e sviluppati i possibili scenari che coinvolgono una *hybrid entity* nei quali il testo della Direttiva Madre Figlia offre già una (ovvero non offre alcuna) soluzione al problema. Dapprima è analizzata la situazione presente in uno scenario che coinvolge esclusivamente soggetti residenti all’interno dell’UE. In questo caso può verificarsi sia una situazione bilaterale (laddove la *hybrid entity* sia stabilita nello Stato della società madre sia nello Stato della società figlia) sia trilaterale (laddove la *hybrid entity* è stata costituita in uno Stato membro diverso da quelli in cui sono stabilite la società madre e la società figlia). Infine, l’analisi è incentrata sui possibili effetti dell’applicazione della Direttiva Madre Figlia nell’ipotesi in cui la *hybrid entity* sia stabilita in uno Stato terzo non appartenente

---

<sup>4</sup> In data 29.12.2011 è stata pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea* la Direttiva 2011/96/UE concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi che rifonda la Direttiva 90/435/CEE. Per maggiori approfondimenti sulle modifiche introdotte in sede di rifusione della Direttiva Madre-Figlia si rinvia al cap. 5.



alla UE.

Il presente studio parte dal presupposto che una interpretazione meramente letterale delle disposizioni della Direttiva Madre-Figlia presenta degli aspetti critici. Il primo rilievo critico che emerge con tutta evidenza è che la predetta Direttiva, annunciata quale importante strumento di eliminazione della doppia imposizione, in realtà ha un ambito di applicazione soggettivo piuttosto limitato all'interno del mercato unico. Infatti, appare evidente che quando furono emanate le originarie disposizioni della citata Direttiva il legislatore comunitario abbia deciso di non affrontare compiutamente tutte le possibili fattispecie dal momento che la Direttiva trovava applicazione a determinate tipologie di società tassativamente individuate da una lista allegata alla Direttiva stessa.. A titolo esemplificativo si anticipa che né il tema della partecipazione indiretta nella società "figlia" né la problematica della distribuzione di utili da parte di una *hybrid entity* (cioè un soggetto fiscalmente trasparente) ai fini della disapplicazione della ritenuta in uscita da parte dello Stato della fonte sono state adeguatamente affrontate finora.

È altrettanto evidente che tali problematiche non abbiano una semplice ed immediata soluzione dal momento che la tassazione della *partnership* e dei *partner* coinvolti in una operazione transazionale è estremamente complessa. Tuttavia, la complessità della problematica non può in alcun modo giustificare l'inerzia del Consiglio dell'Unione Europea. Come si è avuto modo di evidenziare in precedenza, i problemi derivano dalla circostanza che non esiste nell'ambito del diritto dell'Unione Europea<sup>5</sup> un principio di reciproco riconoscimento dei soggetti giuridici, pertanto gli Stati membri possono liberamente applicare i propri criteri di classificazione. Per effetto di tale autonomia nella scelta dei criteri di classificazione spesso si verifica che uno Stato membro considera una *partnership* quale soggetto trasparente e imputa il reddito ai *partner* mentre l'altro Stato membro considera la *partnership* medesima quale autonomo soggetto passivo d'imposta. Come conseguenza dell'interazione dei sistemi fiscali nazionali si possono verificare fenomeni di doppia imposizione e di nessuna imposizione che finiscono con alterare la neutralità del mercato unico.

La possibilità di risolvere tali problematiche si è presentata nel corso del 2003 quando sono state introdotte delle modifiche alla Direttiva Madre-Figlia.

---

<sup>5</sup> Con il termine diritto dell'Unione Europea, un tempo diritto delle Comunità Europee (ovvero diritto comunitario), s'identifica l'insieme di norme relative all'organizzazione e allo sviluppo dell'odierna Unione europea, in origine denominata appunto Comunità europea, ed i rapporti tra questa e gli Stati membri. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità Europea e alcuni atti connessi – a partire dal 1.12.2009, l'Unione Europea ha sostituito la Comunità Europea. Pertanto, a far data dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è più corretto dal punto di vista terminologico fare riferimento al diritto dell'Unione Europea. Tuttavia, nel corso del presente studio continuerà, in talune occasioni, a farsi riferimento alla espressione "diritto comunitario" in considerazione del momento di emanazione di alcune pronunce giurisprudenziali.

Tuttavia, tali modifiche hanno affrontato solo incidentalmente l'utilizzo delle *partnerships* in considerazione del fatto che l'Allegato della Direttiva Madre-Figlia non ha subito modifiche con riferimento a tali soggetti<sup>6</sup>. L'assenza di intervento da parte del Consiglio dell'Unione Europea non può trovare giustificazione alcuna considerato che l'uso delle *partnerships* nell'ambito dei gruppi multinazionali è in continuo incremento e che una parte significativa dei redditi realizzati dalle *partnerships* derivano da operazioni internazionali.

Non ci sono dubbi che l'attuale assenza di regolamentazione della problematica comporta un trattamento non neutrale delle *hybrid entities* che operano in un contesto internazionale rispetto a quelle che operano in un contesto prettamente nazionale. A tale proposito ci si domanda se ciò possa dare origine a un trattamento discriminatorio proibito dal TFUE.

Fino ad oggi la CGUE non ha ancora affrontato il trattamento fiscale di una *partnership* nel contesto della Direttiva Madre-Figlia, tuttavia il problema non è stato ancora risolto e l'attenzione sul punto è molto alta. Ovviamente, allo stato attuale non si è in grado di prevedere il futuro sebbene è possibile tracciare la direzione verso la quale la CGUE si sta muovendo alla luce della sentenza *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*. In tale sentenza la CGUE ha statuito che nel caso di partecipazioni che non rientrano nell'ambito della Direttiva Madre-Figlia spetta agli Stati membri determinare se, ed in quale misura, la doppia imposizione economica degli utili distribuiti debba essere evitata e introdurre in modo unilaterale o mediante convenzioni concluse con altri Stati membri, meccanismi che mirino a prevenire o ad attenuare tale doppia imposizione economica.

Tuttavia tale circostanza non consente agli Stati membri di applicare misure contrarie alle libertà fondamentali garantite dal TFUE e in particolare alla libertà di stabilimento. Ciò che rileva è in che modo la problematica della doppia imposizione viene risolta in un contesto puramente nazionale. In particolare, nel momento in cui uno Stato membro ha scelto di sottrarre le società controllanti residenti ad un'imposizione a catena degli utili distribuiti da una controllata residente, esso deve estendere tale provvedimento alle società controllanti non residenti che si trovino in una situazione analoga, in ragione del fatto che un'imposizione analoga che colpisce tali società non residenti risulta dall'esercizio della sua competenza fiscale su queste ultime.

Risulta evidente come da tale sentenza non si possa ricavare la soluzione definitiva del problema; tuttavia, la stessa costituisce un caso importante al quale fare riferimento per il futuro. Infatti, non è la prima volta che la CGUE ha negato i

---

<sup>6</sup> A seguito delle modifiche apportate nel corso del 2003 alla Direttiva Madre-Figlia l'elenco non contiene più esclusivamente meri riferimenti a forme giuridiche tassative ma sovente - per alcuni Stati membri - propone un perimetro di qualificazione che rinvia al regime impositivo applicabile in quello Stato. Sono quindi più numerosi - rispetto alla precedente versione della Direttiva - i riferimenti al diritto civile e nazionale.

benefici della Direttiva Madre-Figlia ma in qualche modo ne ha garantito la possibilità di invocarli attraverso le libertà fondamentali richiamate dal TFUE.

In sostanza, il fulcro della ricerca è incentrato sulla relazione esistente tra la Direttiva Madre-Figlia e le previsioni del TFUE. In particolare, le disposizioni del TFUE potrebbero essere svuotate di significato per effetto dell'influenza della citata Direttiva. Poiché la normativa primaria è in costante evoluzione per effettivo del processo di "integrazione negativa" attuato dalla giurisprudenza comunitaria risulta che, al fine di evitare che le previsioni della Direttiva Madre-Figlia si pongano in contrasto con il TFUE, è necessario che le stesse siano costantemente aggiornate e interpretate alla luce dell'evoluzione del contesto interpretativo del Trattato.

Si può quindi affermare, anticipando le conclusioni, che è solo una questione di tempo e il primo caso riguardante il trattamento discriminatorio delle *partnerships* sarà posto al vaglio della CGUE. Alla luce delle sentenze *Les Verges des Vieux Tauves* e *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* il risultato è ampiamente prevedibile.

## 2. I metodi di classificazione delle *hybrid entities* nel diritto internazionale privato

### 2.1. Premessa

Ai fini dell'analisi di una problematica quale quella dell'individuazione della *lex societatis* applicabile ai soggetti giuridici che effettuano operazioni aventi rilevanza sovranazionale, risulta in primo luogo necessario soffermarsi ad esaminare l'influenza che le disposizioni di diritto sostanziale e i principi fondamentali del sistema comunitario esercitano al riguardo sui diversi ordinamenti degli Stati membri che ne sono destinatari. A tale proposito, sebbene – in ossequio al principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 del TUE<sup>7</sup> – i criteri per il coordinamento dei diritti societari in vigore nel mercato unico non si sovrappongono integralmente alle discipline internazional-privatistiche dei singoli Stati membri, tuttavia ne condizionano il contenuto e l'ambito di applicazione.

È infatti fuori di dubbio che l'ordinamento comunitario, avendo tra i suoi obiettivi istituzionali la creazione di un mercato unico<sup>8</sup>, caratterizzato dalla libera circolazione dei fattori della produzione, attribuisca un ruolo di spicco alle società commerciali, essendo queste ultime il principale strumento attraverso cui viene

---

<sup>7</sup> L'art. 5 del TUE dispone che "1. *La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità.*

2. *In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.*

3. *In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione.*

*Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo.*

4. *In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati.*

*Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità".*

<sup>8</sup> Il c.d. mercato unico altro non è che "la fusione dei mercati nazionali degli Stati membri in uno spazio economico integrato nel quale i fattori di produzione trovino allocazione in base alle leggi della domanda e dell'offerta in condizioni «il più possibile simili» a quelle di un vero mercato interno", ma che si differenzia dai mercati nazionali "per la particolarità di interessare più Stati sovrani e di essere quindi governato da una pluralità di fonti, tutte aventi tendenzialmente pari valore" (Cfr. M.V. Benedettelli, *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di P. Picone, Cedam, 2004, pag. 217).

svolta l'attività d'impresa nei singoli Stati membri. Di conseguenza, se, da una lato, il frazionamento normativo<sup>9</sup> che necessariamente consegue al mercato unico può certo costituire un ostacolo ai traffici intracomunitari, in quanto per gli operatori economici conformarsi a discipline differenti implica un costo aggiuntivo, per converso, il completamento di tale mercato offre alle imprese la possibilità di beneficiare di significativa economia di scala, di svolgere attività di impresa che sarebbero invece precluse in un altro Stato membro, di usufruire di un accesso semplificato ad opportunità di lavoro offerte in altri Stati membri e di cooperare più da vicino con altre imprese estere<sup>10</sup>. Si può quindi affermare che alla convergenza tra norme degli Stati membri e quindi alla creazione del mercato unico si potrebbe giungere in maniera più efficace, quasi naturalmente, a seguito della competizione tra ordinamenti o alla c.d. "competizione nel mercato delle regole"; l'effetto della competizione tra ordinamenti giuridici produce, piuttosto, effetti positivi in quanto spinge gli investitori a cercare gli ordinamenti giuridici più efficienti con conseguente vantaggio per gli *stakeholders* (per gli azionisti nel caso particolare di investimenti societari).

È proprio per il raggiungimento dei suddetti scopi che tali enti risultano destinatari di un *corpus* di disposizioni del TFUE<sup>11</sup>, quale, in particolare, quello previsto dal combinato disposto degli artt. 49 e 54<sup>12</sup>, che mirano a tutelare la libertà di stabilimento non solo a favore delle persone fisiche, ma estendendola, in presenza di determinati requisiti, anche alle persone giuridiche<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Tale frazionamento, infatti, non è di per sé comunitariamente illegittimo, né di per sé giustifica l'elaborazione di norme comunitarie uniformi di conflitto volte a ripartire in via generale la competenza legislativa tra gli Stati membri: per giustificare l'intervento comunitario, invero, è necessario accertare che la sottoposizione di fattispecie di attività economica transfrontaliera ai diversi precetti delle legislazioni nazionali generi una lesione grave del funzionamento del mercato unico, vuoi quando il frazionamento sia tale da impedire o disincentivare la circolazione comunitaria dei fattori della produzione, vuoi quando esso finisca per ridurre il livello complessivo di efficienza del Mercato e quindi pregiudichi la competitività del medesimo rispetto ai mercati di Stati terzi.

<sup>10</sup> Cfr. L. Giuliani Thompson, *Il conflitto nell'applicazione del diritto di stabilimento primario e secondario delle società europee*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2000, I, pag. 228.

<sup>11</sup> Il TFUE e il TUE costituiscono i trattati su cui è fondata l'Unione Europea. Antecedentemente a tali trattati si applicava il trattato istitutivo della Comunità Europea (c.d. Trattato CE). Si veda la precedente nota 5.

<sup>12</sup> Le società commerciali sono interessate, sia pure indirettamente, da un'altra serie di disposizioni del TFUE, che stabiliscono le regole sulla concorrenza: si fa qui riferimento agli artt. 101-109, con cui viene disciplinata l'attività delle imprese in punto di intese e pratiche restrittive, di abuso di posizione dominante e di aiuti di Stato. Tali disposizioni, tuttavia, essendo finalizzate a garantire il funzionamento del mercato unico definiscono autonomamente il proprio ambito di applicazione con riguardo all'idoneità di un certo atto o comportamento, sia esso privato oppure pubblico, a produrre effetti su tale mercato, quale che sia la legge regolatrice o la nazionalità dell'impresa interessata.

<sup>13</sup> Le società commerciali risultavano inoltre soggetto di numerose disposizioni derivanti da accordi bilaterali o multilaterali tra gli Stati membri la cui fonte si trova nel Trattato CE. Ci si riferisce a quanto previsto dall'art. 293 del Trattato CE (ora abrogato e non ripreso nelle disposizioni del TFUE e del TUE), che impegnava gli Stati membri a negoziare varie convenzioni internazionali in materia societaria, nonché dall'art. 294, che vietava che uno Stato membro discriminasse i cittadini di altri Stati membri quanto alla loro partecipazione finanziaria al capitale delle società commerciali, nonché

Con riferimento alla tematica della legge applicabile alle società commerciali che operano in un contesto sovranazionale, allo stato attuale non esiste all'interno dell'Unione Europea un principio giuridico di collegamento internazional-privatistico che risulti essere comune e condiviso; piuttosto, da più di vent'anni coesistono due diverse teorie, tali essendo quella della sede reale o effettiva (*real seat theory*) e quella dell'incorporazione (*incorporation theory*). Si tratta, come è del resto evidente, di un contrasto tutt'altro che meramente teorico, dal momento che sottende concezioni diverse della libertà di stabilimento e della natura dell'impresa, della mobilità dei capitali e delle società, dello sviluppo e della disciplina di un'economia transnazionale integrata<sup>14</sup>.

Allo stato attuale nessuna disposizione del TUE né del TFUE affronta espressamente le questioni che potrebbero sorgere a causa del potenziale conflitto tra le disposizioni che regolano il fenomeno societario nei diversi ordinamenti e, in particolare, il conflitto di classificazione dei soggetti giuridici. A ciò suppliva, almeno in parte, la previsione dell'art. 293 del Trattato CE (ora abrogato)<sup>15</sup>, che si limitava a prevedere semplicemente l'avvio di negoziati tra Stati membri volti alla risoluzione (in via convenzionale) dei conflitti. La predetta disposizione, in sostanza, non aveva alcun effetto vincolante nei confronti degli Stati medesimi ma rappresentava una mera raccomandazione a stipulare accordi - al di fuori del sistema istituzionale comunitario - volti a garantire il reciproco riconoscimento delle società, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da uno Stato all'altro e la possibilità di fusioni tra società soggette a legislazioni nazionali differenti.

Tale previsione tuttavia può considerarsi un'opera incompiuta. Infatti, l'unica convenzione in materia che gli Stati membri sono stati in grado di concludere è quella relativa al reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche, firmata a Bruxelles il 29.2.1968 che però non è mai entrata in vigore<sup>16</sup>. Inoltre, come già evidenziato, l'art. 293 del Trattato CE non è stato

---

dall'art. 44, n. 2, lett. g), che auspicava l'adozione di direttive al riguardo ad opera del Consiglio.

<sup>14</sup> Cfr. A Frada de Sousa, *Company's Cross-Border Transfer of Seat in the EU after Cartesio*, Jean Monnet, WP no. 7/2009.

<sup>15</sup> L'art. 293 del Trattato CE disponeva che "*Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini (...) il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'articolo 48, comma secondo, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un Paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse [...]*" (sottolineatura aggiunta).

<sup>16</sup> La mancata entrata in vigore è dovuta al fatto che solo cinque dei sei Stati (ad eccezione dei Paesi Bassi) che all'epoca erano membri dell'allora Comunità Economica Europea provvedettero alla ratifica della suddetta Convenzione. Quest'ultima partiva dal riconoscimento della legge che disciplinava la costituzione della società, dal momento che prevedeva, all'interno dell'art. 1, che "*sono riconosciute di diritto le società civili o commerciali, comprese le società cooperative, costituite in conformità della legge di uno Stato contraente che conferisca loro la capacità di essere titolari di diritti e di obblighi ed aventi la sede statutaria nei territori in cui si applica la presente Convenzione*". Nello stesso tempo, tuttavia, la Convenzione lasciava una possibilità per gli Stati che adottavano il criterio della "sede effettiva", poiché prevedeva che gli Stati contraenti potessero

riprodotto nei due trattati successivi (il TUE e il TFUE) che lo hanno abrogato e sostituito con nuove disposizioni.

Il fallimento della predetta convenzione di Bruxelles ha però contribuito a spostare l'attenzione degli Stati membri dalle ordinarie procedure di negoziazione di convenzioni internazionali al processo di armonizzazione delle disposizioni in tema di diritto societario, attraverso l'adozione di specifiche normative comunitarie. Il coordinamento e l'armonizzazione del diritto societario dei diversi Stati membri, attraverso la legislazione secondaria dell'Unione Europea, si basa sul contenuto dell'art. 50, comma 2, lett. g) del TFUE, il quale stabilisce che *“Per realizzare la libertà di stabilimento in una determinata attività, [...] il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione esercitano le funzioni loro attribuite in virtù delle disposizioni che precedono, in particolare: g) coordinando, nella necessaria misura e al fine di renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 54, secondo comma per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi”*.

L'opera di armonizzazione del diritto societario per mano delle istituzioni comunitarie supplisce pertanto alla mancanza di una disciplina unitaria volta alla soluzione dei conflitti relativi alle fattispecie societarie e riduce le differenze delle normative nazionali che pregiudicano la concreta attuazione del diritto di stabilimento. Tale opera può essere meglio rappresentata dalla elencazione di una lista di Direttive del Consiglio che si inseriscono in un complesso procedimento tuttora non ancora concluso e che coprono idealmente ogni momento della vita di una società<sup>17</sup>. Infine, l'inesorabile divenire del processo di integrazione e la realizzazione concreta del mercato unico hanno comportato che la perdurante necessità di una soluzione ai problemi di diritto internazionale privato delle società (e dei soggetti giuridici ad esse assimilabili) fosse posta all'attenzione della CGUE. Da ciò ne è derivata inevitabilmente la formazione di

---

dichiarare, al momento della stipula della medesima Convenzione, non solo che non avrebbero applicato la Convenzione alle società aventi la sede effettiva fuori dal territorio convenzionale e prive di reali connessioni con l'economia degli Stati membri, ma addirittura che avrebbero esercitato la facoltà loro attribuita di applicare alle società degli altri Stati membri, aventi la sede sul proprio territorio, le proprie disposizioni, da intendersi non soltanto come le disposizioni imperative, ma addirittura, in determinati casi, come anche quelle di carattere suppletivo. Sul punto, si rinvia a T. Ballarino, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Rivista delle società*, fasc. IV, 2003, pagg. 670-671. Tuttavia, la mancata ratifica da parte dei Paesi Bassi ha fatto sì che la Convenzione diventasse un documento di interesse puramente storico, tanto che ormai non è neanche più considerata uno strumento giuridico da recepire, in caso di adesione alla Comunità Europea di nuovi Stati membri.

<sup>17</sup> Si fa qui riferimento a direttive che disciplinano gli aspetti più vari della vita societaria: dal regime di trasparenza e pubblicità alla validità delle obbligazioni assunte, dalle regole di formazione del capitale sociale alla protezione degli azionisti, a fusioni e scissioni, ai principi contabili; nonché ai due fondamentali regolamenti in materia di società, quali il n. 2137/85 del Consiglio, del 25.7.1985, relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (GEIE) e il n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8.10.2001, relativo allo statuto della Società Europea (SE).

giurisprudenza sul tema, la quale offre interessanti spunti per un diverso inquadramento dei rapporti tra diritto comunitario e diritto internazionale privato delle società commerciali e, in particolare, dell'influenza che il primo esercita sul secondo.

## 2.2. Il fondamento normativo del diritto di stabilimento: gli artt. 49 e 54 del TFUE

La libertà di stabilimento, insieme con la libertà di prestazione dei servizi, è il principale strumento concepito dal diritto comunitario al fine di promuovere lo svolgimento dell'attività delle società commerciali in territori di Stati membri diversi da quello di origine.

Il combinato disposto degli artt. 49 e 54 del TFUE estende alle persone giuridiche, *in primis* alle società, che presentano uno stretto legame con l'Unione Europea, il fondamentale diritto di stabilimento garantito ai cittadini degli Stati membri, principio cardine su cui si regge la struttura dell'intero Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea<sup>18</sup>.

L'interpretazione della portata di tale libertà, delineata nelle sue linee essenziali, negli articoli 49 e 54 del TFUE (*ex artt.* 43 e 48 TCE) è stata in passato piuttosto incerta, ed ha pertanto costituito oggetto di numerosi interventi, talvolta in senso restrittivo, da parte della Corte di Giustizia. Riferita alle società, essa si dovrebbe caratterizzare, nella sua accezione primaria, come diritto a trasferire, senza restrizioni non previste dal Trattato stesso, la sede sociale da un Paese membro ad un altro. Nella sua applicazione pratica, tuttavia, il principio si è dovuto scontrare con numerosi ostacoli di varia natura, opposti dalle legislazioni e dalle prassi nazionali.

Anche a causa di queste difficoltà, la libertà di stabilimento si è spesso concretizzata attraverso il ricorso alla sua accezione secondaria, consistente nel diritto ad aprire agenzie, filiali o succursali – cosiddetti “stabilimenti secondari<sup>19</sup>” – nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di origine. Il ricorso a questa seconda modalità di esercizio, comportante una presenza meno intensa della struttura sociale, è stato il modo in cui la libertà di stabilimento si è meglio esplicitata, almeno fino al 1999. A partire da quella data, infatti, grazie all'ormai celebre sentenza *Centros*, sembra che la Corte di Giustizia abbia fornito una interpretazione meno restrittiva che consente maggiore libertà di azione<sup>20 21</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. A. Della Chà, *Companies, right of establishment and the Centros judgement of the European Court of Justice*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2000, n. 4, p. 925-933.

<sup>19</sup> Sullo stabilimento secondario delle società si veda S. Lombardo, *Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa*, in *La nuova giurisprudenza commentata*, 2005, pp. 376 e ss..

<sup>20</sup> Più precisamente, in base a quanto disposto dal citato art. 54, le condizioni che devono sussistere affinché le persone giuridiche possano godere dell'equiparazione alle persone fisiche aventi la cittadinanza di uno degli Stati membri e, pertanto, usufruire della libertà di stabilimento, sono principalmente due e consistono nell'essere state “*costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro*” e nell'avere “*la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività*”.



Più precisamente, in base a quanto disposto dal citato art. 54, le condizioni che devono sussistere affinché le persone giuridiche possano godere dell'equiparazione alle persone fisiche aventi la cittadinanza di uno degli Stati membri e, pertanto, usufruire della libertà di stabilimento, sono principalmente due e consistono nell'essere state "*costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro*" e nell'avere "*la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità*".

Mediante un utilizzo così ampio dei criteri di connessione<sup>22</sup>, il diritto comunitario, pur nella concretezza dell'affermazione del diritto di stabilimento, rinuncia ad occuparsi del problema internazional-privatistico di stabilire quale sia l'ordinamento di riferimento per la disciplina dello statuto personale di un ente, presupponendo la selezione da parte degli Stati membri, degli elementi sulla base dei quali individuare tale legge regolatrice e su cui fondare il reciproco riconoscimento delle fattispecie societarie<sup>23</sup>.

Il contenuto del diritto di stabilimento consiste nell'attribuzione ai soggetti beneficiari della facoltà di trasferirsi in uno Stato membro diverso da quello di origine al fine di esercitarvi un'attività economica<sup>24</sup> avente carattere di continuità e stabilità<sup>25</sup> e impone agli Stati membri di vietare restrizioni a tale libertà<sup>26</sup>.

---

*principale all'interno della Comunità*".

Come affermato dalla CGUE, i concetti di "sede sociale, amministrazione centrale e centro di attività principale" rivestono per le persone giuridiche lo stesso significato che ha, per le persone fisiche, il concetto di nazionalità. Sul punto si rinvia, su tutte, alla sentenza *Commissione c. Francia*, causa C-270/83.

<sup>21</sup> Mentre il primo comma dell'art. 54 si riferisce unicamente alle "*società*", il secondo comma chiarisce che "*per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro*".

<sup>22</sup> Tutto ciò nonostante il fatto che tutti e sei gli Stati che originariamente hanno firmato il Trattato di Roma applicassero la teoria della "sede reale". I Paesi Bassi, infatti, hanno introdotto la teoria dell'"incorporazione" solo nel 1959. Sul punto si veda S. Lombardo, "*La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il "caso Uberseering": tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*", in Banca, borse e titoli di credito, 2003, pag. 464.

<sup>23</sup> Cfr. R. Luzzatto – C. Azzolini, voce *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto – Discipline privatistiche – Sezione commerciale*, XIV, UTET, pag. 156.

<sup>24</sup> Seppure contenga un limite, valevole per il diritto di stabilimento delle persone sia fisiche, sia giuridiche, che è necessario applicare in modo restrittivo, l'art. 51 del TFUE stabilisce che "*sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo (i.e. quello relativo al diritto di stabilimento, n.d.r.), per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri*".

In virtù di quanto prevede l'art. 52 del TFUE, inoltre, rimane impregiudicata per gli Stati membri la facoltà di applicare le "*disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica*".

<sup>25</sup> In quanto tale, il diritto di stabilimento differisce sia dalla libera prestazione di servizi, contraddistinta dal requisito dell'occasionalità dell'attività fornita, sia dalla libera circolazione dei lavoratori, stante il carattere non salariato dell'impiego.

La nozione di libera prestazione di servizi non può contare su una definizione normativa diretta ed è attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea che è possibile definirla come nozione

Nonostante la CGUE, sin dalle sue prime pronunce<sup>27</sup>, abbia pacificamente attribuito al diritto di stabilimento primario (delle persone fisiche) il carattere di efficacia diretta negli ordinamenti degli Stati membri<sup>28</sup>, facendo in modo che esso possa essere immediatamente azionato di fronte alle Corti nazionali, si deve anche evidenziare un certo atteggiamento di chiusura da parte dei giudici comunitari con riferimento all'applicazione della libertà di stabilimento da parte delle società.

Dal momento che, come sottolineato in precedenza, il diritto comunitario, ricorrendo, con l'art. 54, ad un triplice criterio di collegamento, sembra accettare un concetto misto di legge regolatrice, la libertà di stabilimento, sia primaria che secondaria, dovrebbe essere attribuita indifferentemente alle società regolate da sistemi nazionali che utilizzano uno qualsiasi dei criteri descritti.

Questo, tuttavia, non è pacifico e la giurisprudenza della Corte sul punto ha subito nel corso degli anni importanti evoluzioni, che hanno percorso binari differenti a seconda che si trattasse di diritto di stabilimento primario ovvero secondario, e che hanno acceso e via via alimentato un vivace dibattito a livello europeo, in particolare da parte di coloro che hanno percepito, nelle pronunce della Corte, un vero e proprio ostacolo ad una concreta realizzazione dell'auspicato mercato unico.

---

residuale rispetto a quella di libertà di stabilimento. Così, mentre lo stabilimento implica la partecipazione permanente alla vita economica di uno Stato, la prestazione di servizi si caratterizza per la temporaneità della prestazione stessa, in relazione alla durata, alla frequenza ed alla periodicità, pur senza escludere la possibilità per il prestatore di avere un ufficio necessario allo svolgimento della funzione (CGUE, sentenza del 30.11.1995, C-55/94, *Gebhard*, par. 26-27). Sul punto, si rinvia a G. Tesaro, *Diritto Comunitario*, Cedam, 2005, IV ed., pag. 546.

<sup>26</sup> L'intento del legislatore, come più volte ricordato dalla stessa CGUE, è quello di proibire non solo le ipotesi di discriminazione diretta, vale a dire basata sul criterio della differente nazionalità, ma anche i casi di discriminazione indiretta, quale è quella che avviene sulla base di indici diversi dalla nazionalità, ma che rende comunque impossibile, o comunque più difficile, l'esercizio del diritto di stabilimento. Esempi di questa ultima situazione, con riferimento al diritto di stabilimento secondario, si possono rinvenire in *Segers*, causa C-79/85 e *Centros*, causa C-212/97.

<sup>27</sup> Il riferimento è qui da intendersi al *leading case* costituito dalla pronuncia della CGUE in *Reyners*, causa C-2/74; i fatti della causa erano i seguenti: il sig. *Reyners*, cittadino olandese, non poteva esercitare la sua professione in Belgio, a causa di previsioni legislative che escludevano tale facoltà sulla base della nazionalità straniera del soggetto interessato. Ciò che ha più contribuito a tale pronuncia, e che qui assume rilevanza, è che il caso di specie riguardasse una persona fisica.

<sup>28</sup> Tuttavia vi è chi ritiene che, in virtù della mera esistenza all'interno del Trattato CE del citato art. 293 e del fatto che l'invito in esso contenuto è stato raccolto mediante l'adozione, poi fallita, della Convenzione relativa al reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche, si potrebbe anche giungere ad interpretare l'art. 48 come non dotato di efficacia diretta. Sul punto si rinvia a A. Della Chà, *Companies, right of establishment and the Centros judgement of the European Court of Justice*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2000, n. 4, pag. 934.

## 2.3. I criteri di collegamento in materia di diritto societario

### 2.3.1. Premessa terminologica

La sede sociale è anzitutto un concetto anzitutto di diritto civile nazionale. Ogni società deve avere una propria sede, la quale rappresenta un elemento costitutivo della medesima società. La sede sociale consente di localizzare la società da un punto di vista geografico e di identificarla per gli scopi dei rapporti giuridici nonché svolge due importanti funzioni considerato che essa:

- (i) può essere il “luogo per la corrispondenza” presso il quale i terzi possono entrare in contatto con la società (funzione formalistica)<sup>29</sup>; e
- (ii) può inoltre designare il luogo presso il quale la “realtà” dell’attività sociale è concentrata, ovverosia il luogo in cui sono esercitate le funzioni di gestione e amministrazione della società, il luogo in cui si riuniscono i soci in assemblea, ecc. (funzione sostanziale).

La sede effettiva può facilmente ricomprendere la funzione della sede formale, pertanto la sede formale e la sede sostanziale possono coincidere, anche se in alcuni ordinamenti giuridici la sede sostanziale e la sede formale devono necessariamente coincidere.

Gli ordinamenti giuridici nazionali determinano cosa si intende dal punto di vista giuridico per sede sociale. Si ritiene che un’ampia distinzione può essere delineata tra gli ordinamenti giuridici a seconda che questi si fondino sul concetto di sede formale o su quello di sede sostanziale ovvero su entrambi. L’esistenza della sede di una società dipende da quale concetto di sede sociale l’ordinamento giuridico di uno Stato ha deciso di adottare.

Per meglio illustrare cosa si intende per differente concetto di sede sociale nel seguito vengono investigate le definizioni contenute negli ordinamenti francese e inglese. Nel diritto societario inglese il termine “sede” (i.e. *seat*) non è espressamente utilizzato. Piuttosto, si fa riferimento al termine “*registered office*” di una società, il quale deve essere localizzato permanentemente nel territorio della Gran Bretagna. In realtà, il *registered office* è un mero indirizzo che deve essere menzionato in ogni documento sociale. I soli obblighi connessi al *registered office* attengono al fatto che deve essere possibile per i terzi contattare la società e notificare atti e documenti all’indirizzo comunicato e che la società deve rendere disponibili per ispezioni e controlli al *registered office* qualsiasi atto, documento e registro richiesto dalla legge. Questo è in sostanza ciò che viene definito concetto di sede formale. Non sono previsti ulteriori obblighi; il diritto societario inglese non è legato alla reale attività economica della società. I concetti di “*real seat*”, “*head office*” o “*administrative seat*” non sono richiamati all’interno delle previsioni del diritto societario inglese<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> L’individuazione del luogo per la corrispondenza può anche avere una funzione prettamente procedurale.

<sup>30</sup> Tuttavia, nel diritto tributario inglese è utilizzato il “*place of effective management*” della società

Al contrario, la definizione francese di sede sociale, la c.d. “*siège social*”, unisce *prima facie* i concetti di sede formale e di sede sostanziale. L’articolo L210-2 del codice del commercio francese (c.d. *Code de Commerce*) dispone che la sede sociale (*siège social*) deve essere determinata nello statuto societario includendovi l’esatto indirizzo della sede<sup>31</sup>. La sede sociale (*siège social*) deve essere menzionata in tutti i documenti emessi dalla società<sup>32</sup>.

Nella maggior parte dei casi la sede indicata nello statuto sociale (*i.e.* la *siège statutaire*) si presume essere la sede sociale (*siège social*). Tuttavia, l’individuazione della sede sociale da parte dei soci fondatori non può essere del tutto arbitraria. La sede sociale indicata nello statuto deve riflettere la realtà economica, deve cioè coincidere con il luogo in cui viene effettivamente gestita la società (*i.e. place of effective management*) secondo quanto statuito dalla *Cour de Cassation*<sup>33</sup> e dalla *Cour d’Appel* di Parigi<sup>34</sup> (c.d. *siège réel*). Da ciò consegue che nel diritto societario francese esiste una presunzione in base alla quale la sede effettiva (*siège réel* o *real seat*) coincide con la sede statutaria. Infatti, se la sede sociale indicata nello statuto sociale non corrisponde con il luogo di effettiva gestione della sociale, il diritto societario francese introduce il concetto di “sede sociale fittizia”, il che comporta che i terzi possono opporre alla società sia la sede statutaria (*siège statutaire*) sia la sede effettiva (*siège réel* o *real seat*)<sup>35</sup>. Ciò non può essere opposto invece dalla società. E’ pertanto evidente che il diritto societario francese fa riferimento al concetto di sede sostanziale.

Si può in linea di principio affermare che gli ordinamenti nazionali degli Stati membri utilizzano differenti criteri di collegamento ottimale per la determinazione della legge regolatrice delle società (*lex societatis*) che presentano elementi di estraneità rispetto all’ordinamento giuridico in cui sono

---

per determinare se questa è residente in Gran Bretagna ai fini fiscali. In base alle previsioni di *common law* una società è residente in Gran Bretagna se è ivi controllata e amministrata ovvero la sua attività è ivi svolta.

<sup>31</sup> Il testo del *Code de Commerce* può essere consultato sia in lingua francese che in lingua inglese alla pagina del *Service public de la diffusion de la loi* ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)). La traduzione in inglese dell’art. L210-2 e dell’art. L210-3 del *Code de Commerce* fornisce un ulteriore esempio della difficoltà di trattare i concetti nazionali di sede sociale in una lingua diversa da quella ufficiale presente nel singolo ordinamento nazionale. La traduzione dell’art. L210-2 dispone che il *registered office* (*siège social*) deve essere determinato dallo statuto sociale, mentre l’art. L210-3 prevede che le società il cui *registered office* (*siège social*) è situato nel territorio francese sono soggette alle leggi dell’ordinamento francese. La traduzione è alquanto imprecisa e foriera di errate interpretazioni perché, da una parte, suggerisce al lettore che lo statuto di una società deve soltanto determinare la sede secondo l’approccio formalistico del *registered office* previsto dal diritto societario inglese e nulla di più; ma questo non è quanto avviene nel diritto societario francese per quanto si dirà più avanti nel corso della trattazione. E dall’altra parte, tale traduzione sembra fornire l’impressione che il diritto societario francese segua la *incorporation theory*, cosa che non corrisponde alla realtà dei fatti.

<sup>32</sup> Art. R123-237 del *Code de Commerce*.

<sup>33</sup> Cass. civ. 15.6.1957; Cass. comm. 16.12.1958; Cass. comm. 6.1.1998.

<sup>34</sup> C.A. di Parigi 30.1.1970, C.A. 17.10.1980; C.A. 16.5.1984; C.A. 28.10.1992; C.A. 22.3.2001.

<sup>35</sup> Art. L210-3 del *Code de Commerce*.

state costituite. Nel successivo paragrafo sono individuate le diverse teorie create dalla giurisprudenza e dalla dottrina sul punto.

### 2.3.2. La teoria della costituzione (*incorporation principle*) vs. la teoria della sede effettiva (*real seat principle*)

Secondo la teoria della costituzione (*incorporation theory*), caratteristica degli ordinamenti anglosassoni, gli *internal affairs* di una società sono regolati dalla “legge del luogo ove si verificano quegli eventi empirici dall’avverarsi dei quali la stessa legge fa dipendere la costituzione della società”<sup>36</sup>. Tale legge coinciderà di regola con quella dello Stato nel cui territorio è situata la sede statutaria (il *registered office*) della società e in cui devono eseguirsi le formalità per la registrazione dell’ente<sup>37</sup>. Con riferimento all’Europa la *incorporation doctrine* si sviluppò dapprima in Inghilterra a partire dal XIX secolo e fu utilizzata per supportare la politica espansionista di tale Stato. Infatti, considerato che in tale periodo l’Inghilterra era il principale Stato esportatore di capitali, vi era la decisa volontà dei suoi governanti di estendere l’applicazione del diritto inglese anche agli Stati o territori al di fuori dei suoi confini ove operavano le società costituite in patria<sup>38</sup>; in secondo luogo, anche gli stessi investitori inglesi erano fortemente interessati a continuare ad operare all’estero secondo una legislazione loro familiare. Il principio della *lex incorporationis* viene essenzialmente giustificato in base ad esigenze di certezza del diritto.

La teoria della costituzione presenta evidenti vantaggi per i soci fondatori di una società poiché consente loro di scegliere liberamente il sistema di diritto societario ritenuto più coerente, che resterà invariato per tutta la vita della società a prescindere tanto dal luogo in cui l’attività verrà effettivamente esercitata quanto da quello in cui la società sarà in concreto amministrata. Gli unici limiti alla libertà di scelta consistono da un lato nell’obbligo di scegliere, almeno in sede di costituzione, la legge del Paese che ha proceduto alla personificazione

---

<sup>36</sup> Cfr., Santa Maria, *Commento sub. art. 25*, in *Commentario della legge 31 maggio 1995 n. 218*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1995, pag. 1039.

<sup>37</sup> E’, infatti, raro che un ordinamento consenta ad una società costituita in base alle proprie leggi di fissare *ab origine* la sede statutaria al di fuori del proprio territorio. Sul punto cfr. Luzzatto-Azzolini, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. comm., XIV, Torino, 1997, p. 147. Inoltre, si rinvia al contributo di Ballarino, *Diritto internazionale privato*, terza ed., Padova, 1999, p. 366, nel quale si afferma che “*tutte le leggi del mondo escludono la creazione nel proprio ordinamento giuridico di società aventi la sede al di fuori dei limiti del potere di imperio dello Stato*”. Difficoltà di individuazione della legge applicabile si pongono, invece, rispetto agli enti non personificati per i quali non sia richiesta un’attività certificativa da parte di una qualsivoglia autorità amministrativa (per esempio, atto pubblico o obbligo di registrazione presso un pubblico registro delle società) e che vengono, dunque, ad esistenza per effetto della mera stipulazione di un contratto (anche non scritto) tra i soci o come conseguenza dell’esercizio in concreto di una attività di impresa (ad es., una *joint venture* di tipo contrattuale).

<sup>38</sup> Cfr. Ballarino, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Cedam, 2003, pag. 123.

dell'ente<sup>39</sup> e dall'altro dal divieto di effettuare il c.d. *cherry picking*, ossia dal divieto di scegliere alcune regole di un ordinamento e altre regole di un altro ordinamento<sup>40</sup>. La scelta comporterà, dunque, l'applicazione dell'intero *corpus* normativo dell'ordinamento prescelto.

La teoria della costituzione presenta inoltre l'ulteriore vantaggio di essere più rispettosa della volontà dei soci fondatori, di dare maggiore certezza ai rapporti giuridici e di rendere più facilmente prevedibili le regole e gli standard che governano la società a tutela tanto dei soci quanto di coloro che entrano in contatto con la società. Inoltre, la predetta teoria consente la libertà di scelta dell'ordinamento societario ritenuto più attraente, non soltanto in via originaria mediante la costituzione di una società pseudo-straniera<sup>41</sup>, ma anche in via successiva attraverso gli strumenti del trasferimento della sede legale all'estero e della fusione transfrontaliera, sempre che tanto lo Stato di uscita quanto quello di entrata consentano tali operazioni<sup>42</sup>.

Gli ordinamenti che adottano la teoria della costituzione non restano, in genere, completamente indifferenti al fenomeno delle società pseudo-straniere ma dettano spesso regole specifiche (c.d. *pseudo-foreign corporations statutes*) al fine di evitare il potenziale danno reputazionale che potrebbe conseguire dalla diffusione di mere *mail box companies* costituite in ordinamenti con una legislazione meno invasiva dal punto di vista dei controlli che non tutelino in maniera adeguata le varie categorie di soggetti che instaurano relazioni contrattuali con la società (soprattutto creditori, lavoratori e fisco, ma anche i soci nei confronti degli amministratori e i soci di minoranza nei rapporti con i soci di maggioranza).

Gli ordinamenti che prevedono questi *pseudo-foreign corporations statutes*, dunque, da un lato consentono l'esportazione della propria legge societaria mentre dall'altro limitano l'importazione della legge societaria straniera.

---

<sup>39</sup> A quanto consta, infatti, tutti gli ordinamenti condizionano il conferimento della personalità giuridica alla iniziale sottoposizione dell'ente alle leggi dello Stato di costituzione. Nessun ordinamento, infatti, adotta in materia di società una regola del tenore "*le società sono regolate dalla legge scelta dalle parti*".

<sup>40</sup> Cfr. L. Enriques, *How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law*, working paper, 2006, pag. 9.

<sup>41</sup> Per società pseudo-straniere si intendono quelle società che, benché costituite sotto la legge di un determinato ordinamento, esercitano la propria attività esclusivamente in un altro ordinamento e che, dunque, dal punto di vista dell'ordinamento in cui esercitano la propria attività si presentano come straniere da un punto di vista meramente formale (per esempio una *private limited company* inglese che esercita la propria attività esclusivamente in Italia attraverso lo stabilimento di una sede secondaria).

<sup>42</sup> Per questo motivo la teoria della costituzione costituisce il presupposto per la creazione di un "mercato delle regole". Tale locuzione va intesa in un duplice senso. Da una parte, dal punto di vista delle imprese, nel senso di *lex shopping*, ossia di scelta dell'ordinamento ritenuto più attraente. Dall'altra, dal punto di vista dei regolatori, nel senso di competizione tra gli ordinamenti giuridici nell'offerta dei modelli societari, i quali potrebbero aver interesse da un lato a che i propri cittadini non vadano a costituire le società all'estero e dall'altro (ma solo eventualmente) a promuovere l'utilizzo dei propri modelli societari.

Si può parlare al riguardo di teoria della costituzione in senso “asimmetrico” per distinguerla dalla versione “pura” nella quale queste regole contro le società pseudo-straniere non sono presenti<sup>43</sup>.

In sintesi, si può affermare che esiste un primo gruppo di Stati nei quali è previsto che una società debba essere assoggettata all’ordinamento giuridico dello Stato in cui è stata costituita e dove è stato stabilito il *registered office*. Detto in altri termini, gli Stati membri che seguono la teoria della costituzione considerano appartenenti al proprio ordinamento giuridico (*i.e.* aventi quindi nazionalità di tale Stato) le società costituite in base alle proprie leggi e con il *registered office* situato nel proprio territorio.

Inoltre, in base a tale teoria il *registered office* di una società non può, come regola generale, essere trasferito al di fuori del territorio dello Stato in cui è la medesima società è stata costituita, poiché ciò comporterebbe un cambiamento della legge applicabile e quindi della sua nazionalità. Il luogo nel quale la società è amministrata può, al contrario, essere stabilito in uno Stato diverso da quello in cui è presente il *registered office*, sia dal momento della costituzione della società medesima sia per effetto del trasferimento della sede dell’amministrazione successivamente alla costituzione. Poiché il luogo della costituzione e il luogo dell’amministrazione possono essere distinti, la teoria della costituzione consente di tenere separata la nazionalità e la sede dell’amministrazione di una società.

Al contrario, secondo la teoria della sede effettiva gli *internal affairs* di una società sono regolati dalle norme proprie dell’ordinamento nella cui giurisdizione l’ente è concretamente amministrato (sede amministrativa) o esercita effettivamente la propria attività di impresa (oggetto principale dell’impresa). L’assoggettamento alla legge nazionale dello Stato della sede effettiva si giustifica sulla base del preminente interesse economico di tale paese ad applicare la propria legge ad enti stranieri che siano in stretto contatto con il proprio territorio. Ciò, da un lato al fine di impedire che fondatori di una società possano sottrarsi all’osservanza delle proprie leggi nazionali mediante la costituzione di una società pseudo-straniera, e dall’altro al fine di tutelare la posizione dei propri cittadini ed impedire che gli stessi possano subire un pregiudizio derivante dal porre in essere operazioni con soggetti a cui si applicano regimi di diritto societario che prevedono una tutela inferiore rispetto a quella concessa dallo Stato della sede<sup>44</sup>.

Per sede effettiva può intendersi, in via di prima approssimazione, un collegamento effettivo dell’ente con la vita economica e sociale di un dato

---

<sup>43</sup> Cfr. L. Enriques, *op. cit.*

<sup>44</sup> Si pensi alle regole poste a tutela dei creditori sociali quali, ad esempio, quelle in materia di responsabilità degli amministratori, di superamento del velo societario o sul capitale sociale minimo, ma anche alle regole non propriamente appartenenti al diritto societario ma la cui applicazione consegue dall’individuazione di un determinato diritto societario.

territorio che viene spesso identificato con la presenza dell'amministrazione centrale o dell'oggetto principale dell'impresa in quel territorio. Il concetto, comunque, varia spesso da uno Stato all'altro. Vale la pena evidenziare che l'applicazione di tale criterio può risultare talora non facile. Infatti, la diffusione dei moderni mezzi di telecomunicazione e la globalizzazione delle imprese rendono alle volte quanto meno discutibile la concreta individuazione della "sede dell'amministrazione" (specialmente nel caso di decentramento delle strutture amministrative) o di qualsiasi altro criterio di collegamento effettivo, rischiando quindi di mettere in crisi la corretta applicazione del principio della sede effettiva.

Negli ordinamenti che adottano la teoria della sede effettiva l'atteggiamento nei confronti delle società pseudo-straniere è assai restrittivo. Tali ordinamenti, infatti, nell'intento di comprimere o impedire del tutto la libertà dei fondatori di una società di aggirare le proprie regole e di scegliere un ordinamento ritenuto più attraente, negano l'accesso alle società in questione attraverso un procedimento di cancellazione ovvero assoggettandole (in maniera più o meno pregnante) alla propria giurisdizione nel caso in cui siano di fatto amministrate nel proprio territorio o ivi perseguano l'oggetto principale della loro impresa<sup>45</sup>.

Anche la teoria della sede effettiva può essere simmetrica o asimmetrica. Nel primo caso un ordinamento condiziona la scelta della propria legge societaria allo stabilimento della sede effettiva nell'ambito del proprio territorio e, dunque, autolimita l'esportazione del proprio diritto societario. Nel secondo caso manca, invece, tale autolimitazione e l'ordinamento consente l'esportazione della propria legge societaria a prescindere dal luogo in cui sia situata la sede effettiva.

L'adesione degli ordinamenti giuridici all'uno piuttosto che all'altro dei due criteri di collegamento esaminati ha l'effetto di provocare, nel caso di alcune operazioni a carattere transfrontaliero, problemi di continuità giuridica degli enti interessati che possono concretarsi o in situazioni di duplice appartenenza (conflitti positivi di nazionalità) o nella perdita di personalità giuridica (conflitti negativi di nazionalità).

Nella prima ipotesi, più Stati considerano una medesima società

---

<sup>45</sup> Nella prima (e più grave) ipotesi si pone addirittura un problema di riconoscimento. Infatti, sotto tale più rigido approccio, di fronte al tentativo di fuggire dall'applicazione delle regole dello Stato della sede mediante la creazione in via originaria o in via successiva di una società pseudo-straniera la reazione di quest'ultimo sarà: a) il non riconoscimento dell'esistenza dell'ente straniero, che sarà trattato come una *partnership* di diritto interno con conseguente responsabilità illimitata dei soci; b) il divieto, conseguente al non riconoscimento, di accedere alla giustizia nello Stato della sede reale e di ivi registrare una sede secondaria ove ciò fosse necessario. In sostanza, ai soci non resterà altra strada se non la ricostituzione della società nello Stato della sede.

Nella seconda ipotesi, invece, un problema di riconoscimento vero e proprio delle società non si pone neppure ma viene semplicemente imposta l'applicazione (integrale o parziale) della legge dello Stato della sede che andrà a sovrapporsi o ad integrare quella del Paese di costituzione. Anche se, per vero, l'imposizione della legge dello Stato della sede può, nel caso in cui questa legge risulti radicalmente incompatibile con quella del Stato di costituzione, portare di fatto alla necessità di ricostituzione dell'ente.



sottoposta integralmente alla propria legge, mentre nel secondo caso una società sarà considerata sottoposta da uno Stato alla legge di un altro e viceversa<sup>46</sup>.

In sintesi, si può affermare che esiste un secondo gruppo di Stati che individua nel luogo di amministrazione di una società quel fattore che determina la legge applicabile alla medesima società. Come già rilevato precedentemente tale luogo è definito in letteratura come sede effettiva (*real seat* ovvero *siège réel*). Pertanto, sulla base di tale teoria, la sede effettiva di una società determina la sua nazionalità.

Le espressioni utilizzate dagli Stati membri che aderiscono alla *real seat theory* al fine di individuare il luogo nel quale una società è amministrata sono tradotti in inglese in maniera diversa, quali per esempio *centre of administration*, *central management and control*, *head office* e infine *headquarters*<sup>47</sup>. In base alla teoria della sede effettiva se una società svolge la propria attività in un determinato Stato, la stessa deve essere assoggettata alle leggi di tale Stato. Il trasferimento della sede dell'amministrazione al di fuori di tale Stato dovrebbe comportare una modifica nella legge applicabile e con essa un cambiamento della nazionalità della società.

Così come accade per gli Stati che applicano la teoria della costituzione, uno Stato che applica la teoria della sede effettiva non consente né il cambio della nazionalità, attraverso la modifica del *registered office*, né il trasferimento della sede dell'amministrazione.

La differenza tra le due teorie è quindi evidente: in base alla teoria della sede effettiva la sede dell'amministrazione coincide con il *registered office* e pertanto i due luoghi non possono essere separati. Come evidenziato dall'avvocato generale Poiars Maduro nella sentenza *Cartesio*, la teoria della sede effettiva (*real seat theory*) "è inscindibilmente intrecciata con la nazionalità e la sede di una società"<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Cfr. Ramondelli, *Società costituite all'estero*, in *Imprese e tecniche di documentazione giuridica*, vol. I, Milano, 1990, pag. 232.

<sup>47</sup> La ragione di ciò risiede, come già evidenziato, nel fatto che non esiste nel diritto societario della Gran Bretagna un termine equivalente a quello di "sede effettiva" (*real seat*), poiché tale ordinamento si basa sull'*incorporation theory* e pertanto la sede effettiva non assume rilevanza alcuna. Il termine "*central management and control*" deriva dal diritto tributario inglese ed è utilizzato per determinare la residenza ai fini fiscali. Tale espressione non può essere considerata un sinonimo di *centre of administration*, né di *head office* ovvero *headquarters*. Tali ultimi termini si riferiscono piuttosto al luogo in cui una società è effettivamente amministrata anziché al luogo in cui gli azionisti si incontrano e deliberano.

<sup>48</sup> Al par. 23 delle conclusioni al procedimento C-210/06, *Cartesio*, l'avvocato generale Poiars Maduro afferma che "il diritto societario ungherese, come sembrerebbe, è fondato sulla teoria della «sede effettiva», secondo la quale una società deve pienamente soddisfare i requisiti di diritto societario applicabili nello Stato in cui essa ha la sua sede effettiva. Infatti la teoria della sede effettiva «è inscindibilmente intrecciata con la nazionalità e la sede di una società». Prendendo questa teoria nella sua piena estensione, il diritto societario ungherese – come interpretato e applicato dai giudici commerciali – vieta l'«esportazione» di una persona giuridica ungherese nel territorio di un altro Stato membro. Mentre è possibile per una società costituita a norma del diritto societario ungherese svolgere attività economiche in un altro Stato membro o fondarvi una

## 2.4. I conflitti di qualificazione nell'ambito del diritto dell'Unione Europea

Come già rilevato in precedenza il diritto comunitario parrebbe rimanere neutrale di fronte all'impiego dei differenti criteri di collegamento - presenti negli ordinamenti giuridici degli Stati membri - di un soggetto giuridico con un determinato Stato. Le teorie della sede effettiva e della costituzione generano un conflitto qualora, ad esempio, un soggetto giuridico è costituito in base alle leggi di uno Stato che segue la teoria della costituzione ma è amministrato (ovvero ha l'oggetto principale della propria attività) in uno Stato che invece segue la teoria della sede effettiva. I tentativi di risolvere i conflitti di diritto societario tra due o più Stati avvengono in via unilaterale. Non esistono allo stato attuale accordi internazionali per risolvere tali conflitti.

### 2.4.1. I tentativi di soluzione a livello comunitario

Nell'attuale fase di sviluppo del diritto comunitario, quest'ultimo non esige che gli Stati membri riconoscano nel loro territorio lo *status* giuridico e fiscale accordato dal diritto interno degli altri Stati membri agli organismi che vi esercitano attività economiche. Come già evidenziato, l'art. 293 del Trattato CE (ora abrogato) prevedeva che gli Stati membri avviassero fra di loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini, il reciproco riconoscimento delle società ai sensi dell'art. 54, secondo comma, del TFUE.

Sulla base di tale disposizione, i sei Stati membri fondatori della Comunità economica europea hanno concluso la convenzione firmata a Bruxelles il 29.2.1968, sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche. Poiché non è stata ratificata da tutti i suddetti Stati<sup>49</sup>, questa convenzione non è mai entrata in vigore.

Altri tentativi di regolamentazione delle questioni riguardanti il riconoscimento e il trattamento delle società straniere mediante Trattati multilaterali (nessuno dei quali però è in vigore per mancanza delle firme o delle ratifiche sufficienti da parte degli Stati firmatari) sono stati fatti con la Convenzione dell'Aja dell'1.6.1956 sul riconoscimento della personalità giuridica delle società, associazioni e fondazioni e con la Convenzione di Strasburgo del 20.1.1966 sullo stabilimento delle società<sup>50</sup>.

---

*consociata, la sede operativa deve rimanere in Ungheria. Con la sua quarta questione il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se gli artt. 43 CE e 48 CE ostino a disposizioni nazionali che rendano impossibile ad una società costituita a norma della legge nazionale trasferire la sua sede operativa in un altro Stato membro".*

<sup>49</sup> I Paesi Bassi non hanno sottoscritto tale convenzione.

<sup>50</sup> Cfr. F. Menegazzi Munari, *Gli enti collettivi negli accordi stipulati dall'Italia*, Padova, 1978, pag.

In ogni caso, anche in mancanza di reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche, gli Stati membri devono comunque rispettare le libertà di movimento sancite dal TFUE<sup>51</sup>.

#### 2.4.2. Il processo di armonizzazione e la giurisprudenza della CGUE in ambito societario

Come già evidenziato a partire dalla sentenza *Centros*, sembra che la CGUE abbia fornita una interpretazione meno restrittiva che consente maggiore libertà.

Già nel Trattato di Roma vi era la consapevolezza che, per realizzare pienamente la libertà di stabilimento, occorreva eliminare o comunque mitigare gli ostacoli che derivavano dalla diversità degli ordinamenti nazionali, non solo nel diritto societario in senso stretto, ma in generale in tutte le aree rilevanti per l'esercizio delle varie attività commerciali. Ancora oggi, con riguardo al primo aspetto, l'art. 50 del TFUE attribuisce alle istituzioni comunitarie uno specifico potere di emanare direttive in procedura di codecisione, volte a rafforzare l'armonizzazione delle legislazioni e prassi nazionali sia in senso negativo che positivo, anche assicurando una stretta collaborazione tra le amministrazioni nazionali, al fine di raggiungere un'equivalenza di protezione. Nel corso degli anni le istituzioni comunitarie hanno fatto ampio uso delle possibilità offerte da questa base giuridica. L'attività di armonizzazione degli ordinamenti societari nazionali che ne è conseguita è stata intensa.

In principio, il disegno concepito dalla Comunità europea per il diritto societario era ampio ed ambizioso: esso si incentrava su tre punti nodali, che ben emergevano dagli atti comunitari (direttive e regolamenti) già emanati o in preparazione. Era stato ideato, in primo luogo, un sistema compiuto del diritto azionario; ad esso si accompagnava la creazione di un sistema di pubblicità concepito per tutte le società di capitali a responsabilità limitata; era stata, infine, progettata la creazione – per regolamento – di una serie di “forme societarie” transnazionali (gruppo europeo di interesse economico, associazione europea, cooperativa europea, mutua europea). Solo una parte di questo programma è stata realizzata; e gli atti comunitari che l'hanno in parte concretizzato si collocano pressoché tutti nel primo ventennio dall'entrata in vigore del Trattato di Roma.

Questa attività di armonizzazione, concepita come complementare alla libertà di stabilimento, ha infatti subito, dagli anni '80 in poi del secolo scorso, un deciso rallentamento, per varie ragioni: da un lato i forti ostacoli frapposti al varo di alcune importanti direttive, le cui proposte più volte sono state oggetto di

---

29 e ss..

<sup>51</sup> Sul punto si rinvia alle conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi al caso C-298/05, *Columbus Container Services*, 29.3.2007, par. 43.

rivisitazione. Dall'altro lato, ha pesato su questa "stasi" anche la difficile interpretazione della portata del "principio di sussidiarietà" previsto dall'art. 5 del TCE, che ha portato a forti contrasti nella delimitazione del suo perimetro applicativo e all'opposizione o alla resistenza di alcuni Paesi membri all'attuazione delle Direttive (manifestatasi, addirittura, nell'introduzione di norme in contrasto con le regole comunitarie)<sup>52</sup>.

Ma la domanda che più ha acceso il dibattito e che ha costretto ad interrogarsi – dapprima in Germania, dopo anche in Italia – su una "crisi di legittimità" o, se si preferisce, sulla "sensatezza" del processo di armonizzazione del diritto societario europeo va ricondotta alla constatazione che la "globalizzazione" dell'attività di impresa e l'internazionalizzazione dei mercati finanziari non solo hanno inciso fortemente sulla struttura delle società per azioni, ma soprattutto hanno condotto all'emergere di un rapporto di "concorrenza tra ordinamenti" che travalica gli Stati membri della Unione Europea e che è quindi insuscettibile di essere temperato attraverso un'armonizzazione che coinvolga esclusivamente questi ultimi.

Pertanto, oggi, quel che ci si chiede è se l'idea di un'armonizzazione del diritto societario non debba ormai considerarsi superata da questa "concorrenza" tra legislazioni, ritenuta da taluni "necessaria".

Con la recente sentenza *Cartesio*, la CGUE aggiunge ulteriori elementi al fine di qualificare il fenomeno del trasferimento di sede sociale all'interno dell'Unione. Nel caso di specie i giudici comunitari hanno sfumato le posizioni giurisprudenziali precedenti affermando una distinzione tra il trasferimento di sede che comporta il cambio di legge applicabile, in quanto la società cambia la propria nazionalità nel momento del trasferimento della sede sociale, e il trasferimento che non comporta il cambio di legge applicabile e pertanto la società mantiene la propria nazionalità. Nel primo caso, lo Stato di partenza non può porre limitazioni al trasferimento, il quale è sottoposto all'accettazione dello Stato membro di arrivo, in quanto la disciplina dello Stato membro di partenza non è più applicabile; nel secondo caso, lo Stato di partenza può proibire il trasferimento dal momento in cui la società sia ancora soggetta alla propria legge nazionale.

In altre parole, il processo di armonizzazione centralizzata, proposto dall'alto, è sempre più mal visto e sembra lasciare il posto gradualmente alla convinzione che alla convergenza tra norme si arriverebbe meglio, quasi

---

<sup>52</sup> Era infatti diffusa l'idea da una lato che la realizzazione di una libertà di stabilimento completa fosse condizionata al compimento del processo di armonizzazione comunitaria e in particolare all'entrata in vigore delle convenzioni previste dall'art. 293 del Trattato CE e dall'altro il fatto che il legislatore comunitario non avesse alcuna competenza nel campo del diritto internazionale privato veniva interpretato nel senso che gli Stati restavano pienamente sovrani di introdurre norme di conflitto per impedire o limitare l'accesso di società pseudo-straniere nei propri ordinamenti. Questo orientamento sembrava trovare legittimazione nella stessa giurisprudenza della CGUE, che nella sentenza *Daily Mail* si era espressa a favore della libertà degli Stati membri in materia di diritto internazionale privato societario.

naturalmente, a seguito della competizione tra ordinamenti (alla cd. “competizione nel mercato delle regole” ovvero sindrome del Delaware).

Il successivo paragrafo sarà dedicato alla trattazione dei principi interpretativi fissati in materia dalla CGUE con riguardo alla libertà di stabilimento in ambito societario. Si analizzeranno in ordine cronologico le principali decisioni della Corte di Giustizia, dalle più remote alle più recenti fino ad approdare all'interpretazione fornita con la trattazione della causa *Cartesio*. Nel riportare tale percorso giurisprudenziale si porrà attenzione agli aspetti che incidono sulla concorrenza tra ordinamenti all'interno dell'Unione.

### Segers C-79/85

Qui di seguito si espongono in maniera sintetica i fatti all'origine della controversia<sup>53</sup>. Il sig. Segers, cittadino olandese, decideva di proseguire in forma societaria l'esercizio di un'attività commerciale precedentemente svolta in forma di impresa individuale mediante un'operazione di costituzione in società a responsabilità limitata della predetta impresa individuale. Poiché questi riteneva che la costituzione di una società di diritto olandese richiedesse una procedura troppo dispendiosa in termini di tempo e considerato che considerava commercialmente più attraente la denominazione “Ltd” rispetto all'equivalente olandese di “BV”, aveva costituito assieme alla moglie una società a responsabilità limitata di diritto inglese e con sede sociale a Londra della quale egli stesso veniva nominato amministratore. Tale società rilevava l'impresa individuale del sig. Segers e svolgeva l'attività di impresa esclusivamente nei Paesi Bassi per il tramite di una succursale pagando le imposte interamente in tale Stato. Dopo qualche anno il sig. Segers chiedeva alle Autorità olandesi la concessione di un beneficio previdenziale che la legge olandese riservava ai lavoratori dipendenti, nella cui nozione rientrava anche il caso di un amministratore di società che possedesse il 50 per cento o più delle azioni della società nella quale svolgeva il proprio incarico di amministratore.

La controversia portata innanzi alla CGUE nasceva dal rifiuto opposto dalle Autorità olandesi al sig. Segers motivato dalla considerazione che il suddetto beneficio era riservato soltanto agli amministratori di società olandesi (e aventi la sede sociale nei Paesi Bassi) senza curarsi del fatto che in realtà la società inglese non aveva altro collegamento con l'economia del Regno Unito se non la forma giuridica.

La CGUE accoglieva il ricorso affermando che gli artt. 49 e 54 del TFUE, vanno interpretati nel senso che “*essi ostano a che le competenti Autorità di uno Stato membro neghino all'amministratore di una società di fruire di un regime nazionale di assicurazione-malattia per il solo fatto che la società è stata costituita secondo le leggi di un altro Stato membro nel quale essa ha del pari la*

---

<sup>53</sup> CGUE, sentenza del 10.7.1986, causa C-79/85, *Segers*.

*sede sociale, anche se non vi svolge attività commerciale”.*

Nella motivazione i giudici del Lussemburgo hanno qualificato i fatti in causa come esercizio del “diritto di stabilimento secondario” e hanno ritenuto pertanto di poter richiamare i principi affermati nella decisione *Commissione c. Francia* secondo cui il diritto di stabilimento include il diritto della società costituite secondo la legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità di svolgere la propria attività in un altro Stato membro per mezzo di una agenzia, di una succursale o di una filiale. Secondo i giudici comunitari qualora a uno Stato membro fosse consentito di prevedere un trattamento differente per una società che cerchi di stabilirsi nel suo territorio soltanto perché la sede sociale di quest'ultima è situata in un altro Stato membro, la libertà di stabilimento garantita dall'art. 54 del TFUE perderebbe ogni significato.

Il principio più innovativo della decisione in esame sembra potersi ricavare nella circostanza che la CGUE ha qualificato il caso *Segers* come un caso riguardante la libertà di stabilimento secondaria, nonostante che la Corte fosse perfettamente consapevole del fatto che la società costituita in Gran Bretagna non svolgeva alcuna attività nel Paese di costituzione ma era stata creata come una vera e propria società pseudo-straniera al fine di operare soltanto nel paese di stabilimento secondario.

La decisione non ha avuto alcun effetto sul diritto internazionale degli Stati membri e non può esser vista come una adesione implicita alla teoria della incorporazione a scapito della teoria della sede effettiva. Gli Stati interessati, infatti, applicavano entrambi il principio della *lex incorporationis* ragion per cui un problema di conflitto del diritto comunitario con il diritto internazionale privato non si è posto neppure.

#### *Daily Mail C-81/87*

Il caso *Daily Mail* riguardava invece il diritto di stabilimento primario ed in particolare il diritto di una società regolarmente costituita in uno Stato membro (Gran Bretagna) di trasferire la sede amministrativa in un altro Stato comunitario senza perdere la propria personalità giuridica di diritto inglese.

In sintesi, la società holding *Daily Mail* intendeva trasferire la propria sede amministrativa nei Paesi Bassi al fine vendere, dopo aver stabilito anche la propria residenza fiscale in quel Paese, una quota importante dei titoli che costituivano il suo attivo circolante e di riscattare, attraverso il corrispettivo di tale vendita, parte delle proprie azioni senza dover pagare le imposte cui dette operazioni sarebbero soggette in base alla legislazione fiscale inglese, soprattutto per quel che concerneva le importanti plusvalenze sui titoli che *Daily Mail* era intenzionata a cedere.

Secondo la legge inglese, infatti, sono assoggettate alle imposte britanniche sulle società soltanto le società con residenza fiscale nel Regno

Unito. La residenza fiscale è individuata nel luogo ove si trova la sede della direzione amministrativa. Poiché tanto la legge inglese quanto quella olandese applicano come criterio di collegamento per il riconoscimento delle società straniere quello della *lex incorporationis* l'operazione sembrava astrattamente possibile. Infatti, secondo la legge inglese una società costituita in Inghilterra avrebbe potuto stabilire la propria sede e l'amministrazione centrale all'estero conservando la personalità giuridica e la nazionalità inglese e la legge olandese non prevedeva la nazionalizzazione di una società costituita all'estero per il solo fatto del trasferimento della sede effettiva nel proprio territorio.

I problemi si ponevano, tuttavia, dal punto di vista fiscale. La legge inglese vietava alle società con residenza fiscale nel Regno Unito di trasferirla senza previa autorizzazione dell'Amministrazione finanziaria. Tale autorizzazione veniva nel caso di specie subordinata alla vendita di almeno una parte dei titoli prima di trasferire al residenza fiscale fuori dal Regno Unito. Daily Mail adiva, allora, l'*High Court of Justice* inglese rivendicando il diritto, in base agli artt. 49 e 54 del TFUE, a trasferire la sede della direzione in altro Stato membro senza previa autorizzazione, oppure ad ottenere un'autorizzazione senza condizioni.

Il giudice nazionale sospendeva il processo e rimetteva alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale "*se gli artt. 52 e 58 TCE (attuali artt. 49 e 54 del TFUE, n.d.a.) precludano ad uno Stato membro di proibire ad una persona giuridica con direzione e controllo centrali in tale Stato membro di trasferire senza previo consenso o approvazione tale direzione e controllo centrali in un altro Stato membro*" ove tale operazione possa avere l'effetto di evitare il pagamento di imposte sugli utili già realizzati, imposte che sarebbero state a suo carico se la società avesse mantenuto la direzione e il controllo centrali in tale Stato membro. La questione non riguardava, dunque, in alcun modo la compatibilità di una norma di collegamento statale con la libertà di stabilimento comunitaria, ma era fondamentalmente relativa ai rapporti tra diritto di stabilimento e l'applicazione di una norma fiscale di uno Stato membro applicabile indipendentemente dai criteri di collegamento.

La CGUE, disattendendo sia l'opinione della Commissione che quella dell'avvocato generale, risolveva la questione in senso negativo e nelle sue argomentazioni andava decisamente oltre quello che era il *thema decidendum* che era la risoluzione di una controversia essenzialmente di carattere fiscale. La Corte partiva dalla premessa che la libertà di stabilimento costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità avente efficacia diretta negli Stati membri e che l'ordinamento comunitario consente alle società costituite in uno Stato membro il diritto di spostare la sede amministrativa in un altro Stato membro. Tuttavia, secondo i giudici comunitari la legislazione britannica non voleva negare in alcun modo il diritto di stabilimento di *Daily Mail* nei Paesi Bassi, ma esigeva semplicemente l'ottenimento di "*un'autorizzazione del Tesoro solo quando detta società, pur conservando personalità giuridica e qualità di società di diritto britannico, intenda trasferire la propria sede della direzione fuori dal Regno*

Unito”.

Secondo la CGUE così come le società, diversamente dalle persone fisiche, “sono enti creati da un ordinamento giuridico e, allo stato attuale del diritto comunitario, da un ordinamento giuridico nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento ... il Trattato ha tenuto conto di tali differenze fra le legislazioni nazionali. Nel definire all’art. 58, le società che possono godere del diritto di stabilimento, esso ha posto sullo stesso piano la sede sociale, l’amministrazione centrale e il centro di attività principale come criteri di collegamento”. Concludeva, allora, la CGUE che “la diversità delle legislazioni nazionali sul criterio di collegamento previsto per le società nonché sulla facoltà, ed eventualmente le modalità, di un trasferimento della sede, legale o reale, di una società di diritto nazionale da uno Stato membro all’altro costituisce un problema la cui soluzione non si trova nelle norme sul diritto di stabilimento, dovendo invece essere affidata ad iniziative, legislative o pattizie, tuttavia non ancora realizzate”.

La sentenza *Daily Mail* è stata criticata da una parte della dottrina che ha considerato contraddittoria la duplice affermazione della Corte che da un lato ribadiva l’efficacia diretta delle norme sulla libertà di stabilimento e dall’altro impediva lo stabilimento di *Daily Mail* nel territorio di un altro Stato membro. Altra dottrina, invece, ha visto nella pronuncia *Daily Mail* una implicita adesione della Corte alla legittimità della *Sitztheorie*.

A ben vedere non bisogna, tuttavia, sopravvalutare gli *obiter dicta* “internazionalprivatistici” dalla Corte ma è necessario valutarli nel contesto del *thema decidendum*. Si può quindi provare ad ipotizzare - sebbene non vi sia traccia di ciò nei paragrafi della sentenza - che la decisione dei giudici del Lussemburgo sia stata mossa da esigenze di cautela fiscale dal momento che l’operazione di trasferimento era essenzialmente finalizzata ad avvantaggiarsi di una libertà comunitaria per compiere un risparmio fiscale ai danni dello Stato di origine, abusando in sostanza del diritto comunitario.

In secondo luogo, entrambi gli Stati interessati applicavano la teoria della costituzione e riconoscevano, quindi, la legittimità dal punto di vista internazionalprivatistico dell’operazione di trasferimento. Di conseguenza la CGUE non ha neppure dovuto porsi il problema della compatibilità del diritto internazionale privato con il diritto comunitario. La violazione del diritto inglese nasceva perché *Daily Mail* voleva avvantaggiarsi, al fine di ottenere un risparmio fiscale, del fatto che l’ordinamento inglese collegava in modo inscindibile il presupposto di quell’imposta (e quindi una norma fiscale) ad una nozione civilistica (la localizzazione della sede amministrativa). In tale situazione il diritto internazionale privato non veniva minimamente in considerazione. La violazione consisteva nel fatto che la libertà comunitaria sarebbe stata in concreto utilizzata come un ponte per superare una disposizione fiscale.

Dall’analisi della sopra richiamata sentenza può dedursi che sebbene da



una parte la Corte abbia prima affermato che il diritto di stabilimento sarebbe esercitabile per il tramite di una succursale o di una sede secondaria, dall'altra ha, di fatto, sancito il riconoscimento del diritto di uno Stato membro di limitare il trasferimento all'estero della sede di una società, facendo ricorso a motivazioni di ordine pubblico (nel caso di specie di tutela dell'interesse erariale). Detto in altri termini, le disposizioni fiscali imperative di uno Stato prevalgono sul diritto di stabilimento quando quest'ultimo venga utilizzato come uno strumento per ottenere un risparmio fiscale non giustificato alla luce del diritto comunitario.

### Centros C-212/97

Due cittadini danesi costituivano nel corso del 1992 una società a responsabilità limitata di diritto inglese (una *private limited company*) denominata *Centros Ltd*. La società veniva costituita con un capitale iniziale di sole 100 sterline e la sede sociale veniva stabilita presso il domicilio londinese di alcuni amici dei due cittadini danesi. Dopo la registrazione in Inghilterra, *Centros*, pur non avendo mai svolto (e non avendo alcuna intenzione di svolgere) alcuna attività in tale Stato, chiedeva alle Autorità danesi di ottenere la registrazione di una sede secondaria in Danimarca al fine di esercitare in questo Stato il complesso delle sue attività. Si trattava in sostanza di una operazione di esteroinvestizione societaria motivata dal fatto che i due cittadini danesi intendevano avvantaggiarsi della libertà di stabilimento delle società riconosciuta dal TFUE per operare in Danimarca per il tramite di una società inglese e quindi evitare l'applicazione delle disposizioni danesi sull'obbligo di sottoscrizione e contestuale liberazione versamento di un capitale sociale minimo.

La legge inglese non richiedeva, al contrario di quanto previsto da quella danese, che le società a responsabilità limitata fossero dotate di un capitale sociale minimo iniziale. Il Registro delle imprese danese rifiutava, tuttavia, l'iscrizione opponendo il manifesto intento fraudolento delle parti. Secondo l'ufficio del Registro *Centros* "intendeva in realtà costituire in Danimarca non una succursale, bensì una sede principale, eludendo le norme nazionali relative, in particolare, alla liberazione di un capitale sociale minimo".

Nel corso del giudizio instaurato dalla società per contestare la legittimità del diniego opposto, la Corte Suprema danese sottoponeva alla CGUE un quesito pregiudiziale tendente ad accertare la compatibilità del rigetto dell'istanza presentata da *Centros* con le norme comunitarie in tema di libertà di stabilimento. Alla CGUE veniva in sostanza chiesto: a) di accertare se potesse ritenersi compresa nel diritto di stabilimento secondario, la facoltà della società di svolgere la propria attività commerciale esclusivamente nello Stato di istituzione e di registrazione della succursale; b) in caso positivo, quali margini di intervento residuassero in capo allo Stato ospitante per tutelarsi dall'esercizio fraudolento delle libertà riconosciute dal diritto comunitario, nell'ipotesi in cui la scelta della società straniera di istituire una succursale sia volta a sottrarsi a una normativa

più rigorosa rispetto a quello vigente nello Stato di origine.

Nel risolvere la prima questione in senso positivo la Corte affermava che l'art. 54 del TFUE va interpretato nel senso che ai fini dell'esercizio del diritto di stabilimento secondario non è necessario che la società svolga in concreto alcuna attività operativa nell'ordinamento di origine, essendo, invece, sufficiente che la stessa sia validamente costituita secondo la legge di tale ordinamento e mantenga la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione Europea<sup>54</sup>. La Corte qualifica, infatti, *Centros* come un caso riguardante la libertà di stabilimento a titolo secondario nonostante fosse perfettamente consapevole della sua natura di società pseudo-straniera.

Riconosciuta la piena legittimità della scelta operata da *Centros* e, quindi, l'incompatibilità del diniego opposto dall'Autorità danese all'apertura della succursale con le norme comunitarie sulla libertà di stabilimento, la CGUE ha respinto le argomentazioni addotte dal Governo danese a giustificazione del diniego di autorizzazione osservando che *“il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desidera creare una società scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Infatti, il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato”*<sup>55</sup>.

La Corte, dopo aver ammesso la possibilità in astratto per gli Stati membri di adottare misure volte a impedire o sanzionare un uso abusivo o fraudolento da parte dei privati delle situazioni di vantaggio ad essi attribuite dal diritto comunitario, ha tuttavia escluso la giustificabilità nel caso concreto della restrizione alla libertà di stabilimento<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> La CGUE ha confermato che ai fini del riconoscimento del diritto di stabilimento è necessario far riferimento al dato formale della costituzione secondo la legge di un ordinamento comunitario e non al dato sostanziale del concreto esercizio dell'attività.

<sup>55</sup> Il governo danese aveva motivato il rifiuto di registrazione della succursale di *Centros* in base all'esigenza di tutela dei creditori della società, previsto dall'art. 52, comma 1, del TFUE nonché nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (tra cui si richiama la sentenza *Cassis de Dijon*) relativa ai motivi imperativi di interesse generale. Rilevava, infatti, l'Autorità danese che secondo la legge danese l'obbligo per le società a responsabilità limitata di costituire e liberare un capitale sociale minimo perseguiva il duplice obiettivo di rafforzare la solidità finanziaria delle società al fine di tutelare i creditori pubblici e privati *“contro il rischio di bancarotta fraudolenta dovuta a insolvenza di società il cui capitale iniziale sia insufficiente”*.

<sup>56</sup> La CGUE ha ricordato a tale proposito che, secondo la sua giurisprudenza, le misure interne aventi per oggetto o per effetto (anche involontario) quello di impedire o scoraggiare l'esercizio del diritto di stabilimento devono superare il test delle quattro condizioni di compatibilità con la libertà comunitaria di stabilimento ovvero le condizioni di non discriminazione, di giustificazione sulla base di motivi imperativi di interesse pubblico, di idoneità e di proporzionalità. In primo luogo secondo la CGUE, sotto il profilo della giustificazione, *“la prassi in questione non è*

### Uberseering BV C-208/00

La controversia concerneva la compatibilità comunitaria delle norme dell'ordinamento tedesco che impedivano ad una società validamente costituita in uno Stato membro (quello olandese) di far valere i propri diritti innanzi ai propri giudici per aver trasferito la sede effettiva della società senza procedere alla ricostituzione in Germania di tale società.

In sintesi, *Uberseering BV*, società di diritto olandese iscritta nel registro delle imprese di Amsterdam, aveva acquisito nell'ottobre del 1990 una commessa a Düsseldorf in Germania e successivamente aveva ceduto in appalto alla NCC, società con sede in Germania, l'esecuzione di alcune opere di ristrutturazione. Nel dicembre 1994 due cittadini tedeschi avevano acquistato l'intero capitale sociale della *Uberseering*. Due anni più tardi, *Uberseering*, dopo aver rilevato l'esistenza di vizi nell'esecuzione dei lavori che venivano infruttuosamente contestati a NCC, citava quest'ultima società in giudizio per il risarcimento per i danni subiti. I giudici tedeschi dichiaravano la domanda di *Uberseering* irricevibile poichè ritenevano che la predetta società, costituita nei Paesi Bassi, a seguito della sottoscrizione dell'intero capitale sociale da parte di cittadini tedeschi, avesse di fatto trasferito il suo reale centro decisionale (e dunque la propria sede effettiva) in Germania e doveva per questo motivo essere assoggettata alla legge tedesca. Tuttavia, non essendosi ricostituita in Germania essa aveva perduto la propria capacità giuridica<sup>57 58</sup>.

---

*nemmeno volta a raggiungere l'obiettivo di tutela dei creditori cui essa si considera preordinata, poichè, se la società interessata avesse svolto un'attività nel Regno Unito, la sua succursale sarebbe stata registrata in Danimarca, e in tal caso i creditori pubblici danesi si sarebbero trovati ugualmente in posizione deteriore".*

In secondo luogo secondo la CGUE *"poichè la società [...] si presenta come una società di diritto inglese, e non di diritto danese, i suoi creditori sono informati del fatto che essa è soggetta a una normativa diversa da quella che disciplina in Danimarca la costituzione di società a responsabilità limitata, e possono fare riferimento a una normativa comunitaria determinata a loro tutela, quale la quarta direttiva [...] in materia di conti annuali di alcuni tipi di società e l'undicesima direttiva [...] relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato».*

La Corte ha in pratica riconosciuto che gli obblighi di pubblicità svolgono, ai fini della tutela dei creditori, una funzione sostanzialmente equivalente a quella delle regole imperative. Infine, e questa volta sotto il profilo della proporzionalità, la Corte rileva come, *"contrariamente a quanto esposto dalle autorità danesi, è possibile adottare misure meno severe o meno restrittive di libertà fondamentali, che diano ad esempio la possibilità legale ai creditori pubblici di costituire le garanzie necessarie".*

<sup>57</sup> Il codice di procedura civile tedesco riserva, infatti, la capacità processuale alle società che hanno la capacità giuridica, definita come la capacità di essere titolare di diritti e di obblighi. Inoltre, secondo una costante giurisprudenza la capacità giuridica di una società viene valutata in base alla legge del luogo in cui si trova la sede effettiva della società (Sitztheorie). Di conseguenza, dovendo la capacità giuridica di *Uberseering* essere valutata in base al diritto tedesco, essa non può essere né titolare di diritti e di obblighi né parte in un procedimento giudiziario, a meno che non venga

La sentenza valuta sostanzialmente se nel caso concreto il mancato riconoscimento da parte della Germania della capacità processuale ad *Überseering* costituisca o meno una restrizione alla libertà di stabilimento. La questione viene risolta in senso positivo e la CGUE stabilisce il diritto di *Überseering* a invocare la libertà di stabilimento primario garantita dal TFUE e a godere pienamente della capacità giuridica e processuale in Germania.

La CGUE in particolare - ed è questa l'innovazione più importante rispetto a *Centros* - stabilisce il diritto di *Überseering*, in quanto società regolarmente costituita nei Paesi Bassi dove ha la sua sede sociale, ad esercitare il suo diritto di stabilimento in Germania come società di diritto olandese, e dunque secondo la propria *lex incorporationis*, disapplicando in nome della libertà di stabilimento una norma di conflitto tedesca<sup>58</sup>. Da ciò consegue che la Germania, quale Stato ospitante, è obbligata al riconoscimento della società straniera. Il mancato riconoscimento della società straniera costituisce pertanto una violazione del diritto di stabilimento. Da questo punto di vista si può affermare che la sentenza appare in linea con il caso *Centros*.

L'ultima parte della motivazione è dedicata alla eventuale giustificazione della restrizione alla libertà di stabilimento in base alla dottrina delle esigenze imperative invocata in via subordinata dal Governo tedesco. Quest'ultimo faceva notare il carattere non discriminatorio della restrizione che *“risulterebbe dal fatto che le norme derivanti dalla teoria della sede si applicano non solo a qualsiasi società estera che si stabilisce in Germania trasferendovi la sede effettiva, ma anche alle società di diritto tedesco che trasferiscono la sede effettiva al di fuori della Germania”*. La CGUE dopo aver rilevato come non si possa *“escludere che ragioni imperative di interesse generale quali la tutela degli interessi dei creditori,*

---

ricostituita in Germania in modo da acquistare la capacità giuridica in relazione al diritto tedesco.

<sup>58</sup> La Corte di Cassazione sospendeva il procedimento e sottoponeva alla CGUE le seguenti questioni pregiudiziali:

*“1) se gli artt. 43 e 48 TCE (ora artt. 49 e 54 del TFUE, n.d.r.) debbano essere interpretati nel senso che si pone in contrasto con la libertà di stabilimento delle società il fatto che la capacità giuridica e la capacità processuale di una società, validamente costituita secondo il diritto di uno Stato membro, vengano valutate sulla base del diritto dello Stato membro dove la detta società ha trasferito la propria sede amministrativa effettiva, e che il diritto di quest'ultimo Stato comporta che la società di cui trattasi non può far valere in giudizio in tale Stato i propri diritti ex contractu.*

*2) In caso di soluzione affermativa della prima questione: se la libertà di stabilimento delle società implichi che la capacità giuridica e la capacità processuale debbano essere valutate sulla base del diritto dello Stato dove la detta società è stata costituita”*.

<sup>59</sup> Afferma, infatti, la Corte che una società, ai fini del diritto comunitario, esiste *“solo in forza della normativa nazionale che ne disciplina la costituzione e il funzionamento”* senza che al riguardo possa assumere rilievo la circostanza che *“successivamente alla costituzione di questa società, la totalità del suo capitale sia stata acquisita da cittadini tedeschi residenti in Germania in quanto tale circostanza non sembra averle fatto perdere la personalità giuridica di cui essa gode nei Paesi Bassi”*. Dunque, mentre in *Centros*, non veniva in discussione espressamente una norma di collegamento ma semplicemente una norma sul trattamento dello straniero, in *Überseering* la CGUE si trovava a valutare espressamente la legittimità comunitaria di una norma di diritto internazionale privato sul riconoscimento.

*dei soci di minoranza, dei lavoratori o ... del fisco possano, in talune circostanze, e rispettando talune condizioni, giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento*”, si rifiuta di applicare tali eccezioni al caso concreto e afferma che questi obiettivi non possono in alcun modo “*giustificare il fatto che venga negata la capacità giuridica e, quindi, la capacità processuale ad una società regolarmente costituita in un altro Stato membro dove ha la sede sociale*” poiché una tale misura equivarrebbe “*alla negazione stessa della libertà di stabilimento*”.

L'innovazione di questa affermazione sta nel fatto che la CGUE individua per la prima volta, sebbene in via soltanto esemplificativa, gli interessi la cui necessità di tutela può in astratto giustificare una restrizione del diritto di stabilimento.

### Inspire Art C-167/01

I fatti di causa sono i seguenti: il 28.7.2000 un cittadino olandese residente all'Hague aveva costituito nel Regno Unito la società *Inspire Art Ltd*, con sede legale a Flokestone (Regno Unito), della quale egli stesso era nominato amministratore unico. La società aveva ad oggetto sociale l'attività di commercio in oggetti d'arte, che svolgeva interamente nei Paesi Bassi attraverso una *branch* registrata nel Registro delle imprese di Amsterdam. Tale società non esercitava alcuna attività nel Regno Unito.

Si trattava, dunque, ancora una volta di una società pseudo-straniera costituita nel Regno Unito al fine di evitare l'applicazione delle disposizioni della legge olandese sul capitale sociale minimizzando del fatto che la legge olandese, applicando la teoria della costituzione, consentiva in linea di principio la legittimità di tali operazioni. Tuttavia, del fatto che si trattasse di una società formalmente straniera non era stata fatta alcuna menzione in sede di iscrizione della *branch* olandese<sup>60</sup>.

Il 30.11.2000, e quindi pochi mesi dopo la costituzione, il Registro delle Imprese di Amsterdam, ritenendo che *Inspire Art* fosse una società formalmente straniera, chiedeva di ordinare il completamento dell'iscrizione di *Inspire Art* con

---

<sup>60</sup> L'art. 1 della *Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen/Pro Forma Foreign Companies Act (WFBV)*, del 17.2.1999, imponeva vari obblighi in capo a questo tipo di società relativi all'indicazione aggiuntiva della qualità di società formalmente straniera sia in sede di registrazione della sede secondaria che sugli atti e sulla corrispondenza della società, all'obbligo di liberazione di un capitale sociale minimo non inferiore a quello previsto dalla legge olandese e alla responsabilità personale e solidale degli amministratori per il caso di mancato adempimento di tali obblighi. Per assicurare il rispetto della legislazione in questione l'art. 2 della WFBV faceva obbligo agli amministratori di attestare, al momento della richiesta di iscrizione nel registro delle imprese, la corrispondenza della società alla definizione di cui all'art. 1. Ai sensi dell'art. 4, era fatto poi obbligo agli amministratori di depositare, congiuntamente alla dichiarazione della quale si è appena detto, una copia della dichiarazione di un *Registeraccountant o Accountantadministratieconsulent* (due diverse figure di revisori contabili) attestante il rispetto dei requisiti relativi alla liberazione del capitale sociale minimo da parte della società.

la menzione di “società formalmente straniera”<sup>61</sup>.

La questione sottoposta ai giudici comunitari è in parte simile a quella già esaminata dalla Corte nel caso *Centros*, con la differenza però che la legge olandese, a differenza di quella danese, non rifiutava l’iscrizione e il conseguente riconoscimento di *Inspire Art* (la cui *branch*, infatti, era già stata iscritta nel Registro delle Imprese), ma intendeva soltanto applicare una disciplina meno favorevole in considerazione della sua natura di società pseudo-straniera<sup>62</sup>.

Nella sentenza la Corte ha rilevato come gran parte delle previsioni della legge olandese in materia di obblighi pubblicitari ricadessero nell’ambito di applicazione della XI Direttiva in materia di diritto societario avente ad oggetto la pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato membro. Era necessario, dunque, verificare la compatibilità degli obblighi previsti dalla legislazione olandese (cd. WFBV) con l’elenco contenuto nell’undicesima direttiva e, qualora fosse risultato che quest’ultima avesse introdotto obblighi a carico delle succursali ulteriori rispetto a quelli previsti dalla direttiva, verificare la legittimità comunitaria di tali obblighi ulteriori.

Al riguardo emergeva che mentre alcuni obblighi previsti dalla WFBV

---

<sup>61</sup> Il Registro delle Imprese di Amsterdam dichiarava che *Inspire Art* era una società formalmente straniera, e su richiesta di quest’ultima che sosteneva la contrarietà delle disposizioni della legge olandese alla libertà di stabilimento, sospendeva il procedimento e sottoponeva alla CGUE le seguenti questioni pregiudiziali:

“1) *Se gli artt. 43 e 48 TCE debbono essere interpretati nel senso che ai Paesi Bassi è fatto divieto di assoggettare, attraverso la Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen del 17 dicembre 1997, ad ulteriori condizioni, come quelle previste dagli artt. 2-5 della detta legge, lo stabilimento a titolo secondario nei Paesi Bassi di una società costituita nel Regno Unito, al solo scopo di poter sfruttare determinati vantaggi rispetto alle imprese costituite conformemente al diritto olandese (il quale contiene condizioni più rigorose di quelle del diritto del Regno Unito in tema di costituzione della società e di versamento delle azioni), allorché la legge olandese desuma il detto scopo dalla circostanza che la società esercita la sua attività del tutto, o quasi del tutto, nei Paesi Bassi senza peraltro avere alcun legame effettivo con lo Stato conformemente al cui diritto essa è stata costituita.*

2) *Se – nell’ipotesi in cui dall’interpretazione di tali articoli dovesse risultare l’incompatibilità con essi delle disposizioni della Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen – l’art. 46 TCE debba essere interpretato nel senso che le disposizioni degli artt. 43 e 48 TCE lasciano impregiudicata l’applicabilità della normativa olandese contenuta nella Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen, in quanto le sue disposizioni risultano giustificate dai motivi richiamati dal legislatore olandese”, e dunque alla luce della dottrina delle esigenze imperative.*

<sup>62</sup> Il Governo olandese giustificava l’introduzione della propria normativa nazionale sulle società formalmente straniere con il fine di proteggere gli interessi dei creditori sociali e dei consumatori. Veniva osservato al riguardo che la circostanza che il diritto olandese applicava la teoria dell’incorporazione aveva provocato l’effetto che “*sempre più spesso società che esercitavano principalmente, o anche esclusivamente, la loro attività sul mercato olandese verrebbero costituite all’estero per sottrarsi agli obblighi imperativi del diritto societario olandese*”. I Governi olandese, tedesco e austriaco, inoltre, nell’intento di difendere la legittimità comunitaria della legge olandese si appellavano alla sentenza *Daily Mail*, secondo la quale, a detta loro, in mancanza di armonizzazione comunitaria gli Stati membri sarebbero riamasti liberi di “*individuare il diritto applicabile ad una società*”.

costituivano proprio il risultato del recepimento nel diritto olandese dell'undicesima direttiva, altri andavano decisamente oltre le prescrizioni obbligatorie o facoltative che potevano essere introdotte dagli Stati membri in fase di attuazione della direttiva<sup>63</sup>.

La sentenza passa poi ad esaminare gli altri obblighi previsti dalla legge olandese ed aventi come presupposto di applicazione la qualificazione della società come "società formalmente straniera". In base alla legislazione olandese sono considerate "formalmente straniere" quelle società di capitali aventi personalità giuridica, costituite conformemente ad un diritto diverso da quello olandese ma svolgenti la loro attività "*del tutto o quasi del tutto nei Paesi Bassi senza avere alcun legame effettivo con lo Stato in cui vige il diritto conformemente al quale queste società sono state costituite*"<sup>64</sup>.

La CGUE osserva che la disciplina più sfavorevole prevista dal diritto olandese sugli obblighi di liberazione di un capitale sociale minimo e sulla responsabilità degli amministratori nei confronti delle società pseudo-straniere aveva come effetto quello di impedire l'esercizio della libertà di stabilimento garantita dagli artt. 49 e 54 del TFUE. Di conseguenza e in risposta alla prima domanda pregiudiziale la CGUE concludeva per il contrasto degli obblighi imposti dalla normativa olandese alle società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro con la libertà comunitaria di stabilimento.

Da ultimo la CGUE affronta gli argomenti difensivi tratti dalla sentenza *Daily Mail* che, a detta dei Paesi Bassi, avrebbe implicato la libertà degli Stati membri di determinare la legge applicabile ad una società. Il richiamo alla giurisprudenza *Daily Mail* questa volta era evidentemente fuori luogo e la CGUE non ha mancato di sottolinearlo ribadendo come, diversamente dai fatti relativi alla causa sottoposti al suo esame, quest'ultima riguardasse "*i rapporti tra una società e lo Stato membro secondo la cui normativa essa era stata costituita, nel caso in cui la società intenda trasferire la sua sede effettiva in un altro Stato membro conservando la personalità giuridica di cui gode nel suo Stato di costituzione*". *Inspire Art*, dunque, a differenza di *Daily Mail* riguardava un caso di

---

<sup>63</sup> In particolare, nell'elenco contenuto nell'art. 2 della XI Direttiva non figurava l'obbligo di indicazione in sede di registrazione della sede secondaria di "società formalmente straniera". Poiché a giudizio della Corte l'armonizzazione compiuta dal legislatore comunitario in materia di obblighi di pubblicità doveva considerarsi esaustiva, essa concludeva che gli obblighi di pubblicità ulteriori previsti dalla WFBV dovevano ritenersi contrari all'art. 2 della XI Direttiva.

<sup>64</sup> La CGUE al riguardo richiama la propria giurisprudenza nei precedenti *Segers* e *Centros* e ribadisce ancora una volta l'irrelevanza, ai fini dell'applicazione delle norme sulla libertà di stabilimento, del fatto "*che una società sia costituita in uno Stato membro al solo scopo di stabilirsi in un secondo Stato membro*" nel quale svolge interamente o quasi interamente la propria attività. Ciò anche nel caso in cui l'esterovestizione sia dettata unicamente dalla volontà di fruire di una legislazione ritenuta più vantaggiosa. Tale circostanza, infatti, non implica di per sé un abuso del diritto comunitario. In applicazione di questi principi la circostanza che *Inspire Art* fosse stata costituita in Inghilterra per sfuggire alla normativa olandese sul capitale sociale non escludeva che l'apertura di una succursale da parte della stessa nei Paesi Bassi potesse beneficiare della libertà di stabilimento prevista dal Trattato.

immigrazione e non un caso di emigrazione.

Sebbene la differenza tra *Daily Mail* e *Inspire Art* appaia innegabile deve comunque rilevarsi che la Corte ha preferito ancora una volta evitare di chiarire in via definitiva la portata effettiva dei principi affermati in *Daily Mail* delimitandone esattamente il loro campo di applicazione rispetto alla sua giurisprudenza successiva.

Nella seconda parte della sentenza la CGUE analizza l'eventuale sussistenza di giustificazioni alle restrizioni poste dalla legge olandese. Secondo i Governi olandese, tedesco e austriaco, infatti, le disposizioni della legislazione olandese sarebbero giustificate sia alla luce dell'art. 52, comma 1, del TFUE sia dai motivi imperativi di interesse generale al fine di perseguire interessi quali *“la repressione delle frodi, la tutela dei creditori, la garanzia dell'efficacia dei controlli fiscali e della lealtà dei rapporti commerciali”*.

In secondo luogo la Corte di Giustizia passa ad esaminare la giustificabilità delle previsioni della normativa olandese in materia di capitale minimo e di responsabilità degli amministratori in base alla dottrina delle esigenze imperative. Per quanto riguarda la tutela dei creditori la Corte, senza entrare nel merito della questione se e in che misura il capitale sociale possa considerarsi uno strumento di protezione dei creditori, rigetta l'argomento che l'imposizione di un capitale sociale minimo sarebbe giustificato da motivi imperativi di interesse pubblico. Rilevano, infatti, i giudici comunitari che, poiché *Inspire Art* *“si presenta come una società di diritto inglese e non come una società olandese, i suoi potenziali creditori sono sufficientemente informati del fatto che essa è soggetta ad una legislazione diversa da quella che disciplina nei Paesi Bassi la costituzione delle società a responsabilità limitata e, segnatamente, le disposizioni in materia di capitale minimo e di responsabilità degli amministratori”*.

In sintesi secondo la CGUE *“né l'art. 46 TCE, né la tutela dei creditori, né la repressione dell'abuso della libertà di stabilimento, né la tutela della lealtà nei rapporti commerciali e dell'efficacia dei controlli fiscali permettono di giustificare l'ostacolo alla libertà di stabilimento, garantita dal Trattato, rappresentato dalle disposizioni di una legislazione nazionale, come quella in esame, sul capitale minimo e sulla responsabilità personale e solidale degli amministratori”*.

#### Cartesio C-210/06

Con tale sentenza la CGUE torna a pronunciarsi, a distanza di vent'anni dalla sentenza *Daily Mail*, sugli ostacoli alla libera circolazione posti dallo Stato in base alle cui disposizioni la società è costituita e la cui legge ne regola il funzionamento (il c.d. “Stato d'origine”).

Il caso è assai importante, perché in relazione a tale tipo di ostacoli la CGUE, fino a quel momento, aveva mostrato un atteggiamento diverso rispetto a quello tenuto nei confronti degli impedimenti posti dagli Stati di arrivo. Mentre in



riferimento ai primi la CGUE era indulgente, nel senso di ammetterne la legittimità e quindi di voler accettare restrizioni della libertà di circolazione, in relazione ai secondi si essa è costantemente espressa con una giurisprudenza molto aggressiva, dichiarandoli incompatibili con la libertà di stabilimento.

La sentenza *Cartesio* rappresenta un passo significativo verso la riduzione degli ostacoli allo stabilimento che possono essere posti dallo Stato di origine, ma dal punto di vista dogmatico appare per certi aspetti “rivoluzionaria”. In essa infatti si delinea, per la prima volta, la rottura del vincolo, sino ad oggi ritenuto indefettibile, tra società e ordinamento nazionale di costituzione, configurando contestualmente un parziale rilievo comunitario della volontà delle parti di costituirsi ed operare in una forma societaria di uno dei paesi membri.

*Cartesio* è una società in accomandita semplice di diritto ungherese, costituita nel 2004 con sede a Baja e ivi iscritta nel Registro delle Imprese. L’11.11.2005 tale società chiede al Tribunale competente per la tenuta del Registro delle Imprese di modificare nel Registro medesimo l’indicazione della “sede”, spostando quest’ultima dall’Ungheria a Gallarate, in Italia<sup>65</sup>.

*Cartesio*, deliberando di trasferire la “sede”, intendeva trasferire tanto la sede statutaria, quanto quella amministrativa in Italia, ma non voleva diventare una società italiana, bensì intendeva rimanere società ungherese e registrata in Ungheria.

Nelle intenzioni di *Cartesio*, quindi, il Registro delle Imprese avrebbe dovuto accettare di iscrivere una società secondo il diritto nazionale pur avendo questa la “sede” all’estero. Il Tribunale competente rigetta l’istanza, sostenendo

---

<sup>65</sup> Com’è noto, il concetto di “sede” è intrinsecamente ambiguo e, di volta in volta, a seconda dei contesti e degli ordinamenti lo si può impiegare con funzioni ed accezioni diverse. Per “sede” si può intendere, in primo luogo, un concetto legato ad elementi fisici, empiricamente valutabili, quale uno stabilimento o il centro direzionale della società. Quest’accezione assume rilievo nel diritto internazionale privato di quegli ordinamenti che adottano la “teoria della sede reale”, in base alla quale le società sono rette dalla legge del paese della sede amministrativa, ossia il luogo in cui vengono decise le strategie della società o in cui si riuniscono gli amministratori. D’altro canto, la “sede” di una società potrebbe semplicemente rappresentare il luogo indicato nell’atto costitutivo e che consente di individuare l’ufficio del pubblico registro competente, entro un dato territorio nazionale, a iscrivere la società (“sede sociale” o “statutaria”).

Ora, la versione in inglese delle questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte nel caso *Cartesio* pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, si riferiva allo spostamento di “registered office”, che nei paesi di *common law* è un concetto funzionalmente analogo a quello di “sede sociale”. Peraltro, dalle conclusioni dell’avvocato generale Maduro emerge una realtà diversa, ossia che *Cartesio* voleva spostare in Italia la “sede operativa”, non la “sede sociale”, mentre nel testo della sentenza la Corte non chiarisce espressamente la questione.

L’incertezza è prodotta dai fatti che hanno dato origine alla Causa e da una particolarità del diritto ungherese applicabile all’epoca, che non distingueva chiaramente tra sede reale e statutaria. Più precisamente: lo statuto deve indicare la “sede” (“székhely” in ungherese) e la legge sul registro delle imprese sancisce che la “sede” deve coincidere con la sede amministrativa. Nonostante queste regole societarie, che impongono alla sede amministrativa di essere situata sul territorio nazionale, il diritto internazionale privato ungherese segue la “teoria della costituzione” perché alle società si applica il diritto del paese ove sono costituite.

che il diritto ungherese non consenta a proprie società di spostare la sede all'estero continuando a essere soggette alla legge ungherese. A seguito dell'appello di *Cartesio*, la Corte di Szeged ha sollevato alcune questioni pregiudiziali tra cui la seguente: “*se gli artt. 49 e 54 del TFUE debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa di uno Stato membro che impedisce a una società costituita a norma del diritto nazionale di detto Stato membro di trasferire la sua sede in un altro Stato membro, mantenendo al contempo il suo status giuridico di società soggetta al diritto nazionale dello Stato membro a norma della cui legislazione è stata costituita*”<sup>66</sup>.

In sintesi, nella sentenza la CGUE esprime due principi di diritto. In primo luogo, essa conferma che la libertà di stabilimento non conferisce alle società comunitarie il diritto di spostare all'estero la sede amministrativa, senza mutare la *lex societatis*. In secondo luogo, la CGUE afferma che la libertà di stabilimento attribuisce alle società comunitarie il diritto a mutare statuto personale e a “trasformarsi” in una società di altro Stato Membro, cosicché il paese d'origine non può imporre la liquidazione e lo scioglimento di tale società.

Come già analizzato in precedenza, in materia di limiti “in uscita” il precedente più importante è la sentenza *Daily Mail*, la quale fu originata dal rifiuto delle autorità tributarie del Regno Unito di autorizzare il trasferimento nei Paesi Bassi della sede amministrativa della società *Daily Mail*, conservando al contempo la qualità di società britannica<sup>67</sup>. La CGUE, come è stato rilevato in precedenza, sancì la legittimità del rifiuto delle Autorità britanniche affermando che “*si deve quindi riconoscere che, secondo il trattato, la diversità delle legislazioni nazionali sul criterio di collegamento previsto per le loro società, nonché sulle facoltà, ed eventualmente le modalità, di un trasferimento della sede, legale o reale, di una società di diritto nazionale da uno Stato membro all'altro costituisce un problema la cui soluzione non si trova nelle norme sul diritto di stabilimento, dovendo invece essere affidata ad iniziative legislative o patrizie, tuttavia non ancora realizzate*”<sup>68</sup>.

La sentenza *Cartesio* è innovativa rispetto alla sentenza *Daily Mail* per due ragioni. Anzitutto vi è una evoluzione della linea argomentativa della CGUE, principalmente incentrata sul principio definito della ‘pari rilevanza’ dei criteri di collegamento nazionali per la costituzione delle società. In secondo luogo la sentenza è connotata da ulteriori e non scontate precisazioni rispetto alla soluzione *Daily Mail*.

Per quanto riguarda la linea argomentativa seguita per giungere alla constatazione di ammissibilità della normativa controversa, la CGUE richiama sì il principio del vincolo necessario tra società e ordinamento di costituzione e

---

<sup>66</sup> *Cartesio* par. 99.

<sup>67</sup> Tale rifiuto era stato opposto in base ad una legislazione che non vietava il trasferimento della sede amministrativa, ma imponeva l'autorizzazione del Tesoro al trasferimento all'estero della residenza fiscale, individuata *ex lege* nel luogo ove si trovava la sede della direzione della società.

<sup>68</sup> *Daily Mail* par. 23.

funzionamento ampiamente utilizzato in *Uberserring*<sup>69</sup>, ma sottolinea soprattutto che la soluzione del quesito va ricercata nell'art. 54 del TFUE laddove viene stabilita la pari rilevanza, ai fini del godimento della libertà di stabilimento, tra i criteri di collegamento della sede sociale, dell'amministrazione centrale e del centro di attività principale. Infatti, riferendosi a tale norma, la CGUE afferma che, dal momento che il diritto comunitario non ha fornito un'uniforme definizione delle società autorizzate a beneficiare del diritto di stabilimento in funzione di un unico criterio di collegamento idoneo a determinare il diritto nazionale applicabile a una società, la questione se l'art. 49 del TFUE si applichi a una società che invoca la libertà di circolare in seno alla Unione Europea può trovare risposta solo nel diritto nazionale applicabile<sup>70</sup>. I giudici comunitari così concludono sul punto: *“Uno Stato membro dispone pertanto della facoltà di definire sia il criterio di collegamento richiesto a una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento, sia quello necessario per continuare a mantenere detto status. Tale facoltà include la possibilità, per lo Stato membro in parola, di non consentire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale status qualora intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la sede nel territorio di quest'ultimo, sopprimendo in questo modo il collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione”*<sup>71</sup>.

La CGUE precisa che l'ipotesi di trasferimento della sede di una società costituita secondo la legislazione di uno Stato membro in un altro Stato membro “senza cambiamento del diritto cui è soggetta” deve essere distinta da quella relativa al trasferimento di una società appartenente a uno Stato membro verso un altro Stato membro “con cambiamento del diritto nazionale applicabile, ove la società si converte in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato membro in cui si è trasferita”<sup>72</sup>. In quest'ultima ipotesi, sostiene la CGUE, la facoltà di stabilire il criterio di collegamento per acquisire lo *status* di società nazionale e il criterio per mantenere tale *status* non comporta l'immunità dalle regole della libera circolazione e in particolare non può giustificare che lo Stato membro di costituzione, *“imponendo lo scioglimento e la liquidazione di tale società, impedisca a quest'ultima di trasformarsi in una società di diritto nazionale dell'altro Stato membro nei limiti in cui detto diritto lo consenta”*<sup>73</sup>. Secondo la CGUE *“un siffatto ostacolo all'effettiva trasformazione di una società di questo tipo, senza previo scioglimento e previa liquidazione, in una società costituita a norma della legge nazionale dello Stato membro in cui intende trasferirsi costituirebbe una restrizione alla libertà di stabilimento della società interessata che, a meno che non sia giustificata da ragioni imperative di interesse pubblico, è*

---

<sup>69</sup> *Cartesio* par. 104.

<sup>70</sup> *Cartesio* par. 109.

<sup>71</sup> *Cartesio* par. 110.

<sup>72</sup> *Cartesio* par. 111.

<sup>73</sup> *Cartesio* par. 112.

vietata in forza dell'art. 49 del TFUE<sup>74</sup>.

La novità apportata dalla sentenza *Cartesio*, dunque, ancora più significativa in quanto non necessaria per la soluzione del caso, sta nella precisazione e conseguente limitazione della portata del precedente costituito da *Daily Mail*: lo Stato di origine può impedire il trasferimento di una società nazionale, solo se quest'ultima vuole emigrare mantenendo lo statuto personale che esso gli ha attribuito; viceversa se la società intende trasferirsi assumendo la nazionalità dello Stato di destinazione, lo Stato di origine non può imporre lo scioglimento e la liquidazione.

La conseguenza di ordine pratico ed immediatamente evidente, è che le possibilità di stabilimento societario escono rafforzate, giacché gli Stati di origine possono sì chiedere di abbandonare lo *status* di società nazionale a quelle imprese che desiderano emigrare in altri Stati membri, ma non possono imporre loro lo scioglimento e la liquidazione con tutti i costi connessi (purché però lo Stato d'arrivo vi acconsenta). D'altra parte lo Stato di destinazione (o di arrivo), alla luce della giurisprudenza sopra richiamata, non può rifiutare l'ingresso di una società straniera.

## 2.5. Effetti dell'evoluzione interpretativa dei giudici comunitari

Accertato che a seguito della sentenza *Cartesio* la libertà di stabilimento comporta che gli Stati Membri consentano alle proprie società di "trasformarsi" in società di altri Stati Membri senza doversi sciogliere, è necessario interrogarsi su quali modifiche subiscano, o possano subire, gli ordinamenti nazionali dei Paesi Membri.

A tal fine, occorre valutare due ordini di precondizioni giuridiche che rendono possibili le "trasformazioni transfrontaliere". Da un lato, le norme di conflitto nazionali devono ammettere il mutamento della legge applicabile alla società, ossia non possono individuare, come criterio di collegamento per società ed enti, fatti o accadimenti immutabili nel tempo. Dall'altro, sul piano delle norme sostanziali, gli Stati Membri non potranno più considerare la decisione o l'intenzione di mutare statuto personale (o lo spostamento all'estero del criterio di collegamento, quale la sede amministrativa o la sede statutaria) come una causa di scioglimento della società.

Queste conclusioni avranno necessariamente un impatto significativo sul diritto di molti Stati Membri, perché pochi di essi ammettono liberamente le "trasformazioni transfrontaliere". Per le società iscritte nel Registro delle Imprese, la registrazione non può essere slegata dalla legge applicabile, nel senso che non è pensabile che una società retta dalla legge di un certo Stato sia iscritta nel Registro delle Imprese di un altro. Il Registro delle imprese in cui la società è

---

<sup>74</sup> *Cartesio* par. 113.

iscritta in via principale, infatti, è parte essenziale del regime di pubblicità e delle regole organizzative della società, non un dato meramente esteriore o formale, cosicché deve coincidere necessariamente con il diritto sostanziale applicabile all'ente.

Di conseguenza, una società di capitali per mutare statuto personale deve necessariamente trasferire la registrazione, in maniera tale che il Registro delle Imprese in cui essa è iscritta sia quello retto dal nuovo statuto personale<sup>75</sup>.

Infine, una breve riflessione sugli impatti della sentenza *Cartesio* sulla "teoria della sede effettiva" e sulla "teoria della costituzione".

Per la "teoria della sede reale", come già evidenziato, alle società si applica la legge del paese in cui è situata la sede amministrativa. Di conseguenza, in linea teorica, il diritto internazionale privato non dovrebbe porre ostacoli alla trasformazione transfrontaliera, che in teoria dovrebbe seguire allo spostamento all'estero della sede amministrativa. In pratica, però, sul piano del diritto sostanziale gli ordinamenti di "teoria della sede effettiva" spesso vietano lo spostamento all'estero della sede e lo considerano una causa di scioglimento della società.

Un simile divieto non dovrebbe essere più compatibile col diritto comunitario e, pertanto, d'ora innanzi i paesi di "teoria della sede effettiva" dovranno consentire alle proprie società di spostare all'estero la sede amministrativa e di trasformarsi in una società di altro Stato Membro. Ovviamente, la società che voglia mutare statuto personale dovrà trasferire, oltre alla sede amministrativa, anche la registrazione e la sede statutaria.

Riguardo ai paesi che seguono la "teoria della costituzione", invece, occorre distinguere a seconda del criterio di collegamento adottato in concreto dal singolo ordinamento.

Se le norme di conflitto richiamano la legge dello Stato di costituzione o di ri-costituzione, oppure semplicemente la legge dello Stato della sede statutaria, non dovrebbero sorgere problemi di sorta, almeno sul piano del diritto internazionale privato.

Qualora, al contrario, le norme di conflitto richiamino la legge del paese di originaria costituzione, è lo stesso diritto internazionale privato a porre un ostacolo insormontabile al mutamento di statuto personale, perché la originaria costituzione, essendo un accadimento storico del passato, non può mutare mai. Questo è il principio di diritto seguito dalle Corti di *common law*, secondo le quali "[t]he domicile of origin, or the domicile of birth, using with respect to a company a familiar metaphor, clings to it throughout its existence"<sup>76 77</sup>.

---

<sup>75</sup> Questo non significa che la registrazione sia il criterio di collegamento internazionalprivatistico, ma semplicemente che, una volta spostato il criterio di collegamento, la nuova legge applicabile alla società individua anche il registro delle imprese.

<sup>76</sup> E analogo principio d'immutabilità dello statuto personale delle società pare applicato dal diritto internazionale privato italiano, ove l'art. 25, comma 1, della Legge n. 218/1995 afferma che le società sono regolate dalla legge del paese in cui "si è perfezionato il procedimento di costituzione",

Infine, il mutamento di *lex societatis* non dipende solo dal diritto del paese d'origine, ma anche dal rispetto del diritto straniero. La società per mutare statuto personale non solo dovrà rispettare il diritto societario dello Stato di costituzione (procedure, maggioranze ecc.), ma anche il diritto dello Stato d'arrivo, tanto sostanziale, quanto internazionale privato. La società dovrà iscriversi nel registro del nuovo ordinamento e dovrà adattare lo statuto alla nuova legge applicabile. Ma anche le norme di conflitto del paese d'arrivo dovranno essere rispettate; ad esempio, se una società italiana volesse diventare società tedesca (paese che segue la teoria della sede reale) non le basterà trasferire in Germania la sede statutaria, ma dovrà spostare anche la sede amministrativa, rispettando così la teoria della sede reale in vigore in quel paese.

In conclusione, entrambe le teorie della costituzione e della sede effettiva sembrano limitare la libertà di stabilimento di cui all'art. 54 del TFUE per le società in genere nonché per gli enti diversi dalle società quali sono appunto le *hybrid entities*. Il rischio di mancato riconoscimento dello *status* giuridico di società, può comportare per le società in genere e per gli enti diversi dalle società (*hybrid entities*) a spostarsi “forzosamente” da uno Stato membro a un altro<sup>78</sup> ovvero a “rimanere bloccati” in uno Stato, con ciò determinando una restrizione alla libertà di stabilimento.

---

riferendosi così ad un accadimento del passato e quindi immutabile.

<sup>77</sup> F.M. Mucciarelli, “*Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*”, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè, 2010, a pag. 66.

<sup>78</sup> In sintesi, dagli sviluppi giurisprudenziali sopra esaminati si evince come la CGUE abbia riconosciuto ai privati, in qualità di beneficiari della libertà di stabilimento, il diritto di scegliere fra le leggi societarie degli Stati membri quella più idonea per la costituzione di un ente collettivo in vista dello svolgimento di attività imprenditoriali sul mercato unico ed ha precisato che:

- a) questo diritto configura una situazione di vantaggio direttamente efficace e quindi azionabile di fronte ai giudici nazionali, in quanto inerente all'esercizio di una delle libertà fondamentali comunitarie;
- b) esso sussiste anche qualora la società svolga tutte le sue attività in uno Stato membro diverso da quello della *lex societatis* prescelta e non abbia con lo Stato d'incorporazione altri contatti se non appunto la *optio legis* operata al momento della costituzione dell'ente;
- c) uno Stato membro può ostacolare il pieno godimento di tale diritto, ma soltanto in via eccezionale, quando possa cioè vantare una “esigenza imperativa” alla tutela di propri preminenti interessi pubblicistici e la misura adottata a tal fine sia non discriminatoria, razionale in vista dell'obiettivo perseguito, necessaria e proporzionata.

Si tratta di quella che viene comunemente definita “dottrina *Centros*”; dottrina ripresa e confermata, come abbiamo visto, nella pronuncia sul caso *Uberseering* e nelle conclusioni dell'Avvocato generale Alber nel caso *Inspire Art*, ma già implicita nella causa *Segers*, nonché, nonostante le apparenze, nella famosa e criticatissima sentenza *Daily Mail*.

Se il Trattato, quindi, non prevede esplicitamente una concorrenza tra ordinamenti per il diritto societario, l'esercizio del diritto di stabilimento, in esso garantito, ha la conseguenza pratica di dar luogo ad una possibile “domanda” per tipi societari esteri e quindi, in presenza di offerta da parte degli Stati membri che applicano la teoria dell'incorporazione, ad una corrispondente “offerta” di tali tipi societari.

## 2.6. La *lex societatis* nel diritto internazionale privato italiano

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'ammissibilità del trasferimento transfrontaliero delle società (da e per l'estero) deve tener conto, oltre che della disciplina di diritto positivo<sup>79</sup> di cui all'art. 25<sup>80</sup> della l. 31.5.1995, n. 218 e agli artt. 2507 e seguenti del codice civile<sup>81</sup>, anche dei principi di diritto comunitario, naturalmente qualora il trasferimento coinvolga (quale Stato di arrivo o partenza) uno Stato membro dell'UE.

In base al diritto internazionalprivatistico italiano (ex art. 25, comma 1, l. n. 218/1995) le società sono regolate dalla legge dello Stato in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione, salvo l'applicazione necessaria della legge italiana, qualora le società localizzano in Italia la sede o l'attività principale dell'impresa.

Il criterio di collegamento adottato dal legislatore italiano è un criterio cosiddetto "misto", contempera così il *criterio dell'incorporazione*, in base al quale il luogo di costituzione è il criterio guida per accertare la soggezione, o meno, delle società alla legislazione domestica, con quello *della sede*, prevedendo l'applicazione della normativa nazionale a quelle società che pur costituite all'estero, abbiano in Italia la *sede amministrativa*, ovvero *l'oggetto principale della loro attività*<sup>82</sup>.

Pertanto una società sarà soggetta alla legge italiana quando è costituita

---

<sup>79</sup> La quale si completa con le norme contenute nelle Convenzioni internazionali che l'Italia ha ratificato.

<sup>80</sup> L'art. 25 della l. n. 218/1995 dispone che "Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti.

*In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente: a) la natura giuridica; b) la denominazione o ragione sociale; c) la costituzione, la trasformazione e l'estinzione; d) la capacità; e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi; f) la rappresentanza dell'ente; g) le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità; h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente; i) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo.*

*I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati".*

<sup>81</sup> Le norme del codice civile, Capo X del titolo V del libro V, dall'art. 2507 all'art. 2510, si applicano alle società costituite all'estero che istituiscono in Italia una sede secondaria. Ipotesi questa differente dai trasferimenti di sede sociale la cui disciplina deve essere rinvenuta nella l. n. 218/1995.

<sup>82</sup> L'Italia ha scelto una teoria dell'incorporazione temperata: se in linea di principio è stato previsto che lo statuto delle società viene determinato secondo la teoria dell'incorporazione, l'art. 25 del l. n. 218/1995 impone l'applicazione del diritto italiano ai soggetti aventi in Italia la sede amministrativa, con la conseguenza che si pone il problema se queste società assumono così nazionalità italiana, ed in caso di risposta negativa, quanta parte della disciplina societaria italiana si applichi alla società estera.

in Italia, oppure quando, costituita all'estero, abbia in Italia la sede amministrativa o l'oggetto principale della sua attività. In quest'ultima ipotesi, la scelta del nostro legislatore, pur senza comportare la nazionalizzazione del soggetto estero (avendo l'Italia optato per il criterio del luogo di costituzione), rende operanti quelle norme di applicazione necessaria che una società svolgente attività economica nel nostro Paese è tenuta ad osservare.

Per quanto concerne poi la possibilità del trasferimento della *sede legale* in un altro Stato, l'art. 25, comma 3, ne dispone l'ammissibilità solo se posto in essere conformemente alle leggi degli Stati interessati.

Dalla disposizione, può quindi trarsi che il trasferimento di società italiana all'estero è di per sé legittimo, ma deve essere valutato con riferimento all'ammissibilità nell'ordinamento del Paese ospitante.

Dunque in Italia, il *trasferimento della sede sociale dall'Italia*, a differenza di ciò che accade in altri ordinamenti, non comporta l'estinzione della società, con contestuale costituzione di una nuova persona giuridica nello Stato di destinazione, né un automatico riconoscimento della continuità giuridica della società, poiché gli effetti dello stesso sono subordinati alla verifica di compatibilità delle disposizioni dell'ordinamento giuridico italiano con quello dello Stato di destinazione.

È evidente che non potrà aversi continuità della società nel caso in cui, ad esempio, la società italiana deliberi il trasferimento della sede legale in uno Stato che esclude la legittimità di una tale operazione, prescrivendo in ogni caso la costituzione di un nuovo soggetto in conformità alle proprie leggi dettate per le società straniere. In tale caso la delibera di trasferimento dovrà ritenersi inefficace per l'ordinamento italiano<sup>83</sup>.

Qualora invece le discipline normative degli Stati coinvolti siano compatibili, il trasferimento della sede si realizzerà mediante la modifica, nel rispetto delle prescrizioni imposte dal codice civile, dello statuto da parte della società italiana.

Diverso è il discorso, in ambito europeo, dove il principio della libertà di stabilimento, così come evolutosi nella giurisprudenza comunitaria, dovrebbe in generale consentire il trasferimento della *sede legale*.

In particolare, dal punto di vista italiano, le società comunitarie costituite in un altro Stato membro, anche se trasferiscono in Italia la *sede dell'amministrazione* o l'*oggetto principale* della loro attività saranno sempre regolate dalla legge del Paese di costituzione, in deroga all'art. 25, comma 1, seconda parte, della l. n. 218/1995 che quindi si deve ritenere implicitamente abrogato, così come le disposizioni contenute nell'art. 25, comma 3, poiché in ambito europeo il trasferimento della sede non può ritenersi condizionato.

---

<sup>83</sup> G. Dal Soglio, *Il trasferimento della sede all'estero e procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag. 560.



### 2.6.1. Il trasferimento della sede dall'Italia all'estero e dall'estero in Italia

Dal delineato quadro normativo ed interpretativo, in relazione al trasferimento all'estero della *sede sociale* di società italiana, e viceversa di trasferimento in Italia di società estera, discendono varie possibili situazioni, a seconda che il trasferimento coinvolga Paesi europei o meno.

Qualora il trasferimento avvenga nell'ambito dell'Unione europea, dalle considerazioni fatte, nei paragrafi precedenti, circa l'evoluzione normativa ed interpretativa del diritto europeo, si dovrebbe poter dire che i trasferimenti di società di capitali europee in Italia, e viceversa di società italiane in Paesi aderenti all'Unione europea, debbano avvenire in continuità e, salvi gli obblighi di registrazione esistenti, le società dovrebbero essere regolate secondo le norme del paese di costituzione<sup>84</sup>.

Di conseguenza non sarà necessario, né consentito, adeguare, all'atto di trasferimento, lo statuto sociale alle disposizioni imperative della legge italiana, come invece è necessario laddove a trasferire la sede in Italia sia una società extracomunitaria.

Dunque alle società comunitarie che si trasferiscono in Italia sarà riconosciuta la continuità giuridica e saranno sempre regolate dalla normativa interna (italiana).

Se invece il trasferimento coinvolgesse un Paese extracomunitario, per valutare l'ammissibilità del trasferimento nel (o dal) nostro Paese, si deve indagare il regime vigente nel paese di origine (o destinazione).

Nel caso di un trasferimento di una società estera nel nostro Paese, avremo che, se il Paese di origine applica il sistema dell'incorporazione, fermo restando la continuità giuridica riconosciuta da entrambi i Paesi alla società, si applica l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 25 che comporta, oltre alla necessaria iscrizione nel Registro delle imprese (italiano), anche l'adeguamento dello statuto sociale alle disposizioni inderogabili della legge italiana, ferma restando la regolare costituzione all'estero della società<sup>85 86</sup>.

---

<sup>84</sup> Di conseguenza non sarà necessario, né consentito, adeguare all'atto del trasferimento lo statuto sociale alle disposizioni imperative della legge italiana, come invece è necessario laddove a trasferire la sede in Italia sia una società extracomunitaria.

<sup>85</sup> Se la società straniera dovesse considerarsi nulla per i nostri parametri, tale sanzione riguarderebbe la sua configurazione quale società, per così dire, nazionalizzata, ma non la sua giuridica esistenza, in quanto la società resterebbe in vita quale società straniera, con l'unica sanzione della responsabilità illimitata sia della società straniera sia di chi ha agito in suo nome ex art. 2509-bis del codice civile. Sul punto, si rinvia alla Commissione del notariato, Studio n. 3310, del 2.5.2001, *Trasferimento all'estero della sede sociale*.

<sup>86</sup> Come osservato in dottrina l'adeguamento necessario della società "straniera" alla disciplina italiana è ammissibile in quanto non pregiudica l'identità e la continuità delle società. Sul punto si

Qualora invece il Paese di origine applicasse il criterio di collegamento della sede effettiva, lo stesso importerebbe lo scioglimento della società e quindi in Italia dovrebbe avvenire la sua ricostituzione. Il fatto che lo Stato di provenienza segue il principio della sede effettiva, fa sì che non si consegua quanto richiesto dalla normativa italiana per l'ammissibilità del trasferimento, vale a dire l'ammissibilità per entrambi gli Stati coinvolti, pertanto il trasferimento di fatto non si realizza.

È stato osservato che *“nel caso in cui l'ordinamento di provenienza imponga l'estinzione o la dissoluzione della società nello Stato di arrivo, la fattispecie traslativa sarà anche estintiva e la dissoluzione dell'ente estero sarà anche ricostituzione, e di conseguenza la società sarà assoggettata esclusivamente alla legge dello Stato di stabilimento, senza possibilità di incorrere nell'acquisizione di una doppia nazionalità”*<sup>87</sup>.

Anche nel caso di trasferimento di una società italiana in un paese extraeuropeo, dal momento che lo Stato italiano riconosce continuità alla società che ha trasferito la propria sede all'estero, occorrerà vedere il trattamento riservato dallo Stato di destinazione.

Se quest'ultimo applica il sistema dell'incorporazione, la società continuerà ad essere regolata per entrambi i Paesi secondo il diritto dello Stato italiano, con il mantenimento quindi dello statuto italiano e l'applicazione della disciplina italiana in quanto quella del luogo nel quale si è perfezionato il procedimento di costituzione.

Se invece il Paese di destinazione applica il sistema della sede effettiva si potrebbe obiettare l'inefficacia per l'ordinamento italiano del trasferimento, sulla base dell'art. 25, comma 3, che ammette il trasferimento solo se riconosciuto da entrambi gli Stati. Così visto che il sistema della sede effettiva, non riconosce il trasferimento in quanto richiede la costituzione dell'ente nello Stato di arrivo, per la normativa italiana, il dettato dell'art. 25, comma 3, non sarebbe soddisfatto e quindi il trasferimento non sarebbe possibile.

L'ipotesi teorizzata della costituzione di società con doppia nazionalità nel caso di trasferimento da uno Stato che adotta il sistema dell'incorporazione ad un altro che adotta invece quello della sede, non troverebbe quindi mai realizzazione in Italia, poiché la delibera di trasferimento sarebbe inefficace in quanto non conforme all'art. 25, comma 3, della l. n. 218/1995.

Altra dottrina<sup>88</sup> ritiene invece in questa ipotesi di un trasferimento con mutamento della legislazione applicabile e della nazionalità e non di scioglimento dell'originaria società e costituzione di una nuova, così come sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca.

---

rinvia a Angelici, Voce: *“Società costituite o operanti ancora all'estero”*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, 1988, pagg. 7 e seg..

<sup>87</sup> A. Margiotta, *Il trasferimento della sede all'estero*, in *Riv. not.*, 2004, 3, pag. 654 e seg..

<sup>88</sup> Fimmanò, *Trasferimento della sede sociale all'estero e principio di incorporazione*, in *Società*, 1997, p. 577

Conformemente viene sostenuto che qualora una società italiana si trasferisca in un Paese che adotta il criterio della sede effettiva, pur essendo riconosciuta la continuità del soggetto giuridico, al trasferimento si accompagnerà un mutamento della legislazione applicabile alla società, cioè le vicende societarie saranno regolate dalle normative vigenti nel paese di destinazione.

#### 2.6.2. Le società costituite all'estero ai sensi del codice civile

Occorre, infine, soffermarsi brevemente sulle disposizioni del capo XI, titolo V, del codice civile relativo alle "società costituite all'estero"<sup>89</sup>, che ai sensi dell'art. 2507 devono essere interpretate e applicate in base ai principi dell'ordinamento comunitario, per esaminare l'impatto di tali principi sull'applicazione della disciplina codicistica.

Le disposizioni in esame contengono norme unilaterali di applicazione necessaria per le società costituite all'estero le quali, sebbene non abbiano localizzato in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'impresa, abbiano tuttavia istituito nel nostro Paese "una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile".

A queste società, la legge, data la minore intensità del contatto con il sistema italiano, impone obblighi di minore entità rispetto a quelli cui sono soggette le società straniere aventi la sede reale in Italia (art. 25, comma 1, ultima frase). E' da ritenersi che l'elenco di obblighi cui sono sottoposte le sedi secondarie di società straniere debba avere carattere tassativo, ragion per cui una volta adempiuti gli obblighi stabiliti dal capo XI del codice civile, la società non potrà essere assoggettata a nessun altro obbligo o limite all'applicazione della *lex societatis*.

E' bene precisare, inoltre, che l'adempimento degli obblighi imposti alle sedi secondarie di società straniere dalla legge italiana non costituisce condizione per il riconoscimento della personalità giuridica di cui l'ente straniero gode in forza della sua legge di costituzione e, dunque, non incide sulla possibilità per l'ente di acquistare diritti e assumere obbligazioni.

L'unica conseguenza del mancato rispetto delle disposizioni in esame sembra essere allora l'applicazione dell'apparato sanzionatorio previsto dalla nostra legge.

L'obiettivo delle disposizioni in esame è quello di assicurare l'accesso ad alcune informazioni ai terzi che entrano in contatto con la società per il tramite della sede secondaria. Queste informazioni riguardano la localizzazione della sede principale, la legge applicabile alla società, i soggetti che ne hanno i poteri rappresentativi e le regole di funzionamento. A questi interessi, potrebbe forse aggiungersi un più generale interesse (anche fiscale) dello Stato ad esercitare un

---

<sup>89</sup> Si vedano gli articoli da 2507 a 2510 del codice civile.

controllo sulle attività esercitate sul suo territorio.

Innanzitutto, l'art. 2508 del codice civile assoggetta le società straniere che stabiliscono in Italia una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile ad alcuni obblighi di pubblicità<sup>90</sup>.

Poiché le disposizioni della legge italiana alle quali le società straniere che stabiliscono una sede secondaria in Italia devono conformarsi dipende dal tipo societario che viene in questione nel caso concreto, il successivo art. 2509 si occupa, poi, delle società straniere che non siano assimilabili a nessuno dei tipi previsti dal nostro ordinamento e prescrive che queste società siano regolate dalle norme in materia della società per azioni per ciò che riguarda gli obblighi di pubblicità e la responsabilità degli amministratori. Le società straniere che corrispondano ad uno dei tipi previsti dalla legge italiana saranno soggette agli obblighi di pubblicità stabiliti per quel tipo.

L'art. 2509-*bis* del codice civile prevede una sanzione per il caso di inosservanza degli obblighi pubblicitari previsti dall'art. 2508. La sanzione è particolarmente grave e consiste nella responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni sociali dei soggetti che hanno agito per conto della società.

L'art. 2510 del codice civile, infine, fa salve "*le disposizioni delle leggi speciali che vietino o sottopongono a particolari condizioni l'esercizio di determinate attività da parte di società nelle quali siano rappresentanti interessi stranieri*".

In generale può dirsi che l'applicazione della disciplina in materia di succursali di società straniere alla quale si è accennato potrebbe porsi in contrasto con i principi comunitari in tema di libertà di stabilimento nella misura in cui essa:

- a) incide su questioni che la *lex societatis* riconduce alla propria competenza;
- b) prevede per lo stabilimento secondario delle società comunitarie ed in particolare per l'istituzione di una sede secondaria obblighi ulteriori rispetto a quelli consentiti dall'undicesima direttiva o introduce comunque un trattamento discriminatorio per le succursali di società straniere rispetto alle succursali di

---

<sup>90</sup> Ci si riferisce in particolare: a) al dovere di conformarsi, per ciascuna delle sedi secondarie istituite, alle disposizioni della legge italiana per ciò che concerne gli obblighi di pubblicazione degli atti sociali nel Registro delle imprese. Va da sé che questi obblighi sono previsti in aggiunta all'obbligo di pubblicità che deve essere rispettato in sede di prima iscrizione della sede secondaria nel Registro delle imprese italiano; b) al dovere di pubblicare, secondo le medesime disposizioni, alcuni dati identificativi dei rappresentanti della sede secondaria (cognome, nome, la data e il luogo di nascita) e di indicarne i poteri; c) all'obbligo di indicare negli atti e nella corrispondenza delle sedi secondarie le indicazioni richieste dall'art. 2250 (sede sociale, l'ufficio del registro delle imprese straniero presso il quale la società è iscritta, numero di iscrizione, capitale sociale versato ed esistente, l'eventuale circostanza che la società ha un unico socio e l'eventuale stato di liquidazione in cui si trova la società) nonché l'ufficio del registro delle imprese presso la quale è iscritta la sede secondaria con il relativo numero di iscrizione.

società italiane;

c) tale trattamento «sfavorevole» o «discriminatorio» non è giustificabile alla luce della dottrina delle esigenze imperative (principio di non discriminazione, principio dell'interesse generale, principio dell'idoneità allo scopo, principio di proporzionalità). In tutti questi casi, la disciplina interna andrà disapplicata quando venga in considerazione una società comunitaria o una società soggetta alla legge di uno Stato appartenente allo Spazio Economico Europeo, al quale l'undicesima direttiva è stata espressamente estesa.

Dato lo scopo del presente studio non è questa la sede per affrontare le tematiche relative alla violazione del diritto comunitario da parte delle disposizioni qui sopra richiamate.

### 3. I metodi di classificazione fiscale delle *hybrid entities* nel diritto tributario dell'Unione Europea

#### 3.1. Premessa

La Comunità Economica Europea è stata creata nel 1957 mediante un accordo tra sei Stati nel quale è stato, tra gli altri, stabilito che i firmatari del trattato erano decisi ad assicurare mediante un'azione comune il progresso economico e sociale dei loro paesi nonché di avere per scopo essenziale il miglioramento costante delle condizioni di vita da realizzare mediante l'eliminazione delle barriere che dividono l'Europa e la creazione di un mercato comune. L'integrazione economica dei singoli mercati nazionali si può raggiungere solo se vengono rimossi tutti gli ostacoli di natura commerciali esistenti tra gli Stati membri tra cui l'esercizio del diritto di stabilimento da parte di un organismo societario.

Nei primi anni di vita della Comunità sebbene fosse evidente che il non riconoscimento delle società straniere avrebbe potuto pregiudicare lo sviluppo del commercio internazionale e l'importazione di capitali stranieri, incidendo negativamente sull'intero sistema economico di un Paese, era, tuttavia, maggiore il timore che l'ingresso delle società straniere avrebbe potuto dar vita, da un lato a rilevanti centri di potere fuori dal controllo dell'autorità politica e dall'altro all'ingresso di strutture di governo societario eccessivamente "rilassate" che non avrebbero garantito in maniera adeguata gli interessi dei soggetti che con tali società fossero entrati in contatto.

Negli ultimi anni la giurisprudenza della CGUE ha delineato una nuova strada per l'applicazione agli enti societari del diritto di stabilimento, incentrata principalmente sul reciproco riconoscimento degli ordinamenti nazionali e, con la sentenza *Cartesio* del 2008, sull'apertura verso forme meno vincolanti di "trasformazioni internazionali". La teoria è quella secondo la quale è ammissibile ritenere che le società costituite in uno Stato membro possano *trasformarsi* in società disciplinate dalla legge di altro Stato membro senza dover passare dallo scioglimento e senza che possano essere loro imposte eccessive limitazioni. Con tale orientamento giurisprudenziale, la Corte di Giustizia, pur confermando la sentenza *Daily Mail* con riferimento alle società che non vogliono mutare *lex societatis*, stabilisce che tali trasferimenti sono ammissibili all'interno dell'Unione dal momento che rispettano il principio cardine del libero stabilimento degli enti giuridici societari.

In dottrina<sup>91</sup> è stato osservato che "*proprio in virtù dell'obbligo posto in capo agli Stati membri di eliminare tutte le discriminazioni e gli ostacoli*

---

<sup>91</sup> R. Luzzatto – C. Azzolini, voce *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto – Discipline privatistiche – Sezione commerciale*, XIV, UTET, pag. 157.

*discriminatori alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi, i quali spesso conseguono alla diversità sostanziale delle singole legislazioni nazionali, si desume dall'attività normativa delle istituzioni comunitarie il principio per cui il solo modo per garantire la libertà di circolazione e il reciproco riconoscimento delle attività è quello di applicare alle fattispecie straniere la legge del loro ordinamento di origine, presupponendone l'equivalenza con i contenuti del diritto materiale interno. Il principio della libertà di circolazione e di stabilimento (...) sembra, dunque, stimolare l'adozione, nei singoli ambiti nazionali, di soluzioni internazionalprivatistiche che favoriscono il mutuo riconoscimento delle attività economiche e delle realtà disciplinate da uno degli ordinamenti della Comunità, orientando la scelta di conflitto nel senso di applicare a tali fattispecie la legge in base alla quale tali fattispecie hanno avuto origine".* Da quanto sopra evidenziato la soluzione del problema dei soggetti giuridici esteri potrebbe essere risolto attraverso l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento.

In questo capitolo viene analizzata la relazione esistente tra il principio del mutuo riconoscimento (dapprima nel solo ambito del diritto societario e successivamente in quello del diritto tributario) e libertà fondamentali riconosciute dal Trattato sul Funziona dell'Unione europea allo scopo di dirimere i conflitti di classificazione derivanti dall'applicazione di disposizioni tributarie di ordinamenti giuridici diversi.

### 3.2. La possibile applicazione del principio del mutuo riconoscimento

Lo strumento utilizzato per la creazione di un mercato unico all'interno della Unione europea può essere ravvisato nel processo di armonizzazione. Tuttavia, nel corso del decennio del 1960 nonostante ci fossero appena sei Stati membri, il Consiglio europeo ha avuto notevoli difficoltà nel raggiungere un accordo relativo alla regolamentazione ed armonizzazione dei diversi sistemi nazionali. Ciò era dovuto principalmente al fatto che gli Stati membri non accettavano l'idea di una contrazione (totale o parziale) della propria sovranità al fine della creazione del mercato unico. Pertanto il processo di armonizzazione non ha raggiunto in tale fase gli obiettivi prefissati.

Verso la fine degli anni '70, mentre gli sforzi della Commissione europea si concentravano verso la creazione di un mercato unico in una maniera piuttosto restrittiva, la CGUE emanava alcune sentenze piuttosto innovative per effetto delle quali uno Stato membro era costretto a riconoscere reciprocamente la legislazione di un altro Stato membro al fine di evitare una possibile violazione delle libertà fondamentali. Le predette sentenze hanno avuto un impatto decisivo sul processo di integrazione del mercato interno dal momento che hanno comportato un parallelo processo di integrazione nel mercato unico senza tuttavia la necessità di emendare e armonizzare i sistemi giuridici nazionali. L'approccio seguito dalla CGUE ha comportato un diverso modo di realizzare il

processo di armonizzazione: da una parte, mantenendo le divergenze dei diversi sistemi giuridici nazionali, dall'altra, consentendo la rimozione delle barriere che impedivano la partecipazione al mercato unico. Inoltre, risulta evidente che l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento stimola la competizione tra gli Stati membri e quindi una allocazione più efficiente delle risorse.

Il processo di integrazione attraverso l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento presenta tuttavia alcuni svantaggi rispetto all'integrazione mediante l'armonizzazione dei sistemi giuridici nazionali considerato che comporta un incremento dei costi di transazione. Infatti, affinché gli Stati membri possano riconoscere reciprocamente l'applicazione delle regole di un altro sistema giuridico nazionale, è necessario uno scambio di informazioni adeguato.

Inoltre, come si evince dalla giurisprudenza della CGUE, il mutuo riconoscimento quale principio di integrazione delle legislazioni nazionali presenta dei limiti. Secondo i giudici comunitari, lo Stato di destinazione può continuare ad imporre delle restrizioni relativamente al riconoscimento della legge applicabile nello Stato di destinazione al fine di proteggere i propri cittadini in nome dell'interesse generale.

### 3.3. L'evoluzione normativa relativamente al principio del mutuo riconoscimento secondo l'approccio della Commissione europea

Nel corso degli anni '70, mentre gli sforzi della Commissione europea erano rivolti alla creazione di un mercato unico attraverso l'emanazione di una serie di disposizioni normative alcune delle quali piuttosto restrittive, la CGUE ha emesso una serie di sentenze in materia di mutuo riconoscimento la cui portata è stata innovativa. Le prime sentenze che hanno riguardato l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento hanno avuto per oggetto la libera circolazione dei beni (*Dassonville* e *Cassis de Dijon*). A partire da tale momento le sentenze in materia di mutuo riconoscimento sono aumentate sensibilmente dal momento che, a quanto consta, sono state emesse alcune sentenze relativamente al predetto principio con riferimento alla libera prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento.

A seguito delle predette sentenze, la Commissione europea e il Consiglio europeo hanno reagito attraverso l'emanazione di alcune Comunicazioni e guide interpretative relative all'applicazione del principio del mutuo riconoscimento all'interno del mercato unico. In aggiunta alle generali linee guida, sono state emanate numerose direttive con riferimento all'applicazione del principio del mutuo riconoscimento tra gli Stati membri relativamente alle qualificazioni professionali<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Si segnalano, tra le altre, la Direttiva 89/48/CEE del 21.12.1988, la Direttiva 92/51/CEE del 18.7.1992 e la Direttiva 1999/42/CE.



La sentenza *Cassis de Dijon* ha fornito alla Commissione delle linee guida circa l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento nell'ambito della libera circolazione dei beni. Il 3.10.1980 la Commissione europea ha pubblicato una specifica Comunicazione sulle conseguenze della soprarichiamata sentenza. In particolare, la Commissione europea ha affermato che *“Ogni prodotto importato da uno Stato membro deve essere, in linea di massima, ammesso sul territorio del paese importatore se legalmente fabbricato, vale a dire se è conforme alla normativa od ai procedimenti di fabbricazione legittimi e tradizionali del paese d'esportazione, e commercializzato sul territorio di quest'ultimo. L'accettazione di tale principio implica che gli Stati membri, all'atto dell'elaborazione di normative commerciali o tecniche che possano esercitare un'influenza sul buon funzionamento della libera circolazione delle merci, non possono collocarsi in una prospettiva esclusivamente nazionale e non tener conto che di esigenze proprie ai soli prodotti nazionali. Il buon funzionamento del mercato comune esige che ogni Stato tenga conto anche delle esigenze legittime degli altri Stati membri.”*

Nel “Libro Bianco sul completamento del mercato interno” del 1985 la Commissione ha precisato che, con riferimento alle barriere tecniche nei confronti di beni e servizi, che il proprio obiettivo è quello di allontanarsi dal concetto di armonizzazione verso quello del mutuo riconoscimento<sup>93</sup>. Sebbene la Commissione abbia ammesso che il processo di armonizzazione fosse l'obiettivo principale della azione della Commissione medesima e che lo stesso abbia prodotto risultati molto significativi nella creazione di un mercato unico, la stessa era consapevole che la creazione di un mercato comune non poteva essere realizzata solo sulla base del processo di armonizzazione. Sebbene rimanga ferma la necessità di applicare un processo di armonizzazione, risulta evidente che il suo ruolo dovrebbe essere ridimensionato. A tale proposito, secondo la Commissione il principio del mutuo riconoscimento rappresenta una strategia efficace per stabilire un mercato comune. Secondo la Commissione *“experience has proven that the alternative of relying on a strategy based totally on harmonization would be over-regulatory, would take a long time to implement, would be inflexible and could stifle innovation. What is needed is strategy that combines the best of both approaches but, above all, allows for progress to be made more quickly than in the past”*<sup>94</sup>.

Inoltre, la Commissione ha precisato nel predetto Libro Bianco che avrebbe utilizzato tutti i suoi poteri in base al Trattato sulla Comunità europea per rinforzare il principio del mutuo riconoscimento. Tuttavia, la Commissione ha stabilito che *“but while a strategy based purely on mutual recognition would remove barriers to trade and lead to the creation of a genuine common trading*

---

<sup>93</sup> Si veda Commission of the European Union *“Complementing the Internal Market: white paper from the Commission to European Council”*, COM(1985) 310 final, 14.6.1985, a pag. 6. Tale comunicazione non risulta disponibile nella lingua italiana.

<sup>94</sup> Si veda Commission of the European Union *“Complementing the Internal Market: white paper from the Commission to European Council”*, COM(1985) 310 final, 14.6.1985, a pag. 18.

*market, it might well prove inadequate for the purposes of the building up of an expanding market based on the competitiveness which a continental-scale uniform market can generate. On the other hand, experience has shown that the alternative of relying on a strategy based totally on harmonization would be over-regulatory, would take a long time to implement, would be inflexible and could stifle innovation. What is needed is a strategy that combines the best of both approaches but, above all, allows for progress to be made more quickly than in the past*<sup>95</sup>.

Secondo la Commissione europea il processo di armonizzazione era troppo lungo e laborioso; al contrario, l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento dovrebbe accelerare i processi decisionali ed evitare l'utilizzo di regole a livello sovranazionale che limitino la sovranità dei singoli Stati membri.

In aggiunta al Libro Bianco del 1985 la Commissione europea ha pubblicato la Comunicazione *“Reciproco riconoscimento nel quadro del follow-up del piano di azione per il mercato interno”*<sup>96</sup>. In tale ultima Comunicazione la Commissione ha ribadito che *“l'applicazione del reciproco riconoscimento corrisponde appieno alla filosofia del mercato interno, secondo la quale prevalgono in genere le norme dello Stato membro di origine. L'applicazione di tale principio rientra nella prospettiva di un'applicazione dinamica della sussidiarietà: evitando l'istituzione sistematica di una regolamentazione particolareggiata a livello comunitario, il reciproco riconoscimento garantisce un maggiore rispetto delle tradizioni locali, regionali e nazionali e consente di mantenere la diversità dei prodotti e dei servizi immessi sui mercati. Esso costituisce in tal modo un mezzo pragmatico e potente di integrazione economica.*

*Tenuto conto degli impegni della Commissione di legiferare meno per legiferare meglio, il principio del reciproco riconoscimento ritrova la collocazione essenziale che gli spetta per il funzionamento del mercato interno”.*

Obiettivo della Commissione è riaffermare il ruolo centrale del mutuo riconoscimento per il funzionamento del mercato interno, apportando gli adeguamenti necessari per un suo migliore funzionamento. Nella predetta Comunicazione pertanto la Commissione ha invitato il Parlamento e il Consiglio:

- a confermare l'importanza del principio da essi attribuita al principio del mutuo riconoscimento, come elemento centrale del mercato interno;
- a prendere atto della presente Comunicazione e della prima relazione biennale sull'applicazione del mutuo riconoscimento e fornire il loro appoggio alle soluzioni proposte dalla Commissione al fine di migliorare l'applicazione effettiva del principio di mutuo

<sup>95</sup> Si veda Commission of the European Union *“Complementing the Internal Market: white paper from the Commission to European Council”*, COM(1985) 310 final, 14.6.1985, a pag. 20.

<sup>96</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 16.6.1999, COM(1999) 299 def.

- riconoscimento, rafforzare la conoscenza dei diritti conferiti da tale meccanismo e i mezzi per farli rispettare;
- a sostenere le iniziative destinate a migliorare la comprensione dell'importanza economica del mutuo riconoscimento e a controllare i progressi conseguiti nella sua applicazione, allo scopo di ridurre le distorsioni esistenti;
  - ad invitare gli Stati membri ad adottare le disposizioni necessarie per garantire una migliore applicazione del mutuo riconoscimento a tutti i livelli.

Infine, nella Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo "*Strategia per il mercato interno - Priorità 2003-2006*"<sup>97</sup> è stato precisato che "*Il riconoscimento reciproco è un pilastro fondamentale del mercato interno. Esso consente ai prodotti di circolare liberamente grazie alla loro conformità con le leggi nazionali dello Stato membro nel quale sono stati commercializzati per la prima volta. Il principio è che non vi siano norme procedurali specifiche né formalità supplementari. Questa è la sua forza, ma allo stesso tempo anche la sua debolezza. Quando sopraggiungono problemi, fa difetto la trasparenza, non esiste un approccio generalmente accettato per valutare se i livelli di protezione sono equivalenti e manca una procedura chiara mediante la quale un'impresa possa ricorrere contro una decisione negativa. Di conseguenza, molte società decidono di abbandonare taluni mercati o sono costrette a modificare i loro prodotti per conformarsi ai requisiti locali. Siffatte reazioni rischiano di diffondersi ulteriormente dopo l'allargamento.*

*La Commissione è pertanto del parere che siano necessarie norme specifiche per strutturare maggiormente il riconoscimento reciproco, in modo da migliorare la trasparenza e incoraggiare le autorità nazionali a comportarsi in modo più 'europeo'. La Commissione pensa che il miglior modo di procedere sia di adottare un nuovo regolamento comunitario che stabilisca i principi fondamentali*".

Tuttavia, in settori più complessi o sensibili il mutuo riconoscimento non è uno strumento sufficiente e l'unico modo di sopprimere gli ostacoli è di armonizzare le norme nazionali a livello europeo. Talvolta si ricorre ad una legislazione tecnica dettagliata, ma in certi settori si è optato per un'alternativa normativa semplificata, nota come il "nuovo approccio" il quale si baserà sulla combinazione di mutuo riconoscimento, cooperazione amministrativa e ove assolutamente necessario di armonizzazione.

### 3.3.1. I conflitti di classificazione e le libertà fondamentali

Come è stato già evidenziato in precedenza, una delle ragioni secondo la

---

<sup>97</sup> Comunicazione del 7.5.2003, COM(2003) 238 def.

quale il principio del mutuo riconoscimento ha avuto un impatto positivo sul processo di integrazione è derivata, tra le altre, dal fatto che l'azione di armonizzazione sarebbe stata frenata dall'allargamento della Comunità europea. Il consenso degli Stati membri alla emanazione di regole vincolanti a livello comunitario è stato in diverse occasioni negato dagli Stati medesimi.

Tuttavia, come è stato evidenziato dall'analisi della giurisprudenza comunitaria, il mutuo riconoscimento quale metodo di integrazione ha i suoi limiti. Secondo la CGUE lo Stato di destinazione può imporre delle restrizioni al riconoscimento delle leggi applicabili nello Stato di origine e può sempre applicare le proprie leggi al fine di proteggere i propri cittadini in ragione dell'"interesse generale". Inoltre, la necessità di armonizzazione rimane viva con riferimento agli ostacoli derivanti dalle disparità, cioè quegli ostacoli che ad una prima analisi non rientrano nel campo di applicazione del TFUE, e che pertanto non possono essere rimossi dalla CGUE.

Le disparità tra le legislazioni nazionali degli Stati membri sono inevitabili considerato che i diversi sistemi giuridici sono fondati sulla base di specifiche politiche a livello macroeconomico degli Stati medesimi<sup>98</sup>. Gli ostacoli che derivano dalle differenze esistenti tra le legislazioni nazionali originano dall'esercizio in parallelo da parte dei due Stati membri della propria potestà impositiva<sup>99</sup>. Nella giurisprudenza comunitaria è affermato il principio secondo il quale l'esercizio della potestà impositiva da parte degli Stati membri non rientra nello scopo del TFUE<sup>100</sup>. A tale proposito in dottrina, è stato affermato che se le

<sup>98</sup> Nella sentenza del 12.7.2005, C-403/03, *Schempp*, par. 45, la CGUE ha statuito che "la Corte ha già dichiarato che il Trattato non garantisce al cittadino dell'Unione che il trasferimento delle sue attività in uno Stato membro diverso da quello in cui risiedeva precedentemente sia neutro sotto il profilo fiscale. Tenuto conto delle differenze tra le legislazioni degli Stati membri in materia, un simile trasferimento può, secondo i casi, essere più o meno favorevole o sfavorevole per i lavoratori sul piano delle imposte indirette".

<sup>99</sup> Nella sentenza del 12.5.1998, C-336/96, *Gilly*, la CGUE ha stabilito che "l'art. 48 del Trattato CE dev'essere interpretato nel senso che esso non osta all'applicazione di disposizioni come quelle contenute negli artt. 13, n. 5, lett. a), 14, n. 1, e 16 della Convenzione firmata a Parigi il 21 luglio 1959, diretta ad evitare la doppia imposizione tra la Repubblica francese e la Repubblica federale di Germania, come modificata dagli atti aggiuntivi firmati a Bonn il 9 giugno 1969 e il 28 settembre 1989, che stabiliscono un regime di imposizione diverso, da un lato, per i lavoratori frontalieri a seconda che essi lavorino nel settore privato o nel settore pubblico e, qualora lavorino nel settore pubblico, a seconda che abbiano o meno la cittadinanza dello Stato cui appartiene l'amministrazione da cui dipendono, e, dall'altro, per gli insegnanti, a seconda che soggiornino o meno brevemente nello Stato in cui svolgono la loro attività lavorativa.

Le differenziazioni operate da siffatte disposizioni, anche se quella riguardante le retribuzioni versate da enti pubblici è collegata alla cittadinanza, non possono considerarsi costituire discriminazioni vietate dall'art. 48 del Trattato. Infatti, esse discendono, in mancanza di misure di unificazione o di armonizzazione nell'ambito comunitario, in particolare in forza dell'art. 220, secondo trattino, del Trattato, dalla competenza che hanno le parti contraenti a stabilire, al fine di eliminare le doppie imposizioni, i criteri di ripartizione fra esse del loro potere impositivo" (sottolineatura aggiunta).

<sup>100</sup> Nelle sue conclusioni presentate il 23.2.2006, C-374/04, *Test Claimant in Class IV of the ACT GLO*, l'avvocato generale Geelhoed ha precisato che "perciò, gli ostacoli alla libertà di stabilimento

disparità fossero considerate restrizioni, la CGUE sarebbe costretta a prendere decisioni politiche e conseguentemente la potestà impositiva degli Stati membri sarebbe a rischio. La conseguenza dell'assenza di armonizzazione tra gli Stati membri può essere risolta attraverso una politica legislativa a livello comunitario attraverso un processo di armonizzazione ovvero di coordinamento o, infine, dagli Stati membri mediante la creazione di sistemi giuridici nazionali che siano uniformi<sup>101</sup>.

### 3.3.2. Le disparità nella giurisprudenza (non tributaria) della CGUE: l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento

Nella sentenza *Cassis de Dijon*<sup>102</sup>, la CGUE ha stabilito che gli svantaggi derivanti da disparità costituiscono una restrizione (*i.e.* un ostacolo) alla libera circolazione dei beni. Ad esempio tale restrizione può derivare dalla previsione di un onere (doppio) da parte delle legislazioni dei due Stati membri coinvolti in una operazione transnazionale. La CGUE ha risolto tale problema attribuendo una sorta di priorità allo Stato di origine (dei beni). Per esempio, se un bene è introdotto nel mercato dello Stato di origine, tale Stato può applicare le proprie disposizioni. Se il bene è successivamente esportato all'interno di un altro Stato membro, allora lo Stato di arrivo è tenuto a riconoscere le regole dello Stato di origine (c.d. principio del mutuo riconoscimento), a meno che non vi sia una giustificazione per disapplicare tali regole.

Infatti, secondo la CGUE *“gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori”*<sup>103</sup>. Da ciò consegue che, non possono essere previsti oneri da parte di entrambi gli Stati membri (di origine e di

---

*che derivano dalle disparità o dalle differenze tra i sistemi fiscali di due Stati membri, esulano dal campo di applicazione dell'art. 43 del CE. Tali ostacoli possono essere contrapposti a quelli derivanti da una discriminazione che si verifichi in conseguenza dell'applicazione di norme appartenenti ad un unico sistema fiscale”.*

<sup>101</sup> D. Weber, *“In search of a (new) equilibrium between tax sovereignty and the freedom of movement within the EC”*, Deventer, Kluwer, 2006, pagg. 12 e 24. Osserva Weber che *“the above disadvantages from disparities are also inherent consequence of the sovereignty that has been retained by the Member States in direct taxation matters. They do not occur because there is a single tax system but because there are discrete sovereign tax systems that exist simultaneously, each having its own rules and which rules are not (always) harmonized.*

*In my opinion, the disadvantage arising from such disparities fall outside the scope of the EC Treaty freedoms. When disparities in direct taxation are considered to be a restriction, the Member States' sovereignty to levy direct taxes will be at immediate risk”.*

<sup>102</sup> CGUE, sentenza del 20.2.1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*.

<sup>103</sup> CGUE, sentenza del 20.2.1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*, par. 8.

destinazione) nel momento in cui vi è l'esercizio della libertà di circolazione, a meno che una eventuale restrizione non sia giustificata.

Si deve inoltre rilevare come la CGUE abbia applicato il principio del mutuo riconoscimento con particolare riferimento alla circolazione dei beni e dei servizi e in maniera meno rilevante con riferimento alla libertà di stabilimento. Infatti, l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento è stata molto utile nelle area del riconoscimento degli standard minimi dei prodotti e dei requisiti minimi per l'esercizio delle professioni in ambito comunitario<sup>104</sup>.

In altre importanti sentenze in materia di libertà di stabilimento (quali *Segers*<sup>105</sup>, *Futura Participation*<sup>106</sup>, *Centros*<sup>107</sup>, *Uberseering*<sup>108</sup> e *Inspire Art*<sup>109</sup>), viene precisano, tra gli altri, i limiti entro i quali lo Stato membro di destinazione dovrebbe riconoscere le disposizioni del diritto societario applicate dallo Stato membro di origine. Nella sentenza *Segers* la CGUE ha stabilito che le libertà fondamentali vanno interpretate nel senso che esse ostano a che le competenti autorità di uno Stato membro neghino all'amministratore di una società di fruire di un regime nazionale di assicurazione sulla salute per il solo fatto che la società è stata costituita secondo le leggi di un altro stato membro nel quale essa ha del pari la sede sociale, anche se non vi svolge attività commerciale. Pertanto secondo i giudici comunitari la legge applicabile agli amministratori di una società costituita secondo il diritto olandese deve essere applicata anche nell'ipotesi di società costituita secondo la legislazione di un altro Stato membro.

La sentenza *Futura Participation* aveva per oggetto la deducibilità delle perdite realizzate da una succursale a condizione che le perdite siano collegate a redditi realizzati in loco e che la contabilità sia correttamente ritenuta e conservata sul territorio nazionale. Tuttavia, la CGUE statuisce che lo Stato membro interessato può esigere che il contribuente dimostri che in modo chiaro e preciso che l'importo delle perdite che asserisce di aver subito corrisponde, secondo le norme nazionali di calcolo dei redditi e delle perdite vigenti durante l'esercizio considerato, all'importo delle perdite da esso effettivamente subite in tale Stato (cioè quello di destinazione).

*Centros*. In tale occasione i giudici comunitari hanno affermato che alcune

---

<sup>104</sup> Gli ostacoli derivanti da disparità sono, secondo la CGUE, vietati se la specifica restrizione non può essere giustificata in base alla "rule of reason" (c.d. test di ragionevolezza). Sulla base di tale linea ermeneutica, sembra che la CGUE ritenesse che non tutte le disparità fossero escluse dall'ambito del TFUE e che, conseguentemente, dovessero essere risolte in base a una regolamentazione a livello comunitario. Sulla base di un ragionamento a contrario appare evidente che la CGUE ritenesse che le disparità fossero inaccettabili solo qualora le specifiche disposizioni non fossero necessarie a soddisfare esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori.

<sup>105</sup> CGUE, sentenza del 10.7.1986, C-79/85.

<sup>106</sup> CGUE, sentenza del 15.5.1997, C-250/95.

<sup>107</sup> CGUE, sentenza del 9.3.1999, C-212/97.

<sup>108</sup> CGUE, sentenza del 5.11.2002, C-208/00.

<sup>109</sup> CGUE, sentenza del 30.1.2003, C-167/01.

misure sono in contrasto con la libertà di stabilimento, anche se la costituzione di una sede secondaria era stata programmata con l'intenzione di eludere l'applicazione della disposizione relativa al versamento di un capitale sociale minimo.

Dalla sentenza *Uberseering* emerge che gli Stati membri nella loro qualità di Stato di destinazione non solo devono astenersi dall'applicare misure restrittive ma sono inoltre obbligate a riconoscere la capacità giuridica di società costituite in base alla legge di un altro Stato membro. In maniera concorde con quanto statuito nella sentenza *Centros*, i giudici comunitari hanno statuito nella sentenza *Inspire Art* che, tranne che nelle ipotesi di abuso, il fatto che *Inspire Art* fosse stata costituita in base alle leggi dell'Inghilterra e svolgesse integralmente la sua attività in Olanda non privava la predetta società del diritto di invocare la libertà di stabilimento garantita dal TFUE. L'applicazione obbligatoria da parte delle disposizioni dello Stato di destinazione alle società estere svolgenti la propria attività economica esclusivamente nello Stato di destinazione non può avere l'effetto di impedire alle società estere l'esercizio della libertà di stabilimento garantita dal TFUE. Pertanto, lo Stato di destinazione è tenuto a riconoscere la società costituitasi secondo le regole dello Stato di origine. Ovviamente, in linea con i precedenti giurisprudenziali, la CGUE esclude l'applicazione di tale principio nelle ipotesi di abuso.

La giurisprudenza in materia di mutuo riconoscimento ha stimolato in maniera decisa il processo di armonizzazione (spontanea) delle legislazioni nazionali degli Stati membri. In assenza di un principio cogente risulta che le disparità devono essere rimosse (a meno che non suscettibili di giustificazione) attraverso la armonizzazione delle diverse legislazioni ovvero attraverso misure unilaterali nazionali. Tuttavia i giudici comunitari hanno affermato che lo Stato di destinazione, in base al principio del mutuo riconoscimento, deve rispettare le regole previste nello Stato di origine anche in assenza di una legislazione comune. Dall'analisi giurisprudenziale emerge quindi una sostanziale prevalenza del "principio di origine" dal quale scaturisce conseguentemente una competizione tra i diversi ordinamenti giuridici<sup>110</sup>. Tale competizione incoraggia lo spontaneo processo di armonizzazione delle disposizioni nazionali degli Stati membri.

### 3.3.3. Analisi critica e conclusioni

A partire dal 1974 con le sentenze *Dassonville* e *Cassis de Dijon* relative alla libera circolazione dei beni, la CGUE ha applicato in maniera estensiva il principio secondo il quale uno Stato membro deve prendere in considerazione e

---

<sup>110</sup> N. Reich, "Competition between legal orders: a new paradigm of EC Law?", CML Rev. 1992, pag. 861.

riconoscere le disposizioni normative applicate da un altro Stato membro. Inoltre, la CGUE si è espressa con riferimento alla libertà di stabilimento in diverse sentenze tra le quali si ricordano *Futura*, *Centros*, *Uberseering* e *Inspire Art*. Come si evince da tali sentenze, attraverso il riconoscimento da parte di uno Stato membro delle disposizioni applicate da parte di un altro Stato membro, le libertà fondamentali contenute nel TFUE sono garantite attraverso la rimozione delle differenze tra i diversi sistemi giuridici.

Il riconoscimento da parte di uno Stato membro delle disposizioni applicate da parte di un altro Stato membro rappresenta lo strumento giuridico per assicurare la libertà di movimento nel mercato interno più efficiente rispetto allo strumento giuridico della regolamentazione dei sistemi giuridici dei vari Stati membri (*i.e.* processo di armonizzazione ovvero di unificazione delle legislazioni nazionali).

Sebbene sia particolarmente sviluppato nell'ambito della libera circolazione delle merci e dei servizi e in misura inferiore nell'ambito della libertà di stabilimento, si ritiene che - sulla base di un generale riconoscimento fatto proprio dalla giurisprudenza della CGUE nonché dalla politica di integrazione della Commissione europea e del Consiglio - il principio del mutuo riconoscimento sia generalmente applicabile con riferimento a tutte le libertà garantite dal TFUE.

Al fine di un effettivo funzionamento del principio del mutuo riconoscimento gli Stati membri potrebbero incontrare delle difficoltà derivanti dalla mancanza totale o parziale di informazioni relativamente alle disposizioni applicate nell'altro Stato membro. Pertanto, un effettivo scambio di informazioni tra gli Stati membri dovrebbe costituire un requisito imprescindibile per l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento. Con riferimento a tale ipotesi, nella sentenza *Cassis de Dijon* la CGUE ha espressamente affermato, sebbene nell'ambito dell'applicazione della libera circolazione dei beni, che gli ostacoli derivanti da disparità tra le legislazioni nazionali devono essere accettate nella misura in cui tali previsioni possano essere giustificate sulla base della *rule of reason*.

Sulla base di tali argomenti si potrebbe affermare che nell'ambito della definizione di "disparità" debba essere fatta una distinzione considerato che, da quanto emerge dalla giurisprudenza comunitaria, non tutte le disparità sono al di fuori dell'ambito di applicazione delle libertà fondamentali garantite dal TFUE.

Sulla base delle argomentazioni sviluppate dalla CGUE si può affermare che secondo i giudici comunitari si debba distinguere, da una parte, tra le restrizioni e la discriminazione e, dall'altra, tra le disparità. La discriminazione e le restrizioni sono causate dall'applicazione della legislazione di un solo Stato membro mentre le disparità derivano dalla simultanea applicazione dei sistemi giuridici di due o più Stati membri.

Una volta stabilito che l'ostacolo derivante dalla classificazione dei soggetti giuridici è il risultato di una disparità, risulta chiaro che tale ostacolo non



rientra nell'ambito di applicazione delle libertà fondamentali garantite dal TFUE e che pertanto è necessario un intervento legislativo a livello comunitario ovvero una autonoma azione da parte del singolo Stato membro. Infatti, le disparità tra le legislazioni nazionali degli Stati membri risultano dall'esercizio in parallelo della propria sovranità. L'esercizio della sovranità da parte dei singoli Stati membri non rientra nel campo di applicazione del TFUE. Di conseguenza, lo scopo del principio del mutuo riconoscimento è limitato allo scopo delle libertà fondamentali di cui al TFUE.

Gli ostacoli nei confronti dei soggetti partecipanti al mercato unico derivanti da disparità non rientrano nel campo di applicazione del principio del mutuo riconoscimento e devono essere risolti attraverso un processo di armonizzazione ovvero di unificazione delle legislazioni nazionali. Gli effetti negativi derivanti dalla mancanza di armonizzazione tra le legislazioni degli Stati membri può essere risolta solo da parte del legislatore comunitario attraverso il processo di armonizzazione e di coordinamento ovvero unilateralmente da parte dei singoli Stati membri mediante adattamento delle proprie legislazioni nazionali. Come è stato evidenziato in precedenza, dall'analisi della giurisprudenza comunitaria relativa a tali aspetti emerge che il confine tra gli ostacoli derivanti in via unilaterale da parte di un singolo Stato membro e gli ostacoli derivanti dalla contemporanea applicazione dei sistemi giuridici di due o più Stati membri risulta, tuttavia, non sempre facilmente individuabile.

#### 3.4. L'applicazione del principio del reciproco riconoscimento nell'ambito dei metodi di classificazione tributaria dei soggetti giuridici

I metodi di classificazione utilizzati dagli Stati membri per la classificazione dei soggetti giuridici costituiti in base alla legge di un altro Stato membro non tengono di solito in considerazione la classificazione ai fini fiscali operata da parte dello Stato di origine (quello cioè in cui il soggetto giuridico è stato costituito). Conseguentemente, lo Stato di arrivo può classificare un soggetto giuridico costituito in base alla legge di un altro Stato membro in maniera differente da quest'ultimo. I conflitti di classificazione derivanti dall'autonoma applicazione di appropriati metodi di classificazione si verificano nel momento in cui un soggetto giuridico costituito in base alla legge di uno Stato membro deve essere classificato ai fini fiscali da parte di un altro Stato membro. Ciò comporta che laddove un soggetto giuridico costituito in base alla legge di uno Stato membro debba essere classificato ai fini fiscali da parte di un altro Stato membro si potrebbero verificare conflitti di classificazione dovuti all'applicazione di autonomi metodi di classificazione e i partecipanti al mercato interno potrebbero scontare gli effetti negativi derivanti da operazioni transazionali.

Lo scopo di questo paragrafo è quello di verificare fino a che punto la

CGUE può interpretare le libertà fondamentali garantite dal TFUE al fine di eliminare gli ostacoli all'interno del mercato unico quali la doppia imposizione ovvero l'assenza di tassazione alcuna causati dai conflitti di classificazione. Pertanto, il presente paragrafo è finalizzato ad analizzare se, e fino a che punto, gli Stati membri sono autonomi nell'ambito del diritto comunitario nel classificare i soggetti giuridici in base alla legge di un altro Stato membro. In sostanza il dubbio è il seguente: possono le libertà fondamentali garantite dal TFUE essere richiamate al fine di prevenire la doppia imposizione risultante dall'applicazione di autonomi criteri di classificazione da parte di uno Stato membro nei confronti di un soggetto giuridico costituito in base alla legge di un altro Stato membro?

Pertanto è necessario capire se, e fino a che punto, il TFUE prevede l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento nel mercato interno dei soggetti giuridici ai fini tributari e se l'interazione di due o più ordinamenti giuridici degli Stati membri in materia di classificazione dei soggetti esteri può dare origine ad una disparità (piuttosto che ad una restrizione).

Tale analisi pertanto necessita preliminarmente di un esame della giurisprudenza relativa alle disparità in ambito tributario.

#### 3.4.1. La giurisprudenza comunitaria relativa ai casi di disparità in ambito tributario

Se si esaminano le sentenze emesse dalla CGUE fino ad oggi, risulta che *Futura Participations*<sup>111</sup> rappresenta l'unico esempio nel quale una previsione di carattere fiscale, applicata senza alcuna distinzione, è stata considerata una restrizione della libertà di stabilimento. Dall'analisi di tale sentenza emerge come il principio di mutuo riconoscimento è stato applicato da parte dei giudici comunitari. In tale sentenza, richiamando la sentenza *Gebhard*<sup>112</sup>, la CGUE ha statuito che la normativa di uno Stato membro che subordina il riporto delle perdite subite da un contribuente non residente alla tenuta e alla conservazione nel detto Stato membro di una contabilità conforme alle norme nazionali costituisce una violazione della libertà di stabilimento. Ciò significa che per beneficiare del riporto delle perdite fiscali era necessario istituire due tipologie di contabilità ai fini fiscali (una nello Stato membro in cui la società era stata costituita e una seconda nello Stato membro nella quale era stata istituita una stabile organizzazione).

La restrizione era dovuta al fatto che si trattava di una disposizione senza distinzione ed era causata dalle differenze esistenti nelle legislazioni di due Stati membri (c.d. disparità). Applicando il principio del mutuo riconoscimento deriva che lo Stato membro di destinazione (quindi lo Stato in cui era stata istituita la

---

<sup>111</sup> CGUE, sentenza del 15.5.1997, C-250/95, *Futura Participations*.

<sup>112</sup> CGUE, sentenza del 30.11.1995, C-55/94, *Gebhard*.

stabile organizzazione) deve riconoscere le regole di rendicontazione fiscale previste nello Stato membro di origine (quindi lo Stato in cui è situata la casa madre ovvero *head office*) a meno che non sussista una giustificazione basta su motivi di interesse generale. È importante rilevare come nella sentenza *Futura* non veniva messa in discussione l'applicazione di una norma di diritto tributario sostanziale bensì una disposizione in materia di rendicontazione fiscale. Da ciò la dottrina segnala una certa difficoltà nel delineare delle conclusioni applicabile nel caso di una norma tributaria sostanziale.

D'altra parte esiste giurisprudenza in materia di disposizioni fiscali di carattere sostanziale in cui le disparità nell'ordinamento tributario non sono state considerate quali restrizioni<sup>113</sup>. Nella sentenza *Peralta*<sup>114</sup> la CGUE ha ravvisato l'assenza di restrizione statuendo che *“ma le difficoltà che possono derivarne per queste imprese non pregiudicano la libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 52 del Trattato. Infatti, queste difficoltà non hanno in via di principio una natura diversa da quelle che possono avere la loro origine nelle disparità tra le legislazioni nazionali, relative ad esempio al costo del lavoro, agli oneri sociali o al regime fiscale”*. In dottrina<sup>115</sup> è stato affermato che con tale precisazione i giudici comunitari sembrano affermare che non vi è alcuna restrizione nel momento in cui un contribuente beneficia della libertà di stabilimento e come conseguenza è assoggettato a uno svantaggioso sistema fiscale. In sostanza, il fatto che lo Stato membro A, a differenza dello Stato membro B, non preveda l'applicazione di una imposta sul patrimonio, non comporta che l'imposizione sul patrimonio prevista dallo Stato B sia una restrizione.

Altra dottrina<sup>116</sup>, aderendo a tale conclusione, rileva una certa linea interpretativa comune con la sentenza *Wiege*<sup>117</sup>, sebbene questa sia nell'ambito dell'IVA. In tale ultima sentenza, la CGUE afferma che *“tuttavia, il Trattato non garantisce al lavoratore che il trasferimento delle sue attività in uno Stato membro diverso da quello in cui risiedeva precedentemente sia neutrale sotto il profilo fiscale. Tenuto conto delle differenze tra le legislazioni degli Stati membri in materia, un simile trasferimento può, secondo i casi, essere più o meno favorevole o sfavorevole per i lavoratori sul piano delle imposte indirette. Ne risulta che, in linea di principio, un eventuale svantaggio rispetto alla situazione in cui il lavoratore esercitava le sue attività prima del trasferimento non è contrario alle disposizioni dell'art. 39 CE, se tale regime non crea condizioni di svantaggio per detto lavoratore rispetto a quelli che già in precedenza erano assoggettati ad*

<sup>113</sup> L'Avvocato generale Mischo ha affrontato le problematiche relative agli svantaggi derivanti da disparità dovute all'applicazione di disposizioni di carattere tributario senza distinzioni nelle Conclusioni relative alla sentenza dell'11.5.1999, C-255/97, *Pfeiffer*.

<sup>114</sup> CGUE, sentenza del 14.7.1999, C-379/92, *Peralta*, par. 34.

<sup>115</sup> A. Cordewener, *“The prohibitions of discriminations and restriction within the frame work of the fully integrated internal market”*, in F. Vanistendael (ed.), *Eu freedoms and taxation*, IBFD, 2006, pag. 38.

<sup>116</sup> D. Weber, op. cit., pag. 16.

<sup>117</sup> CGUE, sentenza del 29.4.2004, C-387/01, par. 55.

esso”.

A distanza di qualche anno la CGUE ha applicato la medesima linea interpretativa nel caso *Schempp*<sup>118</sup> in materia di imposizione diretta. I fatti della causa erano i seguenti: Il sig. Schempp, cittadino tedesco residente in Germania, aveva versato, a seguito del suo divorzio, un assegno alimentare all'ex moglie residente in Austria. Nelle sue dichiarazioni dei redditi (relative agli esercizi 1994-1997), questi ha cercato di dedurre tale assegno alimentare. Tuttavia, l'Amministrazione finanziaria tedesca gli ha rifiutato detta deduzione, in quanto egli non aveva ricevuto un attestato del fisco austriaco che provasse che l'ex moglie era stata soggetta ad imposta in Austria per il detto assegno alimentare. Nella specie, il sig. Schempp non aveva potuto produrre tale attestazione, poiché il diritto tributario austriaco esclude per principio l'imposizione sugli assegni alimentari, nonché del resto la deduzione dei versamenti effettuati a tale titolo.

Il sig. Schempp faceva notare come la legislazione tedesca fosse incompatibile con gli artt. 12 e 18 del Trattato CE in quanto questi avrebbe potuto dedurre l'intero assegno alimentare versato alla sua ex moglie se questa fosse stata residente in Germania. L'ex moglie, dal canto suo, non avrebbe in tal caso pagato alcuna imposta sul detto assegno, in quanto il suo reddito è inferiore al minimo imponibile in Germania.

La CGUE ha respinto il ricorso basato sulla violazione dell'art. 12 del Trattato CE statuendo che *“da giurisprudenza costante risulta che l'art. 12 CE non riguarda le eventuali disparità di trattamento che possono derivare, per le persone e per le imprese soggette al diritto comunitario, dalle divergenze esistenti tra le legislazioni dei vari Stati membri, dal momento che ciascuna di dette legislazioni si applica a chiunque sia ad essa soggetto, secondo criteri oggettivi e indipendentemente dalla nazionalità”*<sup>119</sup>.

I giudici comunitari hanno inoltre respinto la contestazione relativa alla violazione del diritto di circolazione e soggiorno all'interno dell'Unione (previsto dall'art. 18 del Trattato CE), affermando che *“Tuttavia, la Corte ha già dichiarato che il Trattato non garantisce al cittadino dell'Unione che il trasferimento delle sue attività in uno Stato membro diverso da quello in cui risiedeva precedentemente sia neutro sotto il profilo fiscale. Tenuto conto delle differenze tra le legislazioni degli Stati membri in materia, un simile trasferimento può, secondo i casi, essere più o meno favorevole o sfavorevole per i lavoratori sul piano delle imposte indirette”*<sup>120</sup>.

Dalla giurisprudenza sopra richiamata emerge una chiara linea interpretativa: lo svantaggio subito da un contribuente che, nell'esercizio della libertà di circolazione, entra in contatto con una meno favorevole legislazione fiscale non può essere considerata una restrizione ma piuttosto una disparità (e come tale non perseguibile).

---

<sup>118</sup> CGUE, sentenza del 12.7.2005, C-403/03, *Schempp*.

<sup>119</sup> CGUE, sentenza del 12.7.2005, C-403/03, *Schempp*, par. 34.

<sup>120</sup> CGUE, sentenza del 12.7.2005, C-403/03, *Schempp*, par. 45.

Con riguardo alla sentenza *Peralta*, in dottrina<sup>121</sup> è stato osservato che fino a quando non c'è interazione tra gli ordinamenti fiscali nazionali dei vari Stati membri, la CGUE non considera una disparità quale restrizione. Le sentenze *Wiegel* e *Schempp* confermano questa tesi, sebbene in tale ultimo caso la legislazione tedesca (il diritto di dedurre gli assegni alimentari) era connessa alla legislazione di un altro Stato membro. In tale ipotesi si era quindi verificato un certo grado di interazione tra due ordinamenti.

Tuttavia, una reale interazione si verifica nelle situazioni in cui due o più Stati membri assoggettano ad imposizione il medesimo reddito; in altri termini laddove si verificano fenomeni di doppia imposizione.

Nella sentenza *Gilly*<sup>122</sup> si è verificata l'interazione di due ordinamenti fiscali. In tale sentenza la CGUE ha statuito per il trattamento sfavorevole, che di fatto risultava dalla differenza tra le aliquote fiscali applicate in due Stati membri, non costituiva una restrizione contraria alle libertà fondamentali ma piuttosto una disparità. Una delle questioni poste all'attenzione della Corte era se il metodo dell'esenzione come previsto all'interno della Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra Francia e Germania costituisse una violazione del diritto alla libera circolazione dei lavoratori considerato che la Francia concedeva un credito d'imposta ordinario per le imposte assolute all'estero.

La CGUE ha stabilito *in primis* che *“lo scopo di una convenzione come quella di cui trattasi consiste soltanto nell'evitare che gli stessi redditi siano soggetti ad imposta in ciascuno dei due Stati, non già nel garantire che l'imposizione alla quale è soggetto il contribuente in uno Stato non sia superiore a quella alla quale egli sarebbe soggetto nell'altro”*<sup>123</sup>. Inoltre, *“le conseguenze sfavorevoli che potrebbe comportare, nella specie, il sistema del credito d'imposta istituito dalla convenzione bilaterale, quale esso è attuato nell'ambito del sistema tributario dello Stato di residenza, discendono soprattutto dalle disparità tra le aliquote d'imposizione degli Stati membri di cui trattasi, la cui fissazione, in mancanza di normativa comunitaria in materia, compete agli Stati membri”*. Infine, i giudici comunitari affermano che *“lo Stato di residenza, se fosse tenuto ad imputare, a titolo di credito d'imposta, un importo superiore a quello della parte dell'imposta nazionale corrispondente ai redditi di provenienza straniera, dovrebbe ridurre in misura corrispondente la sua imposta relativa agli altri redditi, il che determinerebbe una perdita di introiti fiscali per tale Stato e potrebbe quindi ledere la sua sovranità in materia di imposte dirette”*.

La CGUE fornisce quindi due ragioni per negare la tesi del contribuente che ravvisava una restrizione all'interno della Convenzione Francia-Germania basata sulla concessione del credito d'imposta ordinario. Infatti, in primo luogo, si

---

<sup>121</sup> A. Cordewener, *“The prohibitions of discriminations and restriction within the frame work of the fully integrated internal market”*, in F. Vanistendael (ed.), *EU Freedoms and taxation*, IBFD, 2006, pag. 38.

<sup>122</sup> CGUE, sentenza del 12.5.1998, C-336/96, *Gilly*.

<sup>123</sup> Vedi par. 46.

tratta di un tipico caso di disparità (la scelta di recarsi presso un altro Stato membro dove il contribuente è sottoposto a una maggiore imposizione) e, in secondo luogo, qualora fosse considerata una restrizione si verificherebbe una violazione del principio di sovranità fiscale degli Stati membri. Infatti, se al contribuente fossero state rimborsate le maggiori imposte pagate in Germania si sarebbe verificata una violazione del principio di sovranità fiscale della Francia. Inoltre, vi sarebbe stata una compressione del diritto di territorialità in quanto la Francia, a causa del rimborso della maggiore imposte pagate in Germania, avrebbe rinunciato a tassare redditi di fonte francese. Ciò avrebbe comportato la perdita di autonomia dello Stato nella scelta dei criteri di determinazione dei redditi di fonte francese.

Si può quindi affermare che laddove si verifica uno svantaggio (una disparità) derivante dall'interazione di due sistemi fiscali, la CGUE non sembra ritenere ravvisare alcuna restrizione. Come rilevato in dottrina, qualora i giudici comunitari avessero ravvisato una restrizione la conseguenza sarebbe stata evidentemente la perdita (ovvero la limitazione) della potestà impositiva degli Stati membri.

Dall'analisi giurisprudenziale svolta in questo paragrafo si può affermare che con riferimento alle disposizioni di carattere procedurale (quali ad esempio le norme di rendicontazione fiscale) la CGUE tende ad accettare la presenza di disparità e ad applicare il principio del mutuo riconoscimento in ambito tributario (come avvenuto nella sentenza *Futura*). Da ciò consegue che, per esempio, gli svantaggi derivanti dal fatto che gli Stati membri hanno introdotto diversi obblighi di rendicontazione in materia di *transfer pricing* nell'ambito dei gruppi costituisce una restrizione all'esercizio del diritto di stabilimento; tale restrizione dovrebbe essere però giustificata da ragioni imperative di interesse generale<sup>124</sup>.

La CGUE sembra assumere una posizione più moderata nell'ipotesi di disposizioni fiscali di carattere sostanziale. Uno svantaggio che origina dal maggior carico fiscale a cui è sottoposto un contribuente in un altro Stato membro è considerato come una disparità.

#### 3.4.2. L'applicazione del principio del mutuo nel settore delle imposte sui redditi

Si deve rilevare come autorevole dottrina<sup>125</sup> abbia criticato la posizione dell'Avvocato generale Geelhoed<sup>126</sup> secondo cui gli svantaggi derivanti da

---

<sup>124</sup> Sul punto si rinvia al recente pronunciamento della CGUE, sentenza del 21.1.2010, C-311/08, *SGI*.

<sup>125</sup> F. Vanistendael, "The ECJ at the crossroads: balancing tax sovereignty against the imperatives of the single market", in *European Taxation*, 2006/9, pag. 418.

<sup>126</sup> Si tratta delle conclusioni presentata il 23.2.2006, C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*.

disparità non rientrano nell'ambito di applicazione del TFUE e quindi non possono essere considerate quali restrizioni. Tale dottrina ritiene che quando l'internazionalizzazione tra diversi sistemi fiscali produce una doppia imposizione, la giurisprudenza di cui ai casi *Peralta-Weigel-Schempp* non è applicabile e quindi si verifica una restrizione. In particolare, seguendo la citata posizione in dottrina si giunge a concludere che la doppia imposizione è contraria al principio della neutralità e che tale neutralità è essenziale per l'esercizio delle libertà fondamentali all'interno del mercato interno. Secondo tale dottrina, inoltre, la giurisprudenza in materia non tributaria relativamente al principio del mutuo riconoscimento deve essere applicata anche nell'ambito delle imposte sui redditi.

Secondo altra dottrina<sup>127</sup> la CGUE dovrebbe essere molto cauta nell'applicare il principio del mutuo riconoscimento. Infatti sebbene tale principio costituisca un principio dell'ordinamento comunitario esso non costituisce di per sé una regola indipendente e quindi vincolante. Si tratta di una previsione la cui applicazione è subordinata al settore del diritto coinvolto. Nel determinare se il principio del mutuo riconoscimento può essere applicato in un determinato settore del diritto, è necessario prendere in considerazione gli elementi caratterizzanti tale settore (oggetto, ambito di applicazione e effettività nei diversi Stati membri) e verificare il livello di armonizzazione degli ordinamenti nazionali. Solo quando le disposizioni dello Stato di origine possono essere riconosciute e possono quindi essere adottate nello Stato di destinazione allora il principio del mutuo riconoscimento risulta applicabile. Inoltre, il principio del mutuo riconoscimento comporta la perdita (o riduzione) della sovranità per lo Stato di destinazione (considerato che tale Stato è obbligato a riconoscere le regole dello Stato di origine). È pertanto necessario bilanciare l'applicazione senza alcuna limitazione della libertà di movimento rispetto alla perdita di sovranità da parte degli Stati membri. Laddove l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento non comporti una effettiva perdita di sovranità da parte di uno Stato membro è evidente che lo stesso può trovare facile applicazione. Per esempio, una eventuale limitazione all'utilizzo di una patente stradale acquisita in uno Stato membro provocherebbe una restrizione alla libertà di circolazione delle persone che non potrebbe essere giustificata in base alla perdita di sovranità da parte dello Stato di destinazione.

Il punto sopra evidenziato può essere meglio espresso attraverso l'analisi di un caso relativo all'imposta sul valore aggiunto. Infatti, la sentenza *Gaston Schul*<sup>128</sup> si occupa dell'applicazione del principio del mutuo riconoscimento. Come noto l'IVA si applica sull'acquisto di beni nello Stato di origine e successivamente anche nello Stato di destinazione nell'ipotesi di una operazione di importazione. Nel caso sottoposto al vaglio dei giudici comunitari ci si chiedeva se l'applicazione dell'IVA in due diversi Stati (nello Stato di origine e in quello di

---

<sup>127</sup> D. Weber, op. cit., pag. 19.

<sup>128</sup> CGUE, sentenza del 15.5.1982, C-15/81, *Gaston Schul*.

destinazione) rappresentasse un trattamento discriminatorio ai sensi dell'art. 90 del Trattato CE (il quale proibiva l'applicazione di misure fiscali discriminatorie con riferimento alla libera circolazione dei beni). La CGUE ha statuito anzitutto che con riguardo alla disapplicazione di norme discriminatorie che gli Stati membri sono liberi di applicare l'IVA al momento dell'importazione dei beni così come su beni nazionali similari. I giudici comunitari hanno quindi statuito che *“tuttavia, siffatta compensazione si giustifica solo qualora le merci importate non siano già gravate dall'IVA nello Stato membro, esportatore, dato che, in caso contrario, l'imposizione all'importazione si rivelerebbe, in realtà, un onere supplementare gravante sulle merci importate in misura maggiore che sulle merci nazionali analoghe”*<sup>129</sup>. Secondo quanto espresso nella sopra menzionata sentenza, lo Stato membro in cui è effettuata l'importazione di un bene deve tenere in considerazione l'IVA applicata dallo Stato di esportazione attraverso una riduzione dell'imposta applicata nello Stato di destinazione del bene medesimo.

Da quanto sopra espresso nella sentenza *Gaston Schul* più che applicazione del principio del mutuo riconoscimento si deve piuttosto parlare di principio di reciproca “accettazione”. Implicitamente, la CGUE ha riconosciuto il diritto di ciascun Stato membro di applicare le proprie imposte. Non è quindi vera l'affermazione secondo cui lo Stato membro di importazione non può applicare alcuna imposta dal momento che lo Stato membro di esportazione ha già applicato le proprie imposte: ciò rappresenterebbe l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento.

La CGUE ha semplicemente rilevato come la doppia imposizione che si verifica nel caso di specie in realtà costituisce una restrizione alla libera circolazione dei beni. Lo Stato membro di importazione deve semplicemente tenere in considerazione la tassazione verificatasi nello Stato membro di esportazione (attraverso la concessione di un credito). In base al principio di reciproca “accettazione”, uno Stato membro può applicare la propria disciplina fiscale e può quindi prevedere una imposizione aggiuntiva. Ciò ha rappresentato l'elemento centrale nella sentenza *Gaston Schull*: gli Stati membri hanno affermato che la mancata considerazione dell'IVA pagata nello Stato di esportazione era motivata dalla necessità di prevenire movimenti fraudolenti di beni e distorsioni della concorrenza. La CGUE ha ritenuto che tale linea argomentativa *“non è pertinente, in quanto la riscossione dell'IVA residua elimina l'incentivo agli sviamenti di traffico”*<sup>130</sup>. Si può quindi affermare che nella sentenza *Gaston Schul* i giudici comunitari hanno creato un sistema che elimina la doppia imposizione e consente di applicare un'imposizione aggiuntiva con finalità anti

---

<sup>129</sup> CGUE, sentenza del 15.5.1982, C-15/81, *Gaston Schul*, par. 31. Questa dottrina si evince anzitutto dalla lettera dell'art. 95 del Trattato, il quale vieta di colpire, non solo direttamente, ma anche indirettamente, le merci degli altri Stati membri con tributi interni superiori a quelli che colpiscono le merci nazionali analoghe.

<sup>130</sup> CGUE, sentenza del 15.5.1982, C-15/81, *Gaston Schul*.



abuso.

Se si prova ad applicare in via analogica i principi stabiliti nella sentenza *Gaston Schul* alla materia delle imposte sui redditi ne discende che uno Stato membro è obbligato ad applicare il metodo del credito d'imposta per eliminare la doppia imposizione. Da tale sentenza si può inoltre inferire che la CGUE non richiede allo Stato membro di destinazione di non applicare alcun tipo di imposizione (quindi riconoscendo l'imposizione effettuata nello Stato di origine). I giudici comunitari hanno semplicemente richiesto che le imposte applicate nello Stato di origine dei beni vengano accreditato nello Stato di destinazione dei beni medesimi.

Sebbene possa risultare interessante applicare i principi della sentenza *Gaston Schull* al settore delle imposte sui redditi, è importante evidenziare che in tale decisione è stato abbastanza semplice per la CGUE applicare il principio del mutuo riconoscimento. Lo scopo e gli obiettivi, così come le assunzioni di base, i profili generali e la sostanza dell'IVA (quale l'evento tassabile, la soggettività passiva e la base imponibile) sono stati armonizzati<sup>131</sup>. Nel campo dell'imposte sui redditi le assunzioni di base, i profili generali e la sostanza delle imposte differiscono su diversi punti fondamentali. Nella sentenza *Scharbatke*<sup>132</sup>, la CGUE recependo le conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro ha limitato la portata applicativa dei principi stabiliti nella citata sentenza *Gaston Schul* al solo settore dell'IVA e ha escluso la loro applicazione ad altre imposte, quale le imposte sui redditi, in quanto rientranti nel campo di applicazione di normative nazionali autonome.

Secondo autorevole dottrina, inoltre, la CGUE può applicare il principio del mutuo riconoscimento senza dover prendere alcuna decisione a livello politico. In altri termini, i giudici comunitari possono prendere le proprie decisioni *"on the nature and internal logic and the cohesion of the tax system to eliminate double taxation, whereby one system must leave the priority to tax to another"*. Scelte che devono essere effettuate sulla base di una "buona pratica

---

<sup>131</sup> L'Avvocato generale Tesauro nelle proprie conclusioni alla causa C-72/92 (al par. 4) ha affermato che *"I principi enucleati dalla Corte nella sentenza Schul si riferiscono invero ad un tributo, l'IVA, che presenta caratteristiche del tutto peculiari, trattandosi di un'imposta retta da un insieme organico di disposizioni d'armonizzazione che ne disciplinano i presupposti, la base imponibile e la riscossione"*. L'obbligo sancito dalla Corte nella citata sentenza, secondo cui le autorità dello Stato di importazione devono, a certe condizioni, computare in detrazione l'IVA già corrisposta nello Stato di esportazione, non appare dunque trasponibile ad altre, e ben diverse, ipotesi.

<sup>132</sup> CGUE, sentenza del 27.10.1993, C-72/92, par. 15, ha infatti statuito che *"sebbene nell'ambito del sistema dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) e nell'ambito del regime armonizzato vigente in questo settore, occorra, come risulta dalla sentenza 5 maggio 1982, causa 15/81, Schul, prendere in considerazione l'IVA assolta nello Stato membro di esportazione, questa soluzione non può essere trasposta al caso di tasse, come quelle di cui trattasi nella causa principale, disciplinate da normative nazionali autonome"*.

internazionale<sup>133</sup>.

Tale posizione risulta criticata in dottrina<sup>134</sup>. Infatti seguendo la teoria di Vanistendael, la CGUE dovrebbe allora prendere delle decisioni a livello di politica fiscale. Il principio del mutuo riconoscimento applicato al settore delle imposte sui redditi comporta che uno dei due Stati membri dovrà, totalmente o parzialmente, rinunciare alla propria potestà impositiva allo scopo di rimuovere gli svantaggi risultanti da disparità, vale a dire la doppia imposizione. Ciò comporta che la CGUE dovrà decidere quale Stato membro ha il diritto di tassare un determinato componente di reddito (lo Stato della residenza ovvero quello della fonte?). In aggiunta, la tassazione in uno Stato membro dovrà tenere in considerazione la legislazione fiscale dell'altro Stato membro. Considerato che, fino ad oggi, gli Stati membri sono liberi nel decidere i criteri di individuazione dei presupposti impositivi, risulta evidente che la concessione di un eccessivo potere alla Corte di Giustizia eliminerebbe (o perlomeno ridurrebbe considerevolmente) la potestà impositiva degli Stati membri.

In sintesi, alla luce di tutto quanto sopra espresso, il diritto comunitario accetta il fatto che il potere di determinare i presupposti di imposizione appartengano esclusivamente agli Stati membri. Da ciò consegue che gli Stati membri possono decidere chi assoggettare ad imposta, quale tipo di reddito è tassabile e a quale aliquota tale reddito sarà assoggettato. Le disparità (quali svantaggi per un contribuente) derivano dal fatto che due o più sistemi fiscali si applicano contestualmente e indipendentemente l'uno dall'altro. Tuttavia, è pacifico che la limitazione della potestà impositiva di uno Stato membro rappresenta una scelta autonoma e la tassazione all'interno di uno Stato membro è legata alla tassazione effettuata all'interno di un altro Stato membro. Infatti, la potestà impositiva di uno Stato membro verrebbe minacciata se le disparità fossero considerate quali restrizioni alle libertà fondamentali garantite dal TFUE.

Con riguardo alla tematica oggetto di questa ricerca è stato rilevato come la doppia imposizione derivante da una differente classificazione di una *hybrid entity* rappresenta una restrizione alla libertà di stabilimento e che lo Stato membro dei soggetti partecipanti a tale soggetto giuridico devono riconoscere la classificazione fiscale operata dallo Stato di costituzione della *hybrid entity*<sup>135</sup>.

Si può al contrario ritenere che ciascun Stato membro goda della libertà di classificare qualsiasi contribuente in qualsiasi modo, sulla base delle proprie previsioni nazionali. Se questo non fosse possibile, la potestà impositiva sarebbe

---

<sup>133</sup> F. Vanistendael, "The ECJ at the crossroads:balancing tax sovereignty against the imperatives of the single market", *European Taxation*, 2006/9, par. 419.

<sup>134</sup> D. Weber, *op. cit.*, pag. 21.

<sup>135</sup> G. Fibbe, A. De Graaf, "Is double taxation arising from autonomous tax classification of foreign entities incompatible with EC law?", in H.P.A.M. van Arendonk, F.A. Engelen and J.J.M. Jansen (eds.), *A Tax Globalist: The Search for the Border of International Taxation: Essays in Honour of Maarten Ellis*, Amsterdam: IBFD 2005.

minacciata e per tali ragioni un qualsiasi contribuente verrebbe quindi a dipendere dalla legislazione di un altro Stato membro.

### 3.5. I conflitti di classificazione alla luce delle libertà fondamentali garantite dal TFUE

Il termine “conflitto di classificazione” si focalizza in primo luogo sulla classificazione dei soggetti giuridici nazionali ovvero esteri sulla base delle disposizioni tributarie di uno Stato membro. Per “classificazione ai fini tributari nazionali” deve intendersi quel processo volto a determinare se un soggetto giuridico nazionale ovvero estero (*i.e.* un soggetto costituito sulla base del diritto privato di un altro Stato) debba considerarsi una persona avente soggettività passiva ai fini tributari in base alla legislazione domestica di uno Stato membro ovvero se i suoi partecipanti siano soggetti ad imposta per i redditi realizzati dal predetto soggetto.

Un conflitto di classificazione ai fini tributari nazionali è costituito dalla divergenza di opinioni tra due o più Stati membri sulla soggettività passiva di un soggetto giuridico nazionale ovvero estero: in particolare se detto soggetto sia debba essere assoggettato ad imposta ovvero la soggettività passiva sui redditi dallo stesso realizzati sia da attribuirsi ai suoi partecipanti. Come già è stato rilevata la divergenza di classificazione tra gli Stati membri potrebbe dare origine a doppia imposizione ovvero a nessuna imposizione.

La doppia imposizione ovvero la mancanza di tassazione in tali circostanze è dovuta alle differenti regole di classificazioni presenti nelle singole legislazioni domestiche applicate autonomamente dagli Stati membri. La doppia imposizione ovvero la mancanza di tassazione derivano dalla circostanza che gli Stati membri assoggettano ad imposta due eventi differenti e inoltre, due differenti soggetti (ad esempio, lo Stato di destinazione tassa la società figlia sugli utili al momento della loro produzione nonché al momento della successiva distribuzione, laddove lo Stato di origine tassa esclusivamente la società madre al momento della produzione degli utili).

A questo punto resta da verificare se il conflitto di qualificazione derivante dalla autonoma classificazione dei vari Stati membri possa creare un ostacolo nel mercato interno. In altri termini resta da verificare se nell'ipotesi in cui un partecipante al mercato interno che subisce la doppia imposizione derivante da un conflitto di classificazione derivante dall'applicazione dei diversi criteri di applicazione degli Stati membri possa invocare l'applicazione delle disposizioni del TFUE e, in caso positivo, quale specifica disposizione.

In una prima approssimazione si può affermare che se un soggetto residente in un Stato membro possiede una partecipazione in un soggetto residente in un altro Stato membro che è classificato in maniera differente dallo Stato di origine (*i.e.*, lo Stato di residenza del soggetto partecipante) rispetto a

quello di destinazione (*i.e.*, lo Stato nel quale il soggetto giuridico è stabilito), la doppia imposizione derivante dal conflitto di classificazione costituirà in primo luogo un ostacolo alla costituzione della società figlia piuttosto che al possesso della partecipazione.

Gli ostacoli al possesso di una partecipazione in una società controllata rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 43, comma 1, primo periodo, del TFUE, il quale vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento di un cittadino di uno Stato membro all'interno del territorio di un altro Stato membro. In aggiunta, il divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento è sancito dall'art. 43, comma 1, secondo periodo, del TFUE laddove prevede che *“tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro”*. Inoltre, si deve evidenziare come la costituzione e il possesso di una partecipazione in una società rappresenti un “investimento diretto” rientrante nell'ambito di applicazione della libertà di capitali di cui all'art. 63 del TFUE.

Pertanto resta da stabilire se un ostacolo derivante dai conflitti di classificazione di una soggetto giuridico costituito in uno Stato membro rientri nell'ambito di applicazione della libertà di capitali ovvero in quella della libertà di stabilimento.

Nella sentenza *Fidium Finanz*<sup>136</sup> la CGUE ha affermato che *“risulta che, nelle circostanze della causa principale, l'aspetto della libera prestazione dei servizi prevale su quello della libera circolazione dei capitali. Infatti, avendo il regime controverso l'effetto di ostacolare l'accesso al mercato finanziario tedesco delle società aventi sede in Stati terzi, esso pregiudica in modo preponderante la libera prestazione di servizi. Poiché gli effetti restrittivi del detto regime sulla libera circolazione dei capitali sono soltanto una conseguenza ineluttabile della restrizione imposta nei riguardi delle prestazioni di servizi, non occorre esaminare la compatibilità di tale regime con gli artt. 56 CE e seguenti.*

*Alla luce di quanto precede, occorre risolvere la prima questione nel senso che un regime nazionale in forza del quale uno Stato membro assoggetta ad autorizzazione preliminare l'esercizio dell'attività di concessione di crediti a titolo professionale, sul suo territorio, da parte di una società con sede in uno Stato terzo, e in forza del quale una tale autorizzazione deve essere negata, in particolare, quando la detta società non ha la sua direzione generale o una succursale su tale territorio, pregiudica in modo preponderante la libera prestazione dei servizi ai sensi degli artt. 49 e seguenti. Una società con sede in uno Stato terzo non è legittimata a valersi di tali disposizioni”*.

Alla luce di quanto affermato nella citata sentenza risulta evidente che non esista una gerarchia tra la libertà di stabilimento e la libertà di capitali in situazioni relative al mercato interno. Secondo la CGUE è necessaria una verifica caso per caso, come emerge dall'utilizzo delle parole *“nelle circostanze della*

---

<sup>136</sup> CGUE, sentenza del 3.10.2006, C-452/04, *Fidium Finanz*, parr. 49-50.

*causa principale*".

Tuttavia, successivamente la CGUE pare aver cambiato opinione laddove ha affermato che se gli effetti restrittivi di una disposizione coinvolgono la libertà di capitali sono l'inevitabile conseguenza della restrizione alla libertà di stabilimento, allora non sarà necessario verificare se tali disposizioni siano compatibili con la libertà di capitali fino a quando la fattispecie in analisi coinvolga il mercato interno e non invece i Paesi terzi non appartenenti all'Unione Europea.

Nella sentenza *FII* la CGUE ha statuito che *"come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 33 delle sue conclusioni, il tipo di partecipazione di altre società parti della detta controversia non è stato avocato dinanzi alla Corte. Non si può dunque escludere che tale controversia verta altresì sull'impatto della normativa nazionale controversa nella causa principale sulla situazione di società residenti che abbiano percepito dividendi in base ad una partecipazione che non conferisce loro una sicura influenza sulle decisioni della società distributrice e che non consente loro di indirizzarne le attività. Pertanto tale normativa dev'essere altresì esaminata alla luce delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali"*<sup>137</sup>.

Tuttavia nella sentenza *Holbock*, la CGUE ha statuito che *"una normativa nazionale che assoggetti la riscossione di dividendi ad un'imposta la cui aliquota dipende dall'origine, nazionale o meno, di tali dividendi nonché dall'entità della partecipazione detenuta dall'azionista nella società distributrice, può rientrare nell'ambito di applicazione sia dell'art. 43 CE, relativo alla libertà di stabilimento, sia dell'articolo 56 CE, relativo alla libera circolazione dei capitali"*<sup>138</sup> (sottolineatura aggiunta).

Nel caso sottoposto al vaglio della CGUE, il signor Holbock residente in un Austria possedeva una partecipazione pari ai due terzi del capitale sociale in una società svizzera. Nel suo ricorso, il sig. Holböck sostiene che il pagamento transnazionale di dividendi effettuati da una società situata in Svizzera ad un soggetto austriaco rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 63 del TFUE, che vieta tutte le restrizioni ai movimenti di capitale anche tra gli Stati membri e i Paesi terzi. Il fatto che la legislazione nazionale assoggetti i dividendi distribuiti da società stabilite in Austria alle persone fisiche a un'aliquota pari alla metà dell'aliquota media, pur prevedendo per i dividendi esteri l'applicazione dell'aliquota piena, costituirebbe una disparità di trattamento per la quale non sarebbe rinvenibile alcuna giustificazione.

Poiché il soggetto austriaco possedeva la maggioranza del capitale sociale sembrava evidente che la libertà di stabilimento dovesse prevalere sulla libertà di capitali. Sulla base di quanto espresso nella sentenza *Fidium Finanz* sarebbe stato logico se la CGUE avesse esaminato la questione solo alla luce della libertà di stabilimento. Tuttavia, poiché tale libertà non si applica agli

---

<sup>137</sup> CGUE, sentenza del 12.12.2006, C-446/04, *FII*, par. 38.

<sup>138</sup> CGUE, sentenza del 24.5.2007, C-157/05, *Holbock*, par. 24.

stabilimenti in Paese terzo effettuati da un cittadino di uno Stato membro il ricorrente non avrebbe potuto - sulla base delle precedenti pronunce giurisprudenziali - invocare le disposizioni della libertà di stabilimento considerato che la sua partecipazione pari ai due terzi del capitale di una società residente al di fuori dell'Unione Europea. Se la CGUE avesse seguito le conclusioni di cui alla sentenza *Fidium Finanz* il risultato sarebbe stato il seguente: nel caso di partecipazione "qualificata" non si sarebbe potuto invocare la libertà di capitali (in quanto la fattispecie rientrava potenzialmente nella libertà di stabilimento e la libertà di capitali risultava la logica conseguenza della applicazione della libertà di stabilimento) laddove nel caso di partecipazione "non qualificata" si sarebbe potuta invocare la libertà di capitali.

La CGUE ha invece stabilito che *"quanto a se una normativa nazionale rientri nell'una o nell'altra delle libertà di circolazione di cui trattasi, risulta da una giurisprudenza allo stato consolidata che occorre prendere in considerazione l'oggetto della normativa in questione [...]."*

*[...] una normativa nazionale che assoggetti la riscossione di dividendi ad un'imposta la cui aliquota dipende dall'origine, nazionale o meno, di tali dividendi nonché dall'entità della partecipazione detenuta dall'azionista nella società distributrice, può rientrare nell'ambito di applicazione sia dell'art. 43 CE, relativo alla libertà di stabilimento, sia dell'articolo 56 CE, relativo alla libera circolazione dei capitali [...].*

*Tuttavia, il capo del Trattato relativo al diritto di stabilimento non prevede alcuna disposizione che estenda la sfera di applicazione delle proprie disposizioni alle situazioni relative allo stabilimento in un paese terzo di un cittadino di uno Stato membro o di una società costituita secondo la legislazione di uno Stato membro [...].*

*Peraltro, anche volendo supporre che un cittadino di uno Stato membro che detiene i due terzi del capitale sociale di una società stabilita in un paese terzo sia legittimato a invocare il divieto di restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri e paesi terzi, enunciato all'art. 56, n. 1, CE, al fine di opporsi all'applicazione di tale normativa ai dividendi percepiti da una tale società, nel caso in esame, come hanno osservato sia i governi francese, dei Paesi Bassi e del Regno Unito sia la Commissione, la normativa in questione rientra nell'eccezione di cui all'art. 57, n. 1, CE<sup>139</sup>.*

Al fine di evitare che in una situazione relativa ai Paesi terzi i soci aventi una partecipazione rilevante possano vedere affievolita la tutela garantita dal TFUE rispetto ai soci aventi una partecipazione minoritaria, la CGUE ha stabilito con riferimento ai Paesi terzi che un cittadino che possiede i 2/3 del capitale di una società stabilita in un Paese terzo possa comunque invocare il divieto di restrizione alla libertà di capitali tra gli Stati membri e i Paesi terzi previsto dall'art. 63 del TFUE.

---

<sup>139</sup> CGUE, sentenza del 24.5.2007, C-157/05, *Holbock*, par. 22, 24, 28 e 31.

In conclusione, secondo quanto stabilito dalla giurisprudenza della CGUE *“una società stabilita in uno Stato membro che detenga una partecipazione nel capitale di una società stabilita in un altro stato membro tale da «conferir[le] una sicura influenza sulle decisioni della società» e da «consentir[le] di indirizzarne l'attività», si avvale del proprio diritto di stabilimento”*<sup>140</sup>. Secondo quanto affermato nella sentenza *Baars*, nel caso di partecipazione di maggioranza si applica la libertà di stabilimento<sup>141</sup>. Tuttavia, come rilevato in precedenza nella sentenza *Holbock* a diverse conclusioni si dovrebbe giungere nell'ipotesi di una situazione che coinvolge Paesi terzi.

In conclusione, laddove si verificano fenomeni di doppia imposizione per effetto dei conflitti di classificazione dovuti alla autonoma applicazione di diverse regole da parte degli Stati membri il soggetto partecipante può invocare la libertà di stabilimento ovvero la libertà di capitali a seconda della influenza che tale soggetto esercita sul soggetto partecipato. Per tornare all'esempio esposto precedentemente nel caso in cui un soggetto residente in uno Stato membro è stabilito e partecipato in misura paritetica da due società residenti in un altro Stato membro, è evidente che si applica la libertà di stabilimento. Laddove le partecipazioni nel soggetto non residente sono possedute da un numero superiore di partecipanti i quali dispongono di una partecipazione non qualificata senza aver alcuna influenza significativa sulle decisioni del soggetto partecipato, allora è evidente che si applica la libertà di capitali.

Sulla base di quanto sopra evidenziato risulta fondamentale a questo punto considerare i profili di compatibilità degli autonomi metodi di classificazione sia con la libertà di stabilimento che con la libertà di capitali. A tale proposito, si ritiene che in fattispecie relative al mercato interno, l'applicazione degli art. 49 e 63 del TFUE sollevano le medesime problematiche. Pertanto sebbene l'analisi è qui limitata alla sola libertà di stabilimento si ritiene che in fattispecie relative al mercato interno le medesime conclusioni si applicano nel momento in cui entra in gioco la libertà di capitali di cui all'art. 63 del TFUE.

### 3.5.1. La sentenza *Columbus Container Services* e l'autonomia degli Stati membri nella classificazione dei soggetti non residenti

Come già rilevato in più occasioni, la piena autonomia concessa agli Stati membri nel classificare i soggetti esteri comporta che l'emersione di conflitti di

<sup>140</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed presentate il 23.2.2006, Causa C-374/04.

<sup>141</sup> CGUE, sentenza del 13.4.2000, C-251/98, *Baars*, par. 18-22. In tale sentenza i giudici comunitari hanno statuito che *“emerge infatti dall'art. 52, secondo comma, del Trattato, che la libertà di stabilimento comprende la costituzione e la gestione di imprese, e in particolare di società, in uno Stato membro da parte del cittadino di un altro Stato membro. Si avvale quindi del suo diritto di stabilimento il cittadino di uno Stato membro che detenga nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di indirizzarne le attività.*

classificazione da cui possono derivare fenomeni di doppia imposizione. Con riguardo al fatto se, e fino a che punto, la legislazione dello Stato di destinazione debba tenere in considerazione la legislazione dello Stato di origine merita di essere analizzata la sentenza *Columbus Container Services*<sup>142</sup>.

La *Columbus* è una società in accomandita semplice di diritto belga. Essa è stata costituita nel 1989 e ha sede in Anversa (Belgio). Nel 1996, le sue quote erano detenute da otto persone fisiche residenti in Germania, di cui almeno sei appartenenti alla stessa famiglia, e ciascuna di tali persone possedeva una quota del 10%. Era inoltre socio, con una quota del 20%, una società di persone di diritto tedesco i cui soci erano anch'essi stabiliti in Germania. La *Columbus* è stata considerata un soggetto trasparente in Germania. Secondo la legislazione fiscale tedesca, essa non è considerata una CFC, bensì è equiparata a una "stabile organizzazione" straniera dei soci residenti in Germania. I redditi e il patrimonio della *Columbus* sono quindi attribuiti direttamente ai suoi soci, ai fini del prelievo dell'imposta sul reddito e sul patrimonio in Germania.

L'amministrazione tributaria belga ha considerato la *Columbus* un "centro di coordinamento", ai sensi del regio decreto 30.12.1982, n. 187, relativo alla creazione di centri di coordinamento. Il regime fiscale di cui beneficiano i centri di coordinamento deroga al regime fiscale comune belga sotto vari aspetti. Principalmente, il reddito imponibile di tali centri viene stabilito forfettariamente secondo il cosiddetto metodo dell'«aumento dei costi». Tale reddito corrisponde a una percentuale dell'importo delle spese e dei costi di gestione, da cui sono esclusi i costi per il personale, gli oneri finanziari e l'imposta sulla società dovuta. In base a tale regime, la *Columbus* veniva tassata in Belgio, relativamente all'esercizio 1996, per meno del 30% dell'utile effettivamente realizzato.

Secondo la legislazione tributaria tedesca *Columbus* è da considerarsi una società di persone (*i.e.*, una *partnership*). Gli utili conseguiti dalle società di persone, tedesche o straniere, non sono imputati direttamente a tali società, bensì ai loro soci, persone fisiche, illimitatamente tassabili in Germania, in proporzione alla loro partecipazione, e tassati in capo agli stessi (principio cosiddetto di «trasparenza fiscale delle società di persone»). Per quanto riguarda le società di persone straniere tale imputazione diretta degli utili ai soci residenti in Germania si applica anche se la società è soggetta, in quanto tale, all'imposta sulle società nello Stato membro in cui ha sede.

Per prevenire la doppia imposizione dei redditi e del patrimonio di residenti tedeschi realizzati all'estero, la Germania ha stipulato diverse convenzioni bilaterali, ispirate al Modello OCSE sul reddito e sul capitale, tra cui quella, rilevante nella fattispecie, con il Regno del Belgio.

Ai sensi dell'art. 23 della convenzione, firmata a Bruxelles l'11.4.1967, tra il Regno del Belgio e la Repubblica federale di Germania per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito, i redditi provenienti dal Belgio di

---

<sup>142</sup> CGUE, 6.12.2007, C-298/05, *Columbus Container Services BVBA*.



residenti tedeschi, compresi gli utili da investimento di capitali in società in nome collettivo e in accomandita semplice aventi sede in Belgio, tassabili in tale Stato in forza delle disposizioni di detta convenzione, sono esenti da imposta in Germania. Tale esenzione si applica anche agli elementi patrimoniali situati in Belgio di residenti tedeschi. La Repubblica federale di Germania conserva tuttavia il diritto di tenere conto, per determinare l'aliquota delle sue imposte, dei redditi e degli elementi patrimoniali così esentati (metodo dell'esenzione, con, se del caso, riserva di progressività).

Il § 20, nn. 2 e 3, della legge fiscale tedesca relativa ai rapporti con l'estero [Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz)] sulla regolarizzazione fiscale e sulla lotta alle frodi (Missbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz) (in prosieguo: l'«AStG»), applicabile all'epoca dei fatti della causa principale, prevede tuttavia una deroga alla suddetta regola in alcune circostanze. Tale disposizione è stata introdotta nell'AStG segnatamente allo scopo di impedire che i residenti tedeschi eludano le altre disposizioni dell'AStG relative all'imposizione dei redditi provenienti dalle CFC dotate di personalità giuridica propria, stabilite in Stati membri a bassa pressione fiscale. Tali disposizioni mirano a contrastare l'evasione fiscale.

Per quanto riguarda la prevenzione della doppia imposizione dei redditi provenienti da una stabile organizzazione, il § 20, n. 2, dell'AStG precisa che, *“se esistono utili da investimento di capitale ai sensi del § 10, n.6, seconda frase, prodotti nello stabilimento estero di un soggetto illimitatamente tassabile e se essi fossero imponibili come utili intermedi qualora detto stabilimento fosse una società straniera, va evitata al riguardo la doppia imposizione non attraverso un'esenzione, bensì attraverso l'imputazione delle imposte prelevate su tali redditi all'estero”*.

Quanto alla prevenzione della doppia imposizione del patrimonio, il § 20, n. 3, dell'AStG dispone che *“nelle ipotesi di cui al n. 2, nel caso di patrimoni che danno luogo a utili da investimento di capitali ai sensi del § 10, n. 6, seconda frase, fatta eccezione per gli utili da investimento di capitali ai sensi del § 10, n. 6, terza frase, va evitata la doppia imposizione non attraverso un'esenzione, bensì attraverso l'imputazione delle imposte prelevate su tale patrimonio all'estero”*<sup>143</sup>.

L'art. 8(1) e (3) dell'AStG prevede che una società non residente debba considerarsi una CFC per i redditi soggetti a tassazione ridotta, cioè nell'ipotesi in cui il reddito sia assoggettato ad una aliquota inferiore al 30 per cento nello Stato in cui tale società ha fissato la propria sede ovvero è situata la sua direzione. Come già rilevato, *Columbus* era tassata in Belgio con un'aliquota inferiore al 30 per cento.

---

<sup>143</sup> Il § 10, n. 6, seconda frase, dell'AStG precisa che *“per utili intermedi da investimento di capitale s'intendono gli utili di una società intermedia estera provenienti da detenzione, gestione, conservazione o incremento di valore di mezzi di pagamento, crediti, titoli, partecipazioni o cespiti patrimoniali analoghi [...]”*.

In base all'art. 20(2) dell'ASTG l'Amministrazione finanziaria tedesca ha tassato gli utili realizzati da *Columbus* in Belgio concedendo il credito per le imposte ivi assolte nonostante la Convenzione contro le doppie imposizioni prevedesse l'utilizzo del metodo dell'esenzione. La *Columbus* fa valere segnatamente l'incompatibilità dell'art. 20, nn. 2 e 3, dell'ASTG col disposto dell'art. 49 del TFUE. Secondo tale società il fatto di sostituire al metodo dell'esenzione, previsto all'art. 23, n. 1, punto 1, della convenzione fiscale bilaterale, quello dell'imputazione, previsto all'art. 20, nn. 2 e 3, dell'ASTG, ha per effetto di rendere meno attraenti i centri di attività transfrontalieri considerati. Una siffatta eliminazione del vantaggio fiscale di cui fruivano questi ultimi violerebbe in maniera non giustificata la libertà di stabilimento garantita dal TFUE.

Di conseguenza la corte tributaria tedesca ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: *“Se sia in contrasto con le disposizioni dell'art. 52 del Trattato CE, divenuto art. 43 CE, e degli artt. 73 B - 73 D del Trattato CE, divenuti artt. 56 CE - 58 CE, il fatto che le disposizioni dell'art. 20, nn. 2 e 3, dell'ASTG, ai sensi delle quali i redditi da investimento di capitali del centro di attività estero di un soggetto passivo illimitatamente tassabile in Germania, che sarebbero imponibili come redditi intermedi se il centro di attività fosse una società estera, sono sottratti alla doppia imposizione non già attraverso un'esenzione dei redditi dall'imposta tedesca, bensì attraverso l'imputazione dell'imposta prelevata sugli utili all'estero, e ciò contrariamente alla convenzione [fiscale bilaterale]”*.

La CGUE ha statuito che *“anche se l'applicazione, nell'ambito dell'imposizione dei soci della Columbus, del metodo dell'imputazione previsto dalle disposizioni dell'art. 20, nn. 2 e 3, dell'ASTG controverse nella causa principale ha per effetto di rendere l'esercizio delle attività di tale società più oneroso che se tale imposizione fosse stata effettuata secondo il metodo dell'esenzione prevista dalla convenzione fiscale bilaterale, tale constatazione non implica necessariamente che le suddette disposizioni costituiscano una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 43 CE”*.

Inoltre, secondo i giudici comunitari *“[...] posto che la libertà di stabilimento vieta qualsiasi discriminazione fondata sul luogo della sede delle società, è pacifico che la normativa tributaria tedesca controversa nella causa principale, comparabile in proposito alla normativa tributaria belga applicabile nella causa che ha dato luogo alla sentenza 14 novembre 2006, causa C-513/04, Kerckhaert e Morres, non opera alcuna distinzione per quanto concerne la tassazione dei redditi provenienti da utili di società di persone stabilite in Germania e quella dei redditi provenienti da utili di società di persone stabilite in un altro Stato membro che assoggetta gli utili realizzati da tali società in tale Stato ad una tassazione al di sotto del 30%. Applicando a queste società straniere il metodo dell'imputazione, la normativa di cui trattasi si limita ad assoggettare, in Germania, gli utili realizzati da tali società alla medesima aliquota di imposizione di quelli realizzati da società di persone stabilite in*

Germania.

*Poiché le società del tipo della Columbus non subiscono alcuno svantaggio fiscale rispetto alle società di persone stabilite in Germania, non si deve concludere nel senso di una discriminazione risultante da una disparità di trattamento fra tali due categorie di società”.*

Inoltre, la CGUE ha riconosciuto che una discriminazione può consistere anche nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse. Tuttavia, rispetto alla normativa fiscale dello Stato di residenza, la posizione dell'azionista che percepisce dividendi non diviene necessariamente diversa per il solo fatto che egli li percepisce da una società stabilita in un altro Stato membro il quale, nell'esercizio della sua competenza fiscale, assoggetta tali dividendi ad un'imposizione inferiore al 30% degli utili effettivamente realizzati. In circostanze come quelle della fattispecie in esame nella causa principale, le conseguenze svantaggiose che l'applicazione di un sistema di imposizione degli utili come quello attuato dall'ASTG potrebbe comportare derivano dall'esercizio parallelo da parte di due Stati membri della loro competenza fiscale.

La *Columbus* fa valere peraltro che le disposizioni dell'ASTG controverse nella causa principale implicano una distorsione della scelta tra diverse forme di stabilimento. A tale proposito, essa avrebbe eluso l'applicazione delle suddette disposizioni se avesse scelto di sviluppare le sue attività in Belgio tramite una controllata avente la forma di una società di capitali e non già attraverso un centro di attività come quello di cui alla causa principale.

Sul punto, la CGUE ha rilevato che “[...] *l'autonomia fiscale, cui si fa riferimento ai punti 44 e 51 della presente sentenza, implica altresì che gli Stati membri sono liberi di determinare i presupposti ed il livello di imposizione delle diverse forme di centri di attività delle società nazionali operanti all'estero, salvo accordare loro un trattamento che non sia discriminatorio rispetto ai centri di attività nazionali comparabili.*

*Alla luce del complesso di tali considerazioni e del principio della parità di trattamento fiscale tra le società del tipo della Columbus, da una parte, e le società di persone stabilite in Germania, dall'altra, come ricordato al punto 40 della presente sentenza, va concluso che le disposizioni dell'ASTG non possono essere qualificate come una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 43 CE*<sup>144</sup>.

Dalla sentenza qui in commento emerge che la Germania ha proceduto autonomamente alla classificazione dei soggetti esteri e che il reddito di tali soggetti esteri considerati trasparenti è stato imputato direttamente ai soci, senza tenere in alcuna considerazione i meccanismi impositivi previsti da parte dell'altro Stato membro (cioè il Belgio). Nel paragrafo 18 della sentenza la CGUE afferma che *“tale imputazione degli utili di una società di persone ai soci di quest'ultima vale anche se tale società è, in quanto tale, soggetta all'imposta sulle società*

---

<sup>144</sup> CGUE, sentenza del 6.12.2007, C-298/05, *Columbus Container Services BVBA*, parr. 53-54.

*all'estero, nello Stato in cui ha sede*" (sottolineatura aggiunta).

La CGUE ha esplicitamente riconosciuto che la classificazione in Germania come *partnership* ha come conseguenza che gli stessi utili sono considerati nella base imponibile sia in Germania che in Belgio. Mediante l'utilizzo della parola "anche" sembra evidente che la CGUE sia pienamente cosciente del fatto che se la Germania considera tali utili quali redditi dei soci e il Belgio imputa i medesimi utili in capo alla società di persone, tale principio dà origine a una doppia imposizione sul medesimo reddito (una volta in Belgio in capo alla *partnership* e una seconda volta in Germania in capo ai soci tedeschi).

Nel caso specifico della sentenza poiché la *partnership* residente in Belgio costituisce, ai fini della normativa tributaria tedesca, una stabile organizzazione in Belgio dei soci residenti in Germania, ciò comporta che le imposte assolte in Belgio sono portate in detrazione dall'imposta dovuta in Germania. Tuttavia, nell'ipotesi di assenza di una stabile organizzazione non sarebbe stato possibile accreditare le imposte estere. In tal caso gli utili sarebbero assoggettati ad imposta in due circostanze: una volta a livello della società belga e una seconda volta in capo a i suoi soci. La doppia imposizione derivante dal conflitto di classificazione non è stata considerata una restrizione alla libertà di stabilimento ma esplicitamente accettata dai giudici comunitari. Infatti, nella citata sentenza è stato affermato che *"la Columbus fa valere peraltro che le disposizioni dell'ASStG controverse nella causa principale implicano una distorsione della scelta tra diverse forme di stabilimento. Così, essa avrebbe eluso l'applicazione delle suddette disposizioni se avesse scelto di sviluppare le sue attività in Belgio tramite una controllata avente la forma di una società di capitali e non già attraverso un centro di attività come quello di cui alla causa principale."*

*Occorre ricordare al riguardo che l'autonomia fiscale, cui si fa riferimento ai punti 44 e 51 della presente sentenza, implica altresì che gli Stati membri sono liberi di determinare i presupposti ed il livello di imposizione delle diverse forme di centri di attività delle società nazionali operanti all'estero, salvo accordare loro un trattamento che non sia discriminatorio rispetto ai centri di attività nazionali comparabili".*

Coerentemente a quanto affermato dall'avvocato generale Mengozzi<sup>145</sup>, la CGUE ha chiaramente statuito che gli Stati membri godono di una assoluta autonomia nel classificare ai fini tributari i soggetti giuridici operanti all'estero, salvo accordare loro un trattamento che non sia discriminatorio rispetto ai soggetti giuridici operanti sul territorio nazionale. Pertanto, se uno Stato membro assoggetta a tassazione i redditi prodotti da una *partnership* estera ancora prima della loro effettiva distribuzione (*i.e.*, tassazione al momento della produzione), si

---

<sup>145</sup> L'avvocato generale Mengozzi al par. 41 delle conclusioni alla causa C-298/05, *Columbus Container Service BVBA*, ha affermato che *"nell'attuale fase di sviluppo del diritto comunitario, quest'ultimo non esige che gli Stati membri riconoscano nel loro territorio lo status giuridico e fiscale accordato dal diritto interno degli altri Stati membri agli organismi che vi esercitano attività economiche"*.

deve rilevare che seppure gli art. 49 e 54 del TFUE riconoscono le *partnerships* quali soggetti che possono invocare le libertà fondamentali, le medesime disposizioni non impediscono che i redditi prodotti da tali soggetti vengano tassati fino al momento della distribuzione. Tale conclusione risulta valida a prescindere dal fatto che lo Stato membro dove la *partnership* è stata costituita assoggetti anch'esso a tassazione i redditi al momento della produzione.

Sulla base di quanto sopra affermato e alla luce della giurisprudenza comunitaria risulta evidente che nell'ambito del diritto comunitario primario gli Stati membri sono liberi di adottare qualsiasi criterio di classificazione dei soggetti giuridici. Tuttavia, si deve notare che esistono le direttive comunitarie nel campo dell'imposizione diretta le quali, entro i limiti e gli scopi specifici delle stesse, in un certo modo hanno un impatto sulla classificazione dei soggetti esteri ai fini della normativa tributaria nazionale.

Il sesto considerando della Direttiva 2003/123/CE (che modifica la Direttiva 90/435/CEE) dispone che *“le nuove entità da inserire nell'elenco sono società sottoposte a imposizione nello Stato membro di residenza, ma alcune di esse sono considerate, sulla base delle loro caratteristiche giuridiche, trasparenti ai fini fiscali da altri Stati membri [...]”*. L'art. 4, par. 1-bis, della Direttiva Madre Figlia dispone che *“La presente direttiva non impedisce in alcun modo allo Stato della società madre di considerare una società figlia trasparente ai fini fiscali, in base alla valutazione da parte di detto Stato delle caratteristiche giuridiche di tale società figlia, derivanti dalla legislazione in base alla quale la stessa è costituita e di sottoporre pertanto ad imposizione la quota della società madre degli utili della società figlia se e quando tali utili sussistono. In questo caso lo Stato della società madre si astiene dal sottoporre ad imposizione gli utili distribuiti della società figlia.*

*Quando verifica la quota detenuta dalla società madre degli utili prodotti dalla sua società figlia, lo Stato della società madre esenta detti utili oppure autorizza la società madre a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta societaria relativa alla quota degli utili detenuta dalla società madre e pagata dalla propria società figlia o da una sua sub-affiliata, a condizione che a ciascun livello la società e la sua sub-affiliata soddisfino i requisiti di cui agli articoli 2 e 3, entro i limiti dell'ammontare dell'imposta corrispondente dovuta”*.

Le specifiche previsioni della Direttiva Madre-Figlia saranno compiutamente analizzate nel cap. 5 del presente lavoro. Si evidenzia che sebbene la Direttiva Madre-Figlia si occupi di eliminare il problema della doppia imposizione derivante da un eventuale conflitto di classificazione risulta altrettanto evidente che la stessa Direttiva si applica limitatamente agli scopi e alle fattispecie da essa previsti.

### 3.6. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni espresse nei precedenti paragrafi si può affermare che qualora uno Stato membro tassi i redditi di una *partnership* estera (*i.e.*, costituita in base alle leggi di un altro Stato membro) al momento della loro produzione, gli art. 49 e 54 del TFUE pur riconoscendo la *partnership* quale soggetto che può invocare le libertà fondamentali, non impediscono che uno Stato membro possa tassare tali redditi al momento della maturazione e non invece al momento della loro effettiva distribuzione. Tale conclusione resta immutata anche quando lo Stato membro dove la *partnership* è situata tassi i medesimi redditi al momento della loro produzione.

Laddove due o più Stati membri classificano un soggetto giuridico in maniera differente (ad esempio, uno Stato membro ignora la soggettività passiva prevista nello Stato membro in cui la *partnership* è stata costituita), lo Stato di origine può tassare gli utili della *partnership* allo stesso modo di quanto accade nello Stato di destinazione. In tale ipotesi la doppia imposizione internazionale è dovuta all'applicazione del principio della residenza (*i.e.*, *worldwide taxation*) da parte sia dello Stato di residenza dei partecipanti sia da quello di residenza della *partnership*.

Con riguardo alla tematica oggetto di questa ricerca è stato rilevato come la doppia imposizione derivante da una differente classificazione di una *hybrid entity* rappresenta una restrizione alla libertà di stabilimento e che lo Stato membro dei soggetti partecipanti a tale soggetto giuridico devono riconoscere la classificazione fiscale operata dallo Stato di costituzione della *hybrid entity*.

Si può al contrario ritenere che ciascun Stato membro dei soggetti partecipanti goda – al pari dello Stato membro in cui la *hybrid entity* è stata costituita – di piena libertà nel classificare tale soggetto giuridico. Se questo non fosse possibile, la potestà impositiva sarebbe minacciata e per tali ragioni un qualsiasi contribuente verrebbe quindi a dipendere dalla legislazione di un altro Stato membro.

Da ciò consegue che la doppia imposizione giuridica ed economica scaturente dai conflitti di classificazione delle *hybrid entities* è il risultato dell'interazione dei diversi sistemi tributari degli Stati membri. Tale differenza, poiché costituisce una disparità, non rientra nell'ambito di applicazione delle libertà fondamentali garantite dal TFUE e può essere eliminata soltanto attraverso gli strumenti della politica fiscale a livello comunitario.

## 4. I metodi di classificazione nel diritto tributario internazionale: analisi comparativa delle *hybrid entities* secondo la legislazione USA e l'approccio OCSE

### 4.1. Introduzione

I soggetti giuridici classificati in maniera diversa in base alla legislazione di due o più Stati hanno acquisito un ruolo fondamentale nelle strategie di pianificazione fiscale e in particolare nelle strutture di finanziamento e di acquisizione. Tali *hybrid entities* sono tipicamente utilizzate per conseguire arbitraggi fiscali nella forma di arbitraggi sui soggetti, vale a dire per beneficiare del differente trattamento fiscale dei pagamenti effettuati a (e ricevuti da) tali soggetti dovuto alla differente classificazione di tali soggetti nei diversi ordinamenti fiscali coinvolti.

L'uso delle *hybrid entities* è stato incoraggiato quando l'Amministrazione finanziaria statunitense ha introdotto una legislazione relativa alla classificazione di alcuni soggetti giuridici, il c.d. regime delle *check the box regulations*<sup>146</sup> che è entrato in vigore a partire dal 1.1.1997. Tali disposizioni consentono al contribuente - a meno che il soggetto giuridico considerato non sia una *per se corporation* (i.e., un soggetto fiscalmente opaco) - di poter scegliere alternativamente tra un regime di trasparenza (o non trasparenza) fiscale attraverso la semplice presentazione di un modello di opzione all'Amministrazione finanziaria statunitense<sup>147</sup>. Per effetto del regime *check the box regulations* un contribuente può facilmente dare origine a una situazione in cui un soggetto è classificato in maniera diversa negli USA e in un altro Stato e sfruttare le differenze esistenti nei due sistemi fiscali nazionali coinvolti per ridurre o eliminare il proprio carico tributario.

A questo punto vi è da chiedersi se il risultato derivante dall'arbitraggio fiscale internazionale, nella forma dell'arbitraggio sui soggetti giuridici, sia un problema e sia contestabile da un punto di vista di politica fiscale. Si segnala che, da una parte, la Commissione Finanze del Senato degli USA ha espresso il suo disappunto con riguardo alle operazioni di doppio utilizzo delle perdite fiscali (negli USA e in un altro Stato) che coinvolgono le società *dual resident*. Dall'altra parte, l'Amministrazione finanziaria degli USA ha introdotto per mezzo del regime delle *check the box regulations* un valido strumento che consente ai contribuenti di beneficiare di un arbitraggio fiscale internazionale. Di conseguenza, si potrebbe pensare che non esistono alcuni ostacoli affinché i benefici fiscali risultanti dalle differenze fra le legislazioni fiscali nazionali e le Convenzioni contro le doppie imposizioni possano essere concessi a quei soggetti che

---

<sup>146</sup> Treasury Regulations Sec. 301.7701-3.

<sup>147</sup> Treasury Regulations Sec. 301.7701-3(c)(1)(i) e (ii).

applicano il regime delle *check the box regulations*. Tuttavia, nel corso del 1997, con le modifiche alla sezione 894(c) dell'*Internal Revenue Code* (di seguito "IRC"), il Congresso ha manifestato il proprio disappunto relativamente all'uso delle Convenzioni contro le doppie imposizioni per beneficiare delle differenze tra la legislazione statunitense e quella degli altri Stati.

Successivamente, solo alcuni anni dopo l'introduzione del regime delle *check the box*, il Congresso e l'Amministrazione finanziaria statunitense hanno emanato un complesso di regole finalizzato a prevenire l'utilizzo di due delle più comuni strutture fiscali che sfruttano l'arbitraggio fiscale attraverso le *hybrid entities*.

Anche prima delle modifiche della sezione 894(c) dell'IRC, l'Amministrazione finanziaria statunitense aveva emanato delle *regulations* relativamente alla possibilità di invocare l'utilizzo delle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dagli USA. Nel Preambolo alla versione definitiva delle *regulations*, l'Amministrazione finanziaria statunitense ha affermato che l'approccio adottato nelle *regulations* è conforme all'evoluzione del pensiero degli Stati membri dell'OCSE relativamente al metodo appropriato per gli Stati della fonte di stabilire se essi debbano concedere i benefici dei trattati fiscali nell'ipotesi di particolari redditi pagati a soggetti fiscalmente trasparenti, e in particolare quando un conflitto sulla classificazione di un soggetto si verifica tra lo Stato della fonte e quello della residenza<sup>148</sup>.

Prima di approfondire tale aspetto è necessario analizzare le differenze tra l'approccio dell'USA e quello dell'OCSE relativamente alle *hybrid entities* nel contesto dei trattati fiscali.

Le disposizioni contenute nella sezione 894(c) dell'IRC e le relative *regulations* sono state introdotte per evitare la concessione dei benefici dei trattati fiscali in due specifici scenari che coinvolgono le *hybrid entities*. L'approccio dell'OCSE ("*the application of the OECD model tax convention to partnerships*"), invece, non è volto a contrastare specifiche ipotesi di pianificazione fiscale, ma si occupa esclusivamente delle problematiche giuridiche che si verificano nell'ambito dell'applicazione del Modello OCSE alle *partnerships*. Di conseguenza, il *Partnership Report* dell'OCSE tratta di specifici esempi e da ultimo propone le modifiche al Commentario OCSE<sup>149</sup>.

L'approccio seguito dagli USA prevede l'impossibilità di applicare i trattati inclusi nella legislazione fiscale americana. Al contrario, l'approccio seguito dall'OCSE è racchiuso in un documento predisposto da un gruppo di lavoro che

---

<sup>148</sup> Department of Treasury, IRS, 26 CFR Part 1, *Guidance regarding claims for certain income tax convention benefits*.

<sup>149</sup> Il *Partnership Report* al par. 4 dispone che "*as previously indicated, this report focuses on specific factual examples. For each example, the facts and, where applicable, relevant aspects of domestic tax laws are described. The Committee's analysis of how the OECD Model Tax Convention applies in the example is then presented and, where appropriate, changes to the Model Tax Convention are put forward*".



ha analizzato l'applicazione del Modello OCSE alle *partnerships*, *trust* e altri soggetti fiscalmente trasparenti. Di conseguenza, mentre le disposizioni americane prevedono le condizioni necessarie per l'applicazione delle previsioni pattizie, il *Partnership Report* dell'OCSE ha come obiettivo quello di modificare il Commentario al Modello OCSE. Questo ultimo ovviamente non ha la forza cogente di una previsione normativa ma rappresenta semplicemente un fonte per l'interpretazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni.

Alla luce di quanto in precedenza affermato, nel presente capitolo verrà analizzato se l'approccio degli USA previsto per la negazione delle disposizioni dei trattati, in due specifiche strutture di investimento che coinvolgono *hybrid entities*, è simile all'approccio adottato dall'OCSE relativamente all'applicazione del Modello OCSE alle *partnerships* nei diversi esempi prospettati nel *Partnership Report*.

Il presente capitolo dapprima affronta le strutture ordinarie di investimento tramite una *hybrid entity* localizzata negli USA e le reazioni del Congresso USA e dell'Amministrazione finanziaria statunitense. Successivamente viene analizzata la posizione dell'OCSE e in particolare quella del Comitato per gli affari fiscali limitatamente alle strutture di investimento tramite una *hybrid entity* localizzata negli USA. Inoltre, viene effettuata un'analisi comparativa tra la posizione del governo USA e quella dell'OCSE al fine di rilevare punti di contrasto ovvero di contrasto. Da ultimo, viene analizzata la posizione degli USA relativamente alle *hybrid entities* nel modello di Convenzione contro le doppie imposizioni assunta nel Modello del 2006.

#### 4.2. Possibile applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni

I benefici fiscali derivanti dall'applicazione delle disposizioni pattizie possono essere applicati solo nei confronti dei contribuenti che rientrano nell'ambito di applicazione di una Convenzione contro le doppie imposizioni. Sia il Modello OCSE che il Modello USA statuiscono in maniera chiara che essi si applicano alle persone residenti in uno o entrambi gli Stati contraenti<sup>150</sup>.

Il significato dei termini "persona" e "residente" ai sensi delle Convenzioni contro le doppie imposizioni è piuttosto complesso. Ai sensi dell'art. 3(1)(a) del Modello USA il termine "persona" comprende "*an individual, an estate, a trust, a partnership, a company, and any other body of persons*". La definizione di "persona" ai sensi dell'art. 3(1)(a) del Modello OCSE è meno elaborata e comprende "*the term "person" includes an individual, a company and any other*

<sup>150</sup> L'art. 1(1) del Modello USA dispone che "*This Convention shall apply only to persons who are residents of one or both of the Contracting States, except as otherwise provided in the Convention*". L'art. 1 del Modello OCSE dispone che "*This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States*".

*body of persons*".

Le note esplicative al Modello USA riconoscono che la definizione di persona contenuta nel Modello USA è più dettagliata ma allo stesso tempo precisa che l'espressione "*any other body of persons*" contenuta nel Modello OCSE serve per includere le *partnerships* che invece non sono richiamate espressamente nell'art. 3(1)(a) del Modello OCSE. Il *Partnership Report* dell'OCSE è in linea con tale interpretazione. Infatti, il Commentario OCSE all'art. 3 precisa al par. 2 che "*partnerships will also be considered to be "persons" either because they fall within the definition of "company" or, where this is not the case, because they constitute other bodies of persons*"<sup>151</sup>.

L'espressione "residente di uno Stato contraente" è definita nel Modello USA e nel Modello OCSE come "*ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione della sua costituzione o di ogni altro criterio di natura analoga [...]*"; tuttavia, tale espressione non comprende le persone che sono imponibili in questo Stato soltanto per il reddito ricavato da fonti situate in detto Stato<sup>152</sup>.

I criteri di collegamento con il territorio di uno Stato non sono perfettamente coincidenti nel Modello USA e nel Modello OCSE; tuttavia, ai fini dell'applicazione della Convenzione entrambi i modelli di convenzione richiedono che una persona sia "assoggettata ad imposta" in uno Stato contraente. Secondo le Note esplicative al Modello USA, l'art. 4(1) di tale Modello non richiede il pagamento effettivo delle imposte, essendo sufficiente che la persona sia astrattamente assoggettata ad imposta<sup>153</sup>.

Anche il Modello OCSE contiene i medesimi principi recati dal Modello USA per la definizione di "residente" ai fini convenzionali. Infatti, l'art. 4(1) del Modello OCSE rinvia alla legislazione dello Stato di presunta residenza. Inoltre, così come previsto dal Modello USA, non è richiesto che una persona paghi effettivamente le imposte<sup>154</sup>. Con riferimento alle *partnerships*, sebbene rientrino

---

<sup>151</sup> Cfr. *Partnership Report* dell'OCSE par. 30.

<sup>152</sup> Le Note esplicative al Modello USA prevedono che "*a person who is liable to tax in a Contracting State only in respect of income from sources within that State or capital situated therein or of profits attributable to a permanent establishment in that State will not be treated as a resident of that Contracting State for purposes of the Convention*".

<sup>153</sup> Le Note esplicative al Modello USA precisano che "*certain entities that are nominally subject to tax but that in practice are rarely required to pay tax also would generally be treated as residents and therefore accorded treaty benefits. For example, a U.S. Regulated Investment Company (RIC) and a U.S. Real Estate Investment Trust (REIT) are residents of the United States for purposes of the treaty. Although the income earned by these entities normally is not subject to U.S. tax in the hands of the entity, they are taxable to the extent that they do not currently distribute their profits, and therefore may be regarded as liable to tax*".

<sup>154</sup> Il Commentario all'art. 4 del Modello OCSE precisa che "*paragraph 1 refers to persons who are "liable to tax" in a Contracting State under its laws by reason of various criteria. In many States, a person is considered liable to comprehensive taxation even if the Contracting State does not in fact impose tax. For example, pension funds, charities and other organisations may be exempted from*

nella definizione di “persone” contenuta nel Modello OCSE, le stesse sono considerate trasparenti ai finiscali. Di conseguenza, una *partnership* non è un “residente” all’interno del Modello OCSE<sup>155</sup>.

#### 4.3. Finanziamento indiretto attraverso una *hybrid entity*

Una delle principali preoccupazioni del Congresso americano relativamente all’uso di una *hybrid entity* per beneficiare delle Convenzioni contro le doppie imposizioni riguardava le operazioni di finanziamento delle società partecipate residenti in USA per il tramite di una *limited liability company* (c.d. LLC) residente anch’essa in USA. Ad esempio, nel caso di investimenti effettuati in USA da parte di una società residente in Canada la struttura era la seguente: una società canadese (CAN Co.) prendeva a prestito del denaro per capitalizzare una LLC costituita in USA<sup>156</sup>; quest’ultima, a sua volta, finanziava una società controllata residente in USA (USA Co.).

In base al regime ordinario previsto per i soggetti residenti in USA, la LLC

---

*tax, but they are exempt only if they meet all of the requirements for exemption specified in the tax laws. They are, thus, subject to the tax laws of a Contracting State. Furthermore, if they do not meet the standards specified, they are also required to pay tax. Most States would view such entities as residents for purposes of the Convention (see, for example, paragraph 1 of Article 10 and paragraph 5 of Article 11)”.*

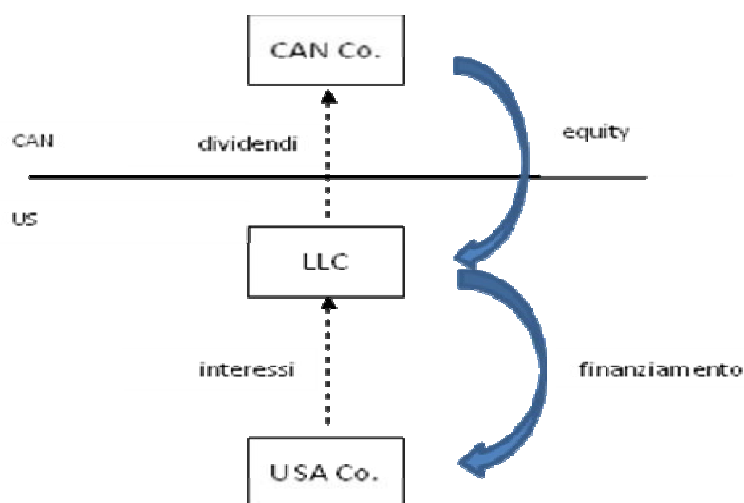
<sup>155</sup> Il Commentario all’art. 1 del Modello OCSE, al par. 3, precisa che “*where a partnership is treated as a company or taxed in the same way, it is a resident of the Contracting State that taxes the partnership on the grounds mentioned in paragraph 1 of Article 4 and, therefore, it is entitled to the benefits of the Convention.*

*Where, however, a partnership is treated as fiscally transparent in a State, the partnership is not “liable to tax” in that State within the meaning of paragraph 1 of Article 4, and so cannot be a resident thereof for purposes of the Convention. In such a case, the application of the Convention to the partnership as such would be refused, unless a special rule covering partnerships were provided for in the Convention. Where the application of the Convention is so refused, the partners should be entitled, with respect to their share of the income of the partnership, to the benefits provided by the Conventions entered into by the States of which they are residents to the extent that the partnership’s income is allocated to them for the purposes of taxation in their State of residence (cf. paragraph 8.4 of the Commentary on Article 4)”.*

<sup>156</sup> L’applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni nell’ipotesi di finanziamento diretto non genera particolari problematiche. Infatti, se USA Co. decide di finanziarsi tramite una banca residente in USA, il pagamento di interessi non è una operazione transnazionale per cui non è prevista l’applicazione delle Convenzioni.

Un’altra ipotesi è quella che prevede il finanziamento da parte di CAN Co. per il tramite di una banca residente in Canada e successivamente finanzia per il medesimo ammontare USA Co. Gli interessi attivi percepiti da CAN Co sono compensati dagli interessi passivi pagati da USA Co. e pertanto le imposte da pagare in Canada sono determinate sulla differenza tra i due importi. In questa ipotesi se si assume che CAN Co. è una società residente in Canada ai fini della Convenzione USA-Canada, gli interessi pagati da USA Co. sono soggetti all’applicazione della ritenuta in misura non superiore al 10% ai sensi dell’art. 11(2). CAN Co. può tuttavia portare in detrazione dall’imposta dovuta in Canada sui predetti l’ammontare della ritenuta assolta in USA.

è considerata una società fiscalmente trasparente ai fini della normativa fiscale degli USA mentre è considerata come un soggetto passivo d'imposta ai fini della normativa fiscale canadese (e quindi una *hybrid entity*). In base a un contratto di finanziamento USA Co. paga degli interessi alla LLC la quale, a sua volta, distribuisce tali interessi a CAN Co. sotto forma di dividendi.



Secondo la prospettiva statunitense il pagamento di interessi da USA Co. ha come beneficiario effettivo CAN Co. e quindi USA Co. può dedurre dal proprio reddito l'ammontare degli interessi pagati. Nessuna imposta è dovuta dalla LLC in quanto essa è considerata in USA un soggetto trasparente secondo la normativa statunitense.

Secondo la prospettiva canadese, CAN Co. è il beneficiario del pagamento di dividendi da parte della LLC: tali dividendi sono esenti da imposizione in Canada per effetto dell'art. 24(2)(b) della Convenzione USA-Canada. Gli interessi pagati da USA Co. - imputati attraverso la LLC - a CAN Co. sono soggetti all'applicazione di una ritenuta a titolo d'imposta in misura non superiore al 10% ai sensi dell'art. 11(2) della Convenzione USA-Canada.

#### 4.3.1. La posizione del Congresso degli USA

Nell'esaminare la predetta struttura di finanziamento di una società controllata residente negli USA, il Congresso era preoccupato circa la perdita di potestà impositiva sugli interessi pagati a CAN Co. per effetto della Convenzione USA-Canada, nonostante non vi fosse effettivamente una doppia a causa della natura ibrida della LLC. Il reddito derivante dal pagamento degli interessi era considerato di fonte statunitense ma - poiché la LLC è considerata alla stregua di

una società (quindi un soggetto passivo d'imposta) secondo la legislazione tributaria canadese - tale reddito non è di spettanza di CAN Co., sempre secondo la legislazione tributaria canadese.

Per queste ragioni in Congresso non era favorevole alla concessione dei benefici della Convenzione e quindi a consentire a CAN Co. di ottenere un risparmio di imposta pari alla differenza tra la ritenuta prevista dalla normativa domestica statunitense nel caso di pagamento di interessi a soggetti non residenti (pari al 30%<sup>157</sup>) e quella ridotta prevista dalla specifica Convenzione stipulata con il Canada (pari al 10%).

Nel 1997 il Congresso ha eliminato - attraverso l'aggiunta della Section 894(c)<sup>158</sup> - la possibilità di beneficiare della ritenuta ridotta nell'ipotesi di finanziamenti indiretti delle società partecipate residenti in USA. Secondo quanto previsto dalla Section 894(c)(1) un soggetto non residente non può beneficiare della ritenuta ridotta prevista da un Trattato fiscale con riferimento a un reddito ricevuto per il tramite di un soggetto fiscalmente trasparente ai fini della normativa tributaria statunitense se (i) l'altro Stato contraente non tassa tale reddito in capo al predetto soggetto non residente; (ii) la specifica Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata con lo Stato estero di residenza del soggetto percettore del reddito (i.e., il socio della *hybrid entity*) non contiene alcuna disposizione che si occupa dell'applicazione della Convenzione medesima con riferimento all'elemento di reddito imputato via *hybrid entity*; e (iii) lo Stato estero non tassa tale reddito al momento della distribuzione da parte della *hybrid entity* al soggetto non residente. Al verificarsi di tali condizioni il pagamento degli interessi da parte di USA Co. a CAN Co. è soggetto all'applicazione della ritenuta a titolo d'imposta in misura pari al 30%.

Secondo quanto previsto dalla Treasury Regulation Section 1.894-1(d)(1), la ritenuta prevista dalla normativa statunitense su un determinato elemento di reddito ricevuto da un soggetto che è fiscalmente trasparente in USA o in un qualsiasi altro Stato può essere ridotta sulla base di una Convenzione fiscale solo se il soggetto percettore di tale reddito è considerato residente ai fini della predetta Convenzione. Un elemento di reddito pagato a un determinato soggetto (nell'esempio dalla LLC) può essere considerato ai fini tributari come pagato a tale soggetto ovvero ai soci di tale soggetto ovvero ad entrambi. Per tale motivo, un elemento di reddito si può considerare come percepito da un soggetto solo se tale soggetto è considerato opaco ai fini della normativa tributaria dello Stato in cui è costituito. Allo stesso modo un elemento di reddito si può considerare come percepito dal socio di un soggetto (e quindi da CAN Co.) solo se il socio non è considerato fiscalmente trasparente nel proprio Stato con riferimento a tale elemento di reddito. In altri termini, il soggetto percettore del reddito e il socio di tale soggetto possono beneficiare delle disposizioni previste dalle Convenzioni

---

<sup>157</sup> Cfr. Section 871(a) e 881(a).

<sup>158</sup> Cfr. Taxpayer Relief Act del 1997.

contro le doppie imposizioni solo se i rispettivi Stati di residenza hanno potestà impositiva su tale elemento di reddito. Se tale elemento di reddito è considerato come percepito da entrambi (la LLC e Can Co.) è evidente che entrambi possono invocare l'applicazione delle disposizioni pattizie.

È irrilevante se un elemento di reddito è effettivamente tassato in capo a un determinato soggetto quale la *hybrid entity* ovvero in capo ai soci di quest'ultima. Il concetto di reddito "percepito da" fu introdotto con lo scopo di regolamentare l'ipotesi in cui un elemento di reddito è soggetto alla potestà impositiva dello Stato di residenza senza che però sia previsto una condizione di "pagamento delle imposte" (i.e., "*subject to tax requirement*"). Di conseguenza, qualora uno Stato non preveda il pagamento delle imposte, per esempio, nell'ipotesi di dividendi "in entrata" non comporta di per sé la negazione dei benefici delle Convenzioni fiscali.

Nella fase iniziale di emendamento della legislazione la bozza di modifica delle Regulations prevedeva che un elemento di reddito fosse considerato come "percepito da" persona solo se tale reddito era assoggettato ad imposta in capo a tale persona. La condizione di "pagamento delle imposte" fu tuttavia rimossa per evitare dei potenziali conflitti di interpretazione.

La Treasury Regulation Section 1.894-1(d)(1) si occupa dei problemi principali che coinvolgono una struttura di investimento tramite una *hybrid entity*: la trasparenza fiscale di tale soggetto e gli effetti di tale trasparenza su un elemento di reddito pagato a tale soggetto<sup>159</sup>. Sul punto è stato chiarito che ai fini della determinazione della trasparenza fiscale, si applicano le disposizioni dello Stato in cui la persona - che invoca i benefici convenzionali - è stabilita, cioè lo Stato della residenza<sup>160</sup>.

In base alle *Regulation* l'applicazione delle Convenzioni è prevista non su base generale ma ciascun elemento di reddito pagato al soggetto deve essere preso in considerazione separatamente. Tale approccio basato sul singolo elemento di reddito può comportare che un soggetto è considerato fiscalmente trasparente con riferimento al pagamento di interesse mentre, al contrario, non trasparente (i.e., opaco) con riferimento al pagamento di dividendi<sup>161</sup>.

Le modifiche normativa qui sopra indicate hanno determinato la fine delle strutture di finanziamento realizzate mediante l'utilizzo di una *hybrid entity* interposta tra la società residente negli USA che svolge un'attività di impresa e la società non residente socio di quest'ultima. Nell'ipotesi di soggetti residenti in Canada che svolgono un'attività d'impresa negli USA, i benefici delle

<sup>159</sup> La prima versione delle *Regulation* ha creato un po' di confusione considerato che non era ben chiaro a quale giurisdizione ci si dovesse riferire per determinare se un soggetto (i.e., la *hybrid entity*) fosse o meno trasparente ai fini fiscali e se tale determinazione dovesse avvenire con riferimento al soggetto ovvero secondo un approccio per singolo elemento di reddito.

<sup>160</sup> Treasury Regulation Section 1.894-1(d)(3)(ii)(B) se si tratta del soggetto che direttamente percepisce il reddito (i.e., la *hybrid entity*) ovvero Section 1.894-1(d)(3)(iii)(B) se si tratta del socio di tale soggetto.

<sup>161</sup> Cfr. *Treasury Regulation Section 1.894-1(d)(5) Example 10.*

Convenzioni stipulate dagli USA non sono applicabili poiché nessuna delle tre condizioni previste dalla Section 894(c)(1) è soddisfatta:

- il Canada non ha alcuna potestà impositiva con riguardo al pagamento di interessi effettuato da USA Co. alla LLC e gli interessi non sono considerati come pagati a CAN Co. secondo la legislazione tributaria canadese;
- la Convenzione USA-Canada non conteneva alcuna disposizione relativa alla possibile applicazione della Convenzione medesima a un elemento di reddito ricevuto per il tramite di una *partnership*;
- il Canada non assoggetta ad imposta la distribuzione dei dividendi da parte della LLC a CAN Co. poiché i dividendi sono esenti in base alla legislazione domestica canadese.

Di conseguenza, CAN Co. non può invocare l'applicazione della ritenuta ridotta del 10% sul pagamento degli interessi alla LLC e pertanto tale reddito è soggetto all'applicazione della ritenuta a titolo d'imposta in misura pari al 30%.

#### 4.3.2. *Hybrid entities* secondo l'approccio del *Report* OCSE sulle *Partnerships*

L'approccio seguito dall'OCSE con riguardo ai conflitti di classificazione è stato espresso nel 1999 nel *Partnership Report* dell'OCSE. Tale documento - recepito nel Commentario al Modello OCSE<sup>162</sup> - è stato predisposto con lo scopo di fornire alcune precisazioni sul trattamento delle *partnerships* ai fini convenzionali sulla base di alcuni esempi pratici<sup>163</sup>. Il *Partnership Report* comprende una parte relativa all'applicazione delle disposizioni convenzionali ai soci della *partnership* e alla *partnership* in diversi scenari nell'ipotesi in cui la Convenzione è applicata dallo Stato della fonte e una parte in cui tali disposizioni sono applicate dallo Stato della residenza.

Il Comitato per gli Affari Fiscali ha individuato un principio per l'applicazione delle disposizioni convenzionali. Infatti, quando una *partnership* non si qualifica quale soggetto residente secondo i principi esaminati in precedenza, il Comitato OCSE ritiene che il socio può beneficiare delle Convenzioni stipulate dallo Stato in cui egli è residente a condizione che in tale

---

<sup>162</sup> Si veda il Commentario OCSE all'art. 1, paragrafi da 6.2 a 7; art. 3, paragrafo 10.1; art. 4, paragrafi da 8.2 a 8.4; art. 5, paragrafo 19.1; art. 15, paragrafi 6.1 e 6.2; art. 23, paragrafi da 32.1 a 32.7 e da 69.1 a 69.3 e art. 23, paragrafi da 56.1 a 56.3.

<sup>163</sup> Il *Partnership Report* dell'OCSE al par. 3 precisa che "at the beginning of the work on this topic, it was decided that this work should generally focus on practical cases and an approach based on the discussion of factual examples was therefore adopted. It was quickly found that many of the problems that were brought to the attention of the Committee arose from so-called "conflict of qualification"- cases where the treaty partners interpret or apply the treaty in different ways. The Committee agreed that while this broader issue extended beyond the treatment of partnerships under tax conventions, it should nevertheless be dealt with in the context of this work on partnerships".

Stato questi è soggetto passivo d'imposta con riferimento alla quota di reddito della *partnership* a lui imputata<sup>164</sup>.

Come sopra evidenziato il *Partnership Report* prevede che il socio, al fine di beneficiare delle disposizioni convenzionali con lo Stato della fonte, debba essere assoggettato ad imposta nello Stato di residenza con riferimento alla quota di reddito della *partnership* a lui imputata. Tale requisito dell'assoggettamento ad imposta limitata alla quota di reddito (e non invece al complesso dei redditi del socio) si discosta dalla definizione di soggetto "residente" prevista dall'art. 4(1) del Modello OCSE. Il Comitato per gli Affari Fiscali ha giustificato il proprio approccio precisando che tale interpretazione consente di evitare la negazione dei benefici convenzionali con riferimento ai redditi della *partnership* sulla base della circostanza che né la *partnership* (in quanto soggetto non residente) né i suoi soci (in quanto il reddito non è direttamente pagato a loro o percepito da loro) possono invocare le disposizioni pattizie su tali redditi<sup>165</sup>.

L'interpretazione fornita dal Comitato OCSE è stata oggetto di numerose critiche. Infatti, è stato sostenuto che gli stringenti requisiti previsti per l'applicazione del *Partnership Report* tendono a trasformarsi in un clausola di "pagamento effettivo" delle imposte (i.e., *subject to tax clause*) che contrasta con

---

<sup>164</sup> Il *Partnership Report* dell'OCSE al par. 47 precisa che "*where a partnership as such does not qualify as a resident under the principles developed in the preceding section, the Committee agrees that the partners should be entitled to the benefits provided by the Conventions entered into by the countries of which they are residents to the extent that they are liable to tax on their share of the partnership income in those countries*".

<sup>165</sup> Il *Partnership Report* dell'OCSE al par. 53 precisa che "*one broadly based approach would be to recognise as implicit in the structure of the Convention the principle that the source State, in applying the Convention where partnerships are involved, should take into account, as part of the factual context in which the Convention is to be applied, the way in which an item of income arising in its jurisdiction is treated in the jurisdiction of the taxpayer claiming the benefits of the treaty as a resident. If that State "flows through" the income to the partner, then the partner should be considered liable to tax and entitled to the benefits of the Convention of the State of which he is a resident. It may be observed, in that respect, that a partner is still to be considered liable to tax on the income which "flows through" to him where, in the State of residence, tax is not imposed on that income by virtue of, e.g. a participation exemption in the case of dividends or the application of the exemption method for the relief of double taxation in the case of income attributable to a permanent establishment.*

*On the other hand, if the income, though allocated to the taxpayer under the laws of the source State, is not similarly allocated for purposes of determining the liability to tax on that item of income in the State of residence of the taxpayer claiming the benefits of the Convention, then the source State should not grant benefits under the Convention. In these latter circumstances, the underlying factual premise on which the allocation of taxing rights is based, that is, that the source State is only obliged to reduce its domestic law tax claim where the income in question is potentially liable to tax in the hands of a resident of the treaty partner, is simply not present. This interpretation, which looks at how the partnership's income is taxed by the State of residence, avoids denying the benefits of tax conventions to a partnership's income on the basis that neither the partnership, because it is not a resident, nor the partners, because the income is not directly paid to them or derived by them, can claim the benefits of the Convention with respect to that income*".

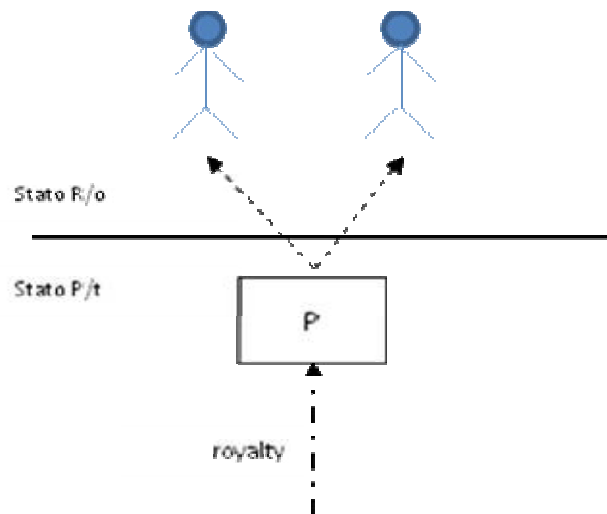


la clausola generale dell'assoggettamento ad imposta di cui all'art. 4(1) del Modello OCSE.

4.3.2.1. Esempio: pagamento effettuato a una *partnership* non trasparente (secondo la legislazione dello Stato di residenza dei soci)

Dopo una serie di esempi relativi alla possibile applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni quando la *partnership* non è residente ai sensi della Convenzione, il *Partnership Report* affronta i casi delle *hybrid entities* in cui uno Stato considera la *partnership* come soggetto opaco. Nell'Esempio 6, il Comitato discute il caso di redditi pagati a una *hybrid entity*.

**Esempio 6:** P è una *partnership* costituita nello Stato P. A e B sono i soci della *partnership* P che è fiscalmente residente nello Stato R. Nello Stato P la *partnership* P è considerata come un soggetto fiscalmente trasparente mentre nello Stato R essa è considerata un soggetto fiscalmente opaco. La *partnership* P riceve delle *royalty* dallo Stato P che non sono relative a una stabile organizzazione in tale Stato.



Nel discutere tale esempio il Comitato per gli Affari Fiscali dell'OCSE sostiene che lo Stato in cui la *partnership* P è stabilita non dovrebbe concedere i benefici delle Convenzioni con riferimento al pagamento delle *royalty*. A supporto di tale conclusione vengono fornite tre diverse linee argomentative.

Il primo approccio da adottare si basa sul concetto di assoggettamento ad imposta dei soci sulla loro quota di redditi della *partnership*. Sebbene i soci A e B

siano residenti dello Stato R, non sono assoggettati a tassazione sulla loro quota di redditi derivanti da *royalty* perché, secondo la prospettiva dello Stato R, le *royalty* non sono imputate per trasparenza ai soci A e B e la *partnership* non è residente nello Stato R.

Ulteriore argomentazione per negare il beneficio dell'applicazione del Convenzione può essere tratta dal fatto che la *partnership* - e non i soci di questa - è il beneficiario effettivo del reddito derivante dalle *royalty*. La *partnership*, tuttavia, non è qualificata come residente né dello Stato R (perché questo Stato considera la *partnership* come un'entità tassabile dallo Stato P) né tantomeno dallo Stato P (perché questo tratta la *partnership* come trasparente).

Come terzo approccio, l'OCSE sostiene che alcuni Stati potrebbero negare l'applicazione della Convenzione ai soci della *partnership* basandosi sui concetti di mala fede o abuso delle norme del trattato medesimo<sup>166</sup>.

#### 4.3.3. Comparazione degli approcci utilizzati dagli USA e dall'OCSE

La struttura di finanziamento indiretta realizzata attraverso una *hybrid entity* cui il Congresso ha reagito con la promulgazione della Section 894(c) e l'Esempio 6 del *Partnership Report* dell'OCSE sono paragonabili per il pagamento effettuato, rispettivamente, alla LLC statunitense e alla *partnership* P. In entrambi i casi la questione attiene alla possibilità che i soci stranieri possano beneficiare dell'applicazione della Convenzione con riferimento a tale pagamento, nonostante il percettore del reddito dal punto di vista giuridico sia la *partnership*. In entrambi i casi l'applicazione del trattato è negata.

Il *Partnership Report* dell'OCSE fornisce tre alternative a sostegno della negazione dei benefici convenzionali. L'approccio statunitense fornito nella

---

<sup>166</sup> Il *Partnership Report* dell'OCSE ai par. 64-66 precisa che “*while the Committee agrees that in this situation State P should not be required to give the benefits of the Convention with respect to the royalty income, several different approaches are used to support this result. Using one approach, partners A and B, though residents as such of State R are not liable to tax on the partnership income under the allocation rules applied by State R, consequently they are not entitled to benefits under the Convention in respect of that income. P is not a resident of State R for purposes of the Convention since, from the perspective of State R, it is not a domestic taxpayer in any sense. Thus again, State P's right to tax the partnership income would not be restricted under the Convention.*

*Alternatively, as discussed in paragraph 54 above, the partners would not be entitled to benefits under the Convention because they would not be considered as beneficial owners of the income for purposes of the Convention. Adopting a more literal approach, State P might simply focus on the fact that, under its allocation rules, the income has been paid to P and P would not qualify as a resident either of State R or State P. Here the treatment of A and B would not be relevant.*

*Finally, some countries would deny treaty benefits to A and B based on concepts of bad faith or abuse of treaty rights. The distributive rules of the Convention are based on the underlying assumption that A and B would be attributed the income on which treaty relief would be granted and where that is not the case, these general concepts would allow State P to resist any claims by A or B for benefits”.*

Section 894(c) e nella Treasury Regulation Section 1.894-1(d) seguono la prima delle suddette alternative (e cioè il concetto di “percepito da”), rifiutando gli altri due approcci suggeriti dal *Partnership Report*.

Inizialmente, la prima versione delle *Regulation* richiedevano che tale elemento di reddito fosse percepito da un soggetto residente in una giurisdizione in cui sia applicabile una Convenzione, che tale soggetto fosse il beneficiario effettivo di tale reddito, e che tutte le altre condizioni per beneficiare del trattato fossero soddisfatte. Questo riferimento al beneficiario effettivo è stata abbandonata nelle *Regulation* definitive per questioni tecniche<sup>167</sup>.

Infine, il Tesoro ha esplicitamente respinto un approccio soggettivo, che richiede di valutare se il contribuente abbia utilizzato una specifica struttura di business per motivi di elusione, in favore di regole oggettive per la determinazione del suo diritto a beneficiare del trattato.

Gli approcci degli Stati Uniti e dell'OCSE sono coerenti, nonostante la differenza concettuale data dal fatto che la Section 894 e la Treasury Regulation Section 1.894-1(d) rappresentano una specifica misura di contrasto a strutture di pianificazione fiscale aggressiva mentre la soluzione del *Partnership Report* è una discussione su esempi pratici utili come guida per l'applicazione del modello OCSE.

La differenza tra un tentativo di proteggere la potestà impositiva dello Stato della fonte (approccio degli USA) ed una discussione astratta del problema (approccio dell'OCSE) sembra essere colmata dalla stessa interpretazione degli obiettivi che stanno alla base dei trattati in materia fiscale. Sia il Ministero del Tesoro americano che il *Partnership Report* dell'OCSE sostengono che le loro considerazioni sono basate sulla premessa che lo scopo dei trattati è quello di evitare le doppie imposizioni e le doppie non imposizioni ovvero, come suggerisce il Ministero del Tesoro americano, la doppia tassazione e doppia non tassazione sono risultati inappropriati e indesiderati nell'applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni.

#### 4.3.4. Evoluzione delle *hybrid entities* nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dagli USA

Il Congresso si è occupato delle strutture di finanziamento indiretto che coinvolgono una *hybrid entity* con la promulgazione della Section 894(c). Questa, comunque, era solo una delle modalità per imporre una limitazione al diritto all'applicazione dei benefici del trattato per queste strutture. Il problema avrebbe

---

<sup>167</sup> Il riferimento al beneficiario effettivo veniva usato perché questo concetto era centrale nelle regole delle ritenute della Section 1441. Il riferimento, comunque, diventa superfluo quando alla fine *Treas. Reg. section 1.894-1(d)* stabilisce che la definizione di beneficiario effettivo ai sensi del regolamento non si applica ai pagamenti per i quali è dovuta una ritenuta ridotta ai sensi dei trattati fiscali.

potuto essere risolto a livello del trattato stesso. Nella sua definizione di residenza, il Modello USA fornisce una definizione che ha il medesimo tipo di impatto della Section 894(c). Ai sensi dell'art. 4(1)(d) del Modello USA, un elemento di reddito, un ricavo o una plusvalenza percepita da una *hybrid entity* fiscalmente trasparente secondo le leggi di entrambi gli Stati contraenti si considera percepito da un residente di uno Stato contraente nella misura in cui questo elemento è trattato, per ciò che concerne la normativa fiscale di questo Stato contraente come elemento di reddito di un soggetto ivi residente. Qualora un trattato contenga questa previsione la Section 894(c) non risulta essere necessaria poiché (l'applicazione delle) le aliquote ridotte del trattato sono già limitate dal trattato.

La formulazione dell'art. 4(1)(d) del Modello USA precisa che questa limitazione opera secondo un approccio effettuato caso per caso. Nella struttura di finanziamento indiretta di cui sopra, il diritto a beneficiare della Convenzione USA-Canada con riferimento agli interessi pagati da USA Co. a CAN. Co. attraverso la LLC, dipende dal fatto se CAN.Co. è considerata fiscalmente residente in Canada in base al trattato medesimo, secondo la prospettiva dello Stato canadese. Ciò non risulta verificato nell'esempio proposto perché il Canada considera la LLC come un soggetto non trasparente (opaco), quindi gli interessi non possono essere considerati come percepiti direttamente a CAN.Co..

Il semplice fatto che il Canada tratti il successivo pagamento dei dividendi dalla LLC alla CAN.Co. come reddito ricevuto da quest'ultimo non modifica le conclusioni raggiunte. Nonostante il dividendo sia pagato con gli interessi ricevuti e dunque sia l'equivalente economico dell'interesse, il dividendo è un elemento reddituale diverso dagli interessi. Pertanto, alla società CAN.Co. sarebbe stata preclusa l'applicazione dei benefici della Convenzione USA-Canada relativamente al pagamento degli interessi se tale trattato avesse contenuto una previsione analoga a quella dell'art. 4(1)(d) del Modello USA.

Allo stato attuale soltanto pochi trattati contengono la formulazione dell'art. 4(1)(d) del Modello USA: i trattati con Danimarca, Irlanda, Olanda, Sud Africa, Gran Bretagna e Venezuela. Inoltre, in molti trattati gli USA hanno raggiunto degli accordi con riguardo ai redditi percepiti da (o pagati a) un soggetto fiscalmente trasparente considerando una persona come residente ai sensi del trattato relativamente ai redditi percepiti da o pagati da una *partnership* solo nella misura in cui il reddito derivante da tale *partnership* sia assoggettato ad imposta in tale Stato come se fosse reddito di un residente, cioè in capo alla *partnership* ovvero in capo ai suoi soci.

Secondo la Section 894(c)(1), l'esistenza di un trattato con un altro Stato contenente una previsione che si occupi dell'applicabilità del trattato a elementi di reddito percepiti attraverso una *partnership* rende inapplicabile la Section 894(c)(1). Tuttavia, sebbene la maggior parte dei trattati stipulati dagli USA contengano una clausola relativa a tale problematica, ciò non significa che il meccanismo della Section 894(c) non trovi comunque applicazione. Ciò in

conseguenza del fatto che nel preambolo di tali disposizioni, il Ministero del Tesoro americano ha stabilito che tali previsioni si applicano per tutti i trattati in materia di imposte sui redditi stipulati dagli USA indipendentemente dal fatto che i trattati contengano delle previsioni sulle *hybrid entities*, salvo che le autorità competenti si accordino diversamente.

#### 4.4. Conclusioni

Anche se la doppia imposizione derivante da conflitti di classificazione tra Stati membri può essere eliminata o ridotta per effetto di una Convenzione contro le doppie imposizioni risulta evidente che l'uso dei trattati può non essere sufficiente ad eliminare il problema. Il conflitto di classificazione riguarda le differenze esistenti all'interno delle legislazioni nazionali degli Stati membri, ma può essere eliminato solo attraverso una politica a livello comunitario.

Con riferimento allo scopo del Modello OCSE e del TFUE l'analisi effettuato porta a concludere che la doppia imposizione internazionale che origina nell'ipotesi di conflitti di classificazione è una combinazione di doppia imposizione giuridica ed economica. Entrambe le forme di doppia imposizione rappresentano degli ostacoli alla circolazione dei partecipanti nel mercato unico. A differenza del Modello OCSE, il TFUE si limita a prevenire gli ostacoli derivanti esclusivamente dalla doppia imposizione giuridica. Come giustamente osservato in dottrina<sup>168</sup> sebbene la doppia imposizione può essere eliminata ovvero mitigata attraverso l'uso delle Convenzioni contro le doppie imposizioni, l'applicazione di metodi (unilaterali ovvero bilaterali) costituisce un ostacolo per il movimento all'interno del mercato unico.

Tuttavia, una soluzione suggerita nel passato per ridurre gli effetti negativi derivanti dai conflitti di qualificazione è quella di includere tutte le tipologie di soggetti giuridici all'interno delle singole Convenzioni. Tale approccio garantisce ai contribuenti un certo grado di certezza. Uno svantaggio, ovviamente, è rappresentato che tale approccio non include i soggetti giuridici costituiti con Stati terzi. Un altro svantaggio è rappresentato dal fatto che tale approccio ha una natura piuttosto statica; infatti sarà necessario una modifica delle Convenzioni tutte le volte che venga introdotta nella legislazione nazionale un nuovo soggetto giuridico.

Una delle soluzioni proposte recentemente consiste nel fatto che nell'ipotesi in cui sono coinvolte *hybrid entities* uno Stato contraente deve seguire ai fini convenzionali le regole di classificazione e di allocazione dei redditi applicate dall'altro Stato contraente.

---

<sup>168</sup> P.J. Wattel, "Corporate tax jurisdiction in the European Union with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality", in EC Tax Review, n. 4/2003, pagg. 194-202.

Con riguardo alle possibili soluzioni ai conflitti di classificazione è importante notare come negli ultimi anni è stata prestata particolare attenzione sia all'interno delle singole Convenzioni contro le doppie imposizioni che nelle note esplicative ad esse allegate. Da quanto esaminato nei precedenti paragrafi emerge che non è possibile eliminare la doppia imposizione in tutti i possibili scenari.

## 5. La Direttiva Madre Figlia e l'interposizione delle *hybrid entities*

### 5.1. Le recenti modifiche in sede di rifusione e la problematica delle *hybrid entities*

Al termine del 2011 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea la Direttiva 2011/96/UE<sup>169</sup> concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi. Essa rifonde la Direttiva 90/435CEE.

Nel primo considerando della sopra menzionata Direttiva si rileva che la Direttiva 90/435/CEE (c.d. Direttiva Madre-Figlia) è stata oggetto di diverse modifiche. Dal momento che in futuro potrebbero essere apportati ulteriori emendamenti, esigenze di chiarezza ne hanno imposto la rifusione (c.d. *recast*). In sintesi, la Direttiva Madre-Figlia è stata interessata nel corso del tempo dalle seguenti modifiche:

- a) la Direttiva 2003/123/CE<sup>170</sup> che ha (i) ampliato la lista delle forme societarie che rientrano nell'ambito di applicazione della normativa e (ii) ha ridotto la percentuale di partecipazione, quale requisito per l'applicazione della Direttiva medesima;
- b) l'Atto di adesione del 2003 che ha esteso le disposizioni della Direttiva 90/435/CEE agli Stati che hanno aderito alla Unione europea, a partire dal 1.5.2004<sup>171</sup>;
- c) la Direttiva 2006/98/CE<sup>172</sup> che ha esteso le disposizioni della Direttiva 90/435/CEE agli Stati che hanno aderito alla Unione europea, a partire dal 1.1.2007<sup>173</sup>.

Dall'analisi del testo della Direttiva 2011/96/UE si può affermare che la rifusione della Direttiva Madre-Figlia non contiene modifiche di carattere sostanziale rispetto alla disciplina vigente. In sostanza, l'intervento legislativo si limita a consolidare e razionalizzare le singole disposizioni, alla luce delle modifiche intervenute nel corso del tempo in ambito comunitario e con lo scopo di superare eventuali incertezze e dubbi di carattere applicativo.

Alla luce di quanto sopra premesso si ritiene che l'analisi relativa all'applicabilità delle disposizioni della Direttiva Madre-Figlia alle *hybrid entities*

---

<sup>169</sup> Direttiva 2011/96/UE del 30.11.2011. La Direttiva entra in vigore il ventesimo giorno successivo a quello di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

<sup>170</sup> Direttiva 2003/123/CE del 22.12.2003.

<sup>171</sup> Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca, Slovenia e Ungheria.

<sup>172</sup> Direttiva 2006/98/CE del 20.11.2006.

<sup>173</sup> Bulgaria e Romania.

possa essere condotta facendo riferimento al testo della Direttiva ante rifusione.

Come evidenziato più volte nel corso del presente studio, uno degli obiettivi del mercato unico è quello di creare uno spazio nel quale dare la possibilità a tutti i partecipanti di competere e di consentire loro di operare all'interno dell'Unione Europea senza entrare in conflitto con le barriere e gli ostacoli di carattere normativo. Non risulta allora sorprendente affermare che uno di tali ostacoli è rappresentato dalla doppia imposizione che coinvolge i flussi di reddito tra società residenti in diversi Stati membri. Come giustamente affermato in dottrina<sup>174</sup> *"in the context of the Common Market, the Parent-Subsidiary Directive's prime objective was to ensure that the companies operating in several Member States are not penalized on tax grounds and thus placed at a disadvantage compared with companies whose activities are restricted to national territory"*.

Detto in altri termini, il corollario di tale affermazione risulta il seguente: *"poiché tutti partecipiamo allo stesso gioco non è quanto mai opportuno giocare applicando le medesime regole per tutti?"*. Sebbene le iniziali intenzioni erano in meritevoli in teoria, si deve rilevare come i redattori della Direttiva Madre-Figlia abbiano perso di vista tale obiettivo nel corso della realizzazione del progetto: il risultato che è stato raggiunto risulta poco soddisfacente. Nella pratica sebbene sia stato creato un piano per competere ad armi pari, in realtà, per ragioni non note, alcuni soggetti sono stati esclusi da tale competizione. Un esempio è rappresentato dalle *hybrid entities* alle quali non è consentito beneficiare delle disposizioni della citata Direttiva e che quindi risultano ancora ai margini del "campo da gioco".

A prima vista si potrebbe concludere che l'esclusione delle *hybrid entities* rappresenti una posizione di chiusura e che non esista soluzione alcuna se non quella di modificare il testo della Direttiva Madre-Figlia. Tuttavia, si può anticipare che questa non può essere considerata l'unica soluzione al problema. Una approfondita analisi delle recenti sentenze della CGUE combinata con l'applicazione delle libertà fondamentali garantite dal TFUE potrebbe riportare tali soggetti nell'ambito della partita in anticipo rispetto alle nostre previsioni iniziali.

## 5.2. Il campo di applicazione della Direttiva Madre Figlia

La Direttiva Madre-Figlia nella sua originaria versione aveva lo scopo di eliminare la doppia imposizione economica derivante dalla distribuzione di utili tra soggetti residenti in diversi Stati membri. Il testo della Direttiva del 1990 si occupa esclusivamente dello scenario relativo al flusso diretto di dividendi tra società residenti in diversi Stati membri. Successivamente, nel 2003, al fine di

---

<sup>174</sup> C. Scrivener, *"Removal tax obstacles to cross-frontier activities of companies"*, Bulletin of the European Communities, Supplement 4/91, pag. 51.



preservare la compatibilità della Direttiva con la normativa comunitaria primaria, il suo ambito di applicazione è stato esteso alle ipotesi in cui la partecipazione alla società figlia fosse posseduta per il tramite di una stabile organizzazione di una società madre residente in un altro Stato membro<sup>175</sup>. L'estensione dei benefici della citata Direttiva a una stabile organizzazione ha consentito di avviare ulteriori dibattiti relativamente al suo effettivo ambito di applicazione. In particolare, ci si è chiesto se l'attuale versione della Direttiva Madre-Figlia comprenda implicitamente anche le partecipazioni in una società figlia attraverso dei soggetti interposti (ad esempio attraverso "veicoli" di natura societaria ovvero meramente contrattuale). In altri termini, ci si potrebbe domandare se, attraverso l'estensione dei benefici della citata Direttiva anche a una stabile organizzazione, si siano fatte rientrare inconsapevolmente nell'ambito di applicazione della Direttiva anche le partecipazioni indirettamente possedute attraverso soggetti fiscalmente trasparenti.

Al fine di dirimere i dubbi sopra menzionati è quanto mai opportuno procedere con l'analisi preliminare dei soggetti espressamente richiamati dal testo dell'attuale versione della Direttiva Madre-Figlia nonché delle condizioni necessarie per beneficiare dell'applicazione della Direttiva medesima.

#### 5.2.1. I soggetti rientranti nel campo di applicazione della Direttiva Madre-Figlia

Al fine di rientrare nell'ambito di applicazione della Direttiva Madre-Figlia e quindi ottenere lo *status* di "società madre", è necessario che un soggetto giuridico superi un test a due livelli. Il primo livello consiste nel rispetto delle tre condizioni previste dall'art. 2 della Direttiva Madre-Figlia necessarie per l'individuazione di una "società di uno Stato membro". Il secondo livello consiste nella verifica delle soglie di partecipazione necessarie per l'ottenimento dello *status* di "società madre".

L'art. 2 della Direttiva Madre-Figlia dispone che ai fini dell'applicazione della presente direttiva si intende per "società di uno Stato membro"<sup>176</sup> qualsiasi società:

---

<sup>175</sup> Sul punto si rinvia all'ottavo considerando della Direttiva Madre-Figlia nel quale si afferma che *"la corresponsione degli utili a una stabile organizzazione della società madre come pure la percezione degli utili da parte della stessa dovrebbe dar luogo al medesimo trattamento applicabile tra una società figlia e la società madre. Dovrebbe essere contemplato il caso in cui una società madre e la propria società figlia sono nel medesimo Stato membro e la stabile organizzazione è in un altro Stato membro. D'altro canto, pare che le situazioni in cui una stabile organizzazione e una società figlia sono situate nel medesimo Stato membro possono, salva l'applicazione dei principi del trattato, essere trattate sulla base del diritto interno dello Stato membro interessato"*.

<sup>176</sup> G.K. Fibbe, *"The different translation of the term company in the merger Directive and the Parent Subsidiary Directive: a Babylonian confusion of tongue"*, in EC Tax Review, 2006, pag. 95 e ss.. Inoltre, si veda anche Maisto G. e al., *"La tassazione dei dividendi intersocietari"*, in Quaderni della Rivista di Diritto Tributario, Giuffrè, 2011.

- (i) che, secondo la legislazione fiscale di uno Stato membro, sia considerata come avente il domicilio fiscale in tale Stato e, ai sensi di una convenzione in materia di doppia imposizione conclusa con uno Stato terzo, non sia considerata come avente tale domicilio fuori dell'Unione (*i.e.*, “requisito della residenza fiscale”);
- (ii) che, inoltre, sia assoggettata, senza possibilità di opzione e senza esserne esentata, a una delle imposte elencate nell'allegato I, parte B, o a qualsiasi altra imposta che venga a sostituire una delle imposte sopraindicate (*i.e.*, “requisito dell'assoggettamento ad imposta”);
- (iii) che abbia una delle forme enumerate nell'allegato I, parte A (*i.e.*, “requisito della forma giuridica”).

La citata Direttiva prevede che le sopra menzionate condizioni siano verificate cumulativamente ma non necessariamente all'interno di una legislazione tributaria<sup>177</sup>.

#### 5.2.1.1. Il requisito della residenza fiscale

Al fine di rientrare nell'ambito di applicazione della Direttiva Madre-Figlia una società deve essere residente ai fini fiscali all'interno di uno Stato membro. Poiché il termine “residente” non è stato definito ai fini della Direttiva Madre-Figlia, si evidenzia come sia unanimemente accettato che la citata Direttiva si riferisca al concetto di residenza come definito nell'ambito del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni<sup>178</sup>.

L'espressione “residente di uno Stato contraente” all'interno dell'art. 4(1) del Modello OCSE designa “*ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato a motivo del suo domicilio, residenza, della sede di direzione o di ogni altro criterio di natura analoga*”. Tuttavia, tale espressione non comprende le persone che sono imponibili in questo Stato soltanto per il reddito da fonti situate in detto Stato o per il patrimonio ivi situata.

Per determinare se una *partnership* può essere considerata un residente, è necessario fare un passo indietro e verificare se tale soggetto possa essere considerato come “persona” ai sensi dell'art. 3 del Modello OCSE. In base al citato art. 3 il termine persona comprende “*le persone fisiche, le società ed ogni altra associazione di persone*”. Il Commentario all'art. 3, par. 2, ultimo periodo, precisa che “*partnerships will also be considered to be “persons” either because they fall within the definition of “company” or, where this is not the case, because they constitute other bodies of persons*”<sup>179</sup>.

<sup>177</sup> B. Terra e P. Wattel, “*European tax law*” Deventer, 2008, pag. 228.

<sup>178</sup> F. C. de Hosson, “*The Parent-Subsidiary Directive*”, Intertax n. 10 (1990), pag. 428.

<sup>179</sup> Art. 3, par. 2, del Commentario al Modello OCSE.

Tuttavia, non risulta possibile determinare senza alcun grado di incertezza se una *partnership* sia o meno un soggetto residente. La risposta dipende ovviamente dal trattamento ai fini fiscali della *partnership* nello Stato in cui essa è stata costituita. Se una *partnership* è considerata come un soggetto opaco e quindi soggetta ad imposta al pari di una qualsiasi società di capitali, essa stessa è “assoggettata ad imposta” e quindi può essere considerata come un residente di uno Stato contraente. Nello scenario opposto, laddove la *partnership* è considerata quale soggetto trasparente nello Stato in cui è stata costituita, la *partnership* medesima non è assoggettata ad imposta a motivo del suo domicilio, residenza, della sede di direzione o di ogni altro criterio di natura analoga e pertanto non soddisfa il requisito della residenza. In tale ultima situazione, i soci della *partnership* possono ottenere i benefici della Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata dallo Stato in cui sono residenti limitatamente alla porzione del reddito della *partnership* che è stato loro imputato in base alle disposizioni tributarie dello Stato in cui sono residenti. Detto in altri termini, al fine di poter invocare le previsioni pattizie è necessario che i soci della *partnership* siano i beneficiari effettivi del reddito<sup>180</sup>.

#### 5.2.1.2. Il requisito dell’assoggettamento ad imposta

Il campo di applicazione della Direttiva Madre-Figlia è ulteriormente ristretto dalla condizione che una società deve essere assoggettata a un imposta sui redditi delle società, senza possibilità di opzione e senza esserne esentata. Si evidenzia che non esiste un consenso unanime in dottrina riguardo il concetto di esenzione da imposta in tale contesto: se cioè è necessario che la società sia effettivamente assoggettata ad imposta e pertanto che il soggetto giuridico debba materialmente pagare le imposte ovvero tale condizione riguardi anche quelle società che in principio rientrano nel campo di applicazione delle imposte sul reddito ma i cui redditi sono esenti per effetto dell’esistenza di un regime speciale (cosiddetta esenzione a carattere soggettivo) ovvero perché beneficiano di un regime di esenzione relativo a una certa tipologia di redditi (cosiddetta esenzione a carattere oggettivo)<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> J. Barenfeld “*Taxation of cross-border partnerships: double tax relief in hybrid and reverse hybrid situations*”, Doctoral series: vol. 9, IBFD 2005, pag. 152.

<sup>181</sup> L. de Broe, “*International Tax Planning and Prevention of Abuse*”, Doctoral Series vol. 14, IBFD 2008, a pag. 26; G. Maisto, “*Shaping the EU company Tax Policy: Amending the Tax Directives*”, European Taxation 8 (2002), pagg. 288-289; G. Miasto, “*Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra “società madri” e “società figlie”*”, Milano, 1996; C. Brokelind, “*Une interpretation de la directive societés mères et filiales du 23 juillet 1990*”, Bruxelles, 2000; C. Brokelind, “*The proposed amendments to the Parent-Subsidiary Directive: some progress?*”, European Taxation, 2003, pag. 451 e ss.; N. Raby, “*National implementation of the Parent-Subsidiary Directive. Some problems and opportunities identified*”, in EC Tax Review, 1992, pag. 222 e ss.; B. Terra e P. Wattel, “*European tax law*” Deventer, 2008, pagg. 227-228; W. Wijnen, “*Survey of implementation of the*

La Direttiva Madre-Figlia non si applica nelle ipotesi in cui un soggetto sia statutariamente trattato come soggetto trasparente ai fini fiscali ma possa optare per un regime di assoggettamento ad imposta<sup>182</sup>. In alcuni Stati membri, quali ad esempio la Francia, alcune tipologie di imprese possono optare per pagare l'imposta sulle società invece dell'imposta sul reddito; tali soggetti pertanto non rientrano nel campo di applicazione della Direttiva Madre-Figlia<sup>183</sup>. Con riguardo a quei soggetti che possono optare per un regime di tassazione per trasparenza, la dottrina ritiene che la mera esistenza di un'opzione sia di scarsa importanza<sup>184</sup>. Ciò che conta è se il soggetto giuridico abbia o meno esercitato tale opzione e quindi se beneficia di un regime di esenzione<sup>185</sup>. In caso contrario, l'inclusione di tali soggetti nell'Allegato I sarebbe priva di ogni logica. Quando un soggetto giuridico è automaticamente considerato fiscalmente trasparente senza alcuna opzione allora tale soggetto non esiste ai fini delle imposte sui redditi delle società e pertanto non può beneficiare della Direttiva Madre-Figlia.

#### 5.2.1.3. Il requisito dell'inclusione nell'Allegato alla Direttiva Madre-Figlia

L'Allegato alla Direttiva Madre-Figlia costituisce un ulteriore filtro al suo ambito di applicazione. Il legislatore comunitario ha lasciato aperta la possibilità per ciascun Stato membro di decidere quale tipo di società costituita in base alle proprie leggi potesse essere inclusa nel predetto Allegato<sup>186</sup>. Un certo numero di Stati membri ha deciso di adottare un approccio basato su una lista di soggetti specificamente individuati. Gli altri Stati membri hanno invece optato per una definizione aperta di società quale ad esempio "[...] *altre società costituite in conformità della legislazione francese e soggette all'imposta francese sulle società*". Gli Stati membri possono estendere l'ambito di applicazione della Direttiva anche ad altre forme di società a condizione che queste ultime soddisfino i requisiti di cui all'art. 3 della citata Direttiva. Qualora uno Stato membro decida di estendere i benefici della Direttiva Madre-Figlia a un soggetto non espressamente incluso nell'Allegato I, esso corre il rischio che l'altro Stato

---

*EC Corporate Tax Directives*", IBFD 1995, pag. 362.

<sup>182</sup> Commission Staff Working Paper "*Company taxation in the Internal Market*", 23.10.2001, SEC(2001) 1681, a pag. 230.

<sup>183</sup> Ad esempio in Francia, le *general partnership (sociétés en nom collectif)*, le *limited partnership (sociétés en commandite simple)* e le *joint venture* possono optare per il pagamento delle imposte sul reddito.

<sup>184</sup> Si veda ad esempio alcune ipotesi previste dall'ordinamento tributario italiano: *società a responsabilità limitata, società in accomandita per azioni, società per azioni* elencate nell'Allegato I alla lettera l).

<sup>185</sup> G. Maisto, "Shaping the EU company Tax Policy: Amending the Tax Directives", *European Taxation* 8 (2002), pag. 289.

<sup>186</sup> O. Tommes, K. Nakhai "*Commentary on the Parent-Subsidiary Directive*" (IBFD, loose-leaf), *Europe - Corporate Taxation* chapter, commentario all'art. 3, par. 133.

membro non risponda con una identica misura volta ad estendere il predetto regime a tale nuovo soggetto.

Nella iniziale proposta di Direttiva Madre-Figlia non fu considerato necessario indicare le diverse forme societarie alle quali si potesse applicare il regime fiscale della predetta Direttiva. Al momento di redazione della prima bozza si ritenne che la semplice indicazione dell'“assoggettamento ad imposta sui redditi delle società” fosse di per sé sufficiente per individuare le forme giuridiche che la Direttiva intendeva ricomprendere. Durante le assemblee del Consiglio dell'Unione Europea, al quale fu sottoposta la proposta di Direttiva del 1969, apparve tuttavia evidente che alcuni Stati membri, tra cui la Francia, assoggettavano alcune imprese diverse dalle società all'imposta sui redditi delle società - quali per esempio le *limited partnerships* - ovvero concedevano ad altri soggetti di natura meramente contrattuale di optare per un regime di assoggettamento ad imposta sul reddito delle società anziché all'imposta sul reddito delle persone fisiche<sup>187</sup>. Per tali ragioni, la sola condizione dell'“assoggettamento ad imposta sui redditi delle società” fu ritenuta insufficiente e pertanto furono aggiunte le due ulteriori condizioni sopra menzionate<sup>188</sup>.

Appena entrata in vigore la Direttiva Madre-Figlia apparve subito evidente che la lista dei soggetti giuridici contenuti nell'Allegato fosse piuttosto restrittiva. Il rapporto finale del Comitato degli esperti indipendenti, presieduto da O. Ruding, concluse prevedendo che lo scopo della Direttiva Madre-Figlia dovesse essere ampliato per ricomprendere tutte le imprese soggette all'imposta sul reddito delle società a prescindere dalla loro forma giuridica. Tale raccomandazione spinse la Commissione a predisporre una proposta di Direttiva nel 1993 nella quale si sottolineava tra le altre cose che alcune Stati membri consentivano alle *partnerships* - i cui redditi sono solitamente assoggettati ad imposizione in capo ai propri soci - di optare per l'applicazione di un regime di imposizione sui redditi delle società (in capo alla *partnership* medesima) e che fosse necessario consentire alle *partnerships* medesime di beneficiare delle disposizioni della citata Direttiva. La proposta ottenne l'appoggio integrale del Parlamento europeo. Tuttavia, in seno al Consiglio si ebbe un lungo dibattito sulla proposta di Direttiva che portò all'abbandono della citata proposta nel 1997. La mancanza di accordo era dovuta alle differenze di classificazione di alcuni soggetti giuridici che venivano considerati da alcuni Stati membri quali soggetti passivi d'imposta mentre dagli altri Stati membri quali soggetti fiscalmente trasparenti. Tale problema fu reinserito nell'agenda del 2000 quando il Consiglio dei Ministri dell'Unione europea ebbe modo di affermare che c'era un urgente bisogno di aggiornare la lista delle società ricomprese nell'Allegato alla Direttiva.

La Commissione europea optò per l'allargamento dei soggetti ricompresi

<sup>187</sup> Tale opzione era disponibile soprattutto all'interno dell'ordinamento tributario del Belgio.

<sup>188</sup> F. de Sousa da Camara, “Analysis of Article 2(c) of the Parent-Subsidiary Directive, Madera Holding Companies and their status under the Parent-Subsidiary Directive: Another view”, EC Tax Journal, Volume 1, 1995/96, Issue 3, pag. 217.

nell'Allegato alla Direttiva Madre-Figlia piuttosto che la cancellazione della prima condizione prevista dall'art. 2 (i.e., la forma giuridica enumerata nell'allegato I, parte A, della Direttiva) e per l'estensione del regime di detassazione dei dividendi a tutti i soggetti giuridici assoggettati ad imposta sui redditi delle società a prescindere dalla loro forma giuridica.

La recente modifica (avvenuta con le modifiche del 2003) dell'ambito di applicazione della Direttiva Madre-Figlia ha previsto l'inclusione tra i soggetti beneficiari del regime agevolativo anche di alcune società cooperative, società di mutua assicurazione, enti pubblici e privati la cui attività è totalmente o principalmente commerciale, banche con finalità di risparmio, associazioni e fondi.

Dato lo scopo della Direttiva si può comunque apprezzare lo sforzo compiuto anche se lo stesso risulta insoddisfacente. A seguito delle modifiche apportate alla Direttiva nel 2003, l'elenco non contiene più esclusivamente meri riferimenti a forme giuridiche tassative ma, per alcuni Stati membri, propone un perimetro di qualificazione che rinvia al regime impositivo applicabile in quello Stato<sup>189</sup>.

La versione modificata dell'Allegato alla Direttiva ricomprende un certo numero di soggetti che sono assoggettati ad imposta sul reddito delle società nel proprio Stato di residenza ma che possono essere trattate come soggetti trasparenti da parte di un altro Stato membro. I soggetti giuridici che possono comportare tali tipi di problematica sono per esempio: le *société en nom collectif* di diritto belga (SNC), le *société civil* di diritto francese (SC) e le *open commanditaire vennootschap* di diritto olandese (CV)<sup>190</sup>.

In assenza di uno speciale meccanismo correttivo, tali divergenze nella classificazione dei soggetti giuridici possono dare origine a casi di nessuna tassazione ovvero di temporanea doppia imposizione nel momento in cui lo Stato di residenza della società madre assoggetta ad imposta il reddito prodotto dalla società figlia al momento della sua produzione (i.e., applicazione del principio di

---

<sup>189</sup> Ad esempio, l'Austria vi ricomprende "altre società costituite in conformità della legislazione austriaca e soggette all'imposta austriaca sulle società"; la Danimarca "Altre società soggette ad imposizione ai sensi della legge sull'imposizione delle società, nella misura in cui il loro reddito imponibile è calcolato e tassato conformemente alle disposizioni fiscali generali applicabili alle 'aktieselskaber'"; il Belgio "altre società costituite in conformità della legislazione belga e soggette all'imposta belga sulle società"; la Germania "altre società costituite in conformità della legislazione tedesca e soggette all'imposta tedesca sulle società"; la Grecia "altre società costituite in conformità della legislazione greca e soggette all'imposta greca sulle società"; la Francia "altre società costituite in conformità della legislazione francese e soggette all'imposta francese sulle società"; il Lussemburgo "altre società costituite in conformità della legislazione lussemburghese e soggette all'imposta lussemburghese sulle società"; i Paesi Bassi "altre società costituite in conformità della legislazione olandese e soggette all'imposta olandese sulle società" e la Spagna "altre entità costituite in conformità della legislazione spagnola e soggette all'imposta spagnola sulle società".

<sup>190</sup> R. Russo, "Partnership and Other Hybrid Entities and the EC Corporate Direct Tax Directives", European Taxation 8(2003), a pag. 479.

tassazione per trasparenza) e differisce la concessione del credito d'imposta per le imposte sul reddito delle società pagate nello Stato di residenza della società figlia al momento della distribuzione dei dividendi<sup>191</sup>. Allo scopo di risolvere tali problemi, un nuovo comma è stato inserito all'art. 4 della Direttiva Madre-Figlia il quale adesso prevede uno speciale meccanismo per l'eliminazione della doppia imposizione. Secondo il disposto dell'art. 4, comma 1bis, lo Stato membro della società madre non è obbligato a seguire la classificazione della società figlia nello Stato di residenza di quest'ultima. Di conseguenza, lo Stato della società madre è sempre autorizzato a tassare gli utili della società figlia se e quando tali utili vengono realizzati. Tuttavia, al fine di rimuovere la doppia imposizione, lo Stato della società madre è obbligato a esentare da tassazione i predetti utili ovvero può sottoporli ad imposizione ma deve consentire a detta società madre di dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta societaria relativa ai suddetti utili e pagata dalla società figlia e da una sub-affiliata della società figlia medesima. Lo Stato membro della società madre deve anche evitare di tassare la distribuzione degli utili della società figlia considerato che tale conseguenza deriva dalla classificazione della *partnership* quale soggetto fiscalmente trasparente.

Al fine di evitare i problemi derivanti dall'applicazione dei regimi delle *controlled foreign companies* (CFC) applicabili in alcuni Stati membri, la Direttiva Madre-Figlia precisa che caratteristiche giuridiche di tale società figlia costituiscono i criteri utilizzati dagli Stati membri per decidere se trattare o meno una società non residente come soggetto fiscalmente trasparente<sup>192</sup>.

#### 5.2.2. Esclusione delle *hybrid entities* dal regime della Direttiva Madre-Figlia e possibile estensione ai soci

È importante evidenziare che le *hybrid entities* (i.e., i soggetti trasparenti ai fini fiscali) siano escluse dal campo di applicazione della Direttiva Madre-Figlia. Tali soggetti non soddisfano nessuna delle condizioni richieste per qualificarsi come "società di uno Stato membro". In primo luogo, essi non possono essere considerati come residenti poiché non sono assoggettati ad imposta nello Stato in cui sono stati costituiti. Inoltre, essi non rientrano in alcuna delle forme giuridiche richiamate nell'Allegato poiché i soggetti inclusi in tale lista sono soggetti ad imposta sul reddito delle società.

L'esclusione delle *partnerships* fiscalmente trasparenti dall'applicazione della Direttiva Madre-Figlia porta a chiedersi al verificarsi di quali condizioni i soci possano beneficiare del regime della citata Direttiva. In considerazione dei

<sup>191</sup> G. Maisto, "The 2003 Amendments to the EC Parent-Subsidiary Directive: What's next?", EC Tax Review 4(2004), a pag. 175.

<sup>192</sup> R. Russo, "Partnership and Other Hybrid Entities and the EC Corporate Direct Tax Directives", European Taxation 8(2003), a pag. 479.

principi contenuti nel *Partnership Report* dell'OCSE la risposta alla suddetta domanda dovrebbe essere a prima vista positiva. Tuttavia, una più attenta analisi delle disposizioni della Direttiva evidenzia un certo numero di problematiche a tale riguardo. Il più rilevante ha per oggetto l'interpretazione della definizione di "società madre".

Ai sensi dell'art. 3 della Direttiva Madre-Figlia la qualità di società madre è riconosciuta: a qualsiasi "società di uno Stato membro" che soddisfi le condizioni di cui all'articolo 2 e che:

i) detenga una partecipazione minima del 10% nel capitale di una società di un altro Stato membro che soddisfi le medesime condizioni, per un periodo ininterrotto di almeno due anni<sup>193</sup>;

ii) detenga nel capitale di una società dello stesso Stato membro una partecipazione minima del 10%, parzialmente o totalmente attraverso una stabile organizzazione della prima società situata in un altro Stato membro, per un periodo ininterrotto di almeno due anni.

La Direttiva Madre-Figlia non fornisce una risposta precisa con riferimento al possibile possesso indiretto della partecipazione da parte della società madre<sup>194</sup>. Tuttavia, a tale quesito si può dare risposta negativa attraverso l'esame della documentazione fornita dalla Commissione di Studio sulla tassazione delle società nel mercato interno laddove si precisa che "*at the present (before 2003 amendments) the Parent-Subsidiary Directive applies where the parent company has a direct holding of 25% in the subsidiary located in another Member State. This can create cross-border problems, particularly in the case of restructuring, because indirect holdings are not taken into account to calculate the Directive's threshold. The Parent-Subsidiary Directive needs to be amended to cover both direct and indirect shareholdings. Alternatively a lower minimum holding threshold would have a similar remedial effect*"<sup>195</sup>. *As a result of 2003 amendments, the holding threshold was lowered to 10%*".

Considerato che è stato deciso di ampliare l'ambito di applicazione della Direttiva Madre-Figlia mediante la riduzione della soglia minima di partecipazione, risulta evidente che la tesi della partecipazione indiretta sia stata respinta. È stato inoltre rilevato in dottrina in assenza di specifiche disposizioni in

---

<sup>193</sup> L'art. 3, paragrafo 2, secondo trattino della Direttiva Madre-Figlia consente agli Stati membri di subordinare l'applicazione del regime comune alla detenzione ininterrotta della partecipazione nel capitale della società figlia per un periodo non superiore a due anni. Alcuni Stati membri si sono avvalsi di tale facoltà e hanno in tal senso introdotto specifiche norme interne che integrano quelle di attuazione della Direttiva. La finalità di tali disposizioni risiede nell'esigenza di evitare comportamenti elusivi ed escludere l'applicazione del regime comune a rapporti partecipativi volti al godimento del regime comune in assenza di una partecipazione durevole avente un sufficiente carattere di stabilità.

<sup>194</sup> Sul punto il Modello OCSE è preciso e consente l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 10(2) solo con riferimento alla fattispecie di possesso diretto.

<sup>195</sup> Commission Staff Working Paper "*Company taxation in the Internal Market*", 23.10.2001, SEC(2001) 1681, a pag. 230.



materia di possesso indiretto agli Stati membri sia consentito applicare le previsioni della citata Direttiva solo in ipotesi di possesso diretto<sup>196</sup>.

Un'attenta lettura delle disposizioni della Direttiva porta alle medesime conclusioni. I termini utilizzati nell'art. 4 e nell'art. 5 della Direttiva (*i.e.*, “*in virtù del rapporto di partecipazione tra la società madre e la sua società figlia*” e “*alla sua società madre*”) indicano che la volontà dei redattori della Direttiva era di considerare solo le distribuzioni effettuate direttamente tra la società figlia e la società madre. D'altra parte si potrebbe contro argomentare affermando che qualora il legislatore avesse voluto limitare l'applicazione della Direttiva Madre-Figlia alle sole partecipazioni dirette allora avrebbe potuto prevederlo espressamente, ad esempio attraverso l'utilizzo del termine partecipazione “diretta”. Risulta ovvio che gli Stati membri possano prevedere in sede di recepimento della Direttiva anche l'ipotesi di partecipazione indiretta così come la previsione di una soglia di partecipazione più bassa.

Come affermato in precedenza, il beneficio dell'esenzione da ritenuta nello Stato di residenza della società figlia al momento della distribuzione dei dividendi alla società madre - essendo quest'ultima un soggetto trasparente - non può essere previsto ai sensi della citata Direttiva poiché una *hybrid entity* non è soggetta ad imposta sulle società sui redditi da essa prodotti. In tale ipotesi, appare poco probabile che i soci del soggetto trasparente possano beneficiare della Direttiva Madre-Figlia poiché la loro partecipazione sarebbe considerata con molta probabilità come una partecipazione indiretta nella società figlia, e pertanto fuori dall'ambito di applicazione della citata Direttiva. L'Amministrazione finanziaria francese così come il Tribunale Amministrativo (*Conseil d'Etat*)<sup>197</sup> hanno statuito che il requisito della partecipazione diretta comporta l'esclusione di una *partnership* ovvero di un qualsiasi soggetto trasparente ai fini fiscali.

Quanto sopra affermato ci porta ad affrontare il tema principale di questo capitolo, vale a dire se sia possibile adottare delle previsioni all'interno della Direttiva che consentano di includere nel suo ambito di applicazione anche le partecipazioni indirette.

Dal punto di vista teorico sono ipotizzabili due possibili soluzioni.

#### 5.2.2.1. L'approccio della stabile organizzazione

Il primo approccio per la soluzione del problema considera una *hybrid entity* come una stabile organizzazione dei suoi soci. Tuttavia, si ritiene che la previsione di una sorta di parallelismo tra la stabile organizzazione e la *partnership* trasparente come se esse fossero due sorelle gemelle appare essere errato fin da principio. Infatti, si deve rilevare come esistano delle differenze

---

<sup>196</sup> O. Tommes, K. Nakhai “*Commentary on the Parent-Subsidiary Directive*” (IBFD, loose-leaf), Europe - Corporate Taxation chapter, commentario all'art. 3, par. 87.

<sup>197</sup> *Conseil d'Etat* n. 33816 del 19.10.1983, *Revue de Jurisprudence Fiscale* 12/83.

fondamentali tra i due concetti. Prima di affrontare tale problema risulta opportuno analizzare la definizione di stabile organizzazione all'interno della Direttiva Madre-Figlia.

L'art. 2, comma 1, lett. b), della Direttiva Madre-Figlia dispone che “*ai fini dell'applicazione della presente Direttiva si intende per «stabile organizzazione» una sede fissa di affari situata in uno Stato membro, attraverso la quale una società di un altro Stato membro esercita in tutto o in parte la sua attività, per quanto gli utili di quella sede di affari siano soggetti a imposta nello Stato membro nel quale essa è situata ai sensi del pertinente trattato fiscale bilaterale o, in assenza di un siffatto trattato, ai sensi del diritto interno*” (sottolineature aggiunta).

La definizione qui sopra riportata, ad eccezione della clausola relativa all'assoggettamento ad imposta, corrisponde alla definizione di stabile organizzazione contenuta nell'art. 5(1) del Modello OCSE. Tuttavia, diversamente dalla definizione pattizia, la definizione di stabile organizzazione contenuta nella Direttiva non richiama né il concetto di *agency permanent establishment* né quello di *construction permanent establishment*<sup>198</sup>

Una *partnership* trasparente non è considerato un soggetto residente e non è assoggettata ad imposta a meno che essa non costituisca una stabile organizzazione per i suoi soci. In tale ipotesi, i soci sono soggetti ad imposta nello Stato in cui la *partnership* è stata costituita limitatamente alla quota di reddito della *partnership* a loro imputata. Pertanto, l'esistenza di una *partnership* trasparente potrebbe comportare l'esistenza di una stabile organizzazione dei suoi soci; tuttavia, risulta troppo riduttivo assumere *a priori* che ciò sia vero in ciascun caso. Non dovrebbe ravvisarsi l'esistenza di una stabile organizzazione nell'ipotesi in cui i soci svolgono un'attività economica ma non dispongono di una sede fissa d'affari nello Stato in cui la *partnership* è stata costituita mediante la quale l'attività viene svolta. La sola registrazione della *partnership* nel Registro delle Imprese non risulta essere sufficiente se non accompagnata da una presenza fisica nello Stato di registrazione. Affinché la soglia per la individuazione di una stabile organizzazione sia verificata è necessario lo svolgimento di un'attività economica per mezzo di una sede fissa d'affari.

Anche qualora la *partnership* dovesse soddisfare le condizioni previste per l'individuazione di una stabile organizzazione, risulterebbe comunque piuttosto complicato estendere i benefici della Direttiva Madre-Figlia ai suoi soci. Una interpretazione letterale della definizione comporta che una stabile organizzazione debba essere una sede fissa d'affari attraverso la quale viene svolta l'attività di una “società di un altro Stato membro”. Da ciò consegue che una *partnership* con soci residenti nell'ambito del medesimo Stato così come una *partnership* con più di un socio non rientrano nella definizione di stabile

---

<sup>198</sup> E. Zanotti, “Taxation of Inter-Company Dividends in the Presence of a PE: The Impact of the EC Fundamental Freedoms (Part One), European Taxation 11 (2004), a pag. 495.

organizzazione fornita dalla Direttiva Madre-Figlia e pertanto non possono beneficiare del regime di detassazione previsto dalla Direttiva medesima. Infatti, nella prima ipotesi (*i.e.*, soci residenti nel medesimo Stato di registrazione della *partnership*) i soci non soddisfano la condizione di società di un “altro Stato membro”. Nella seconda ipotesi (*i.e.*, *partnership* con più di un socio) la Direttiva non sarà applicabile in quanto la definizione di stabile organizzazione richiede che essa sia una sede fissa di affari di “una società” (e non di più società) di un altro Stato membro. In presenza di più soci di una *partnership* tale condizione è evidentemente non soddisfatta<sup>199</sup> in quanto la *partnership* deve rappresentare la stabile organizzazione di una e una sola società.

È inoltre discutibile se una *partnership* possa costituire una stabile organizzazione per i suoi soci non residenti limitatamente responsabili i quali non prendono parte nell’attività quotidiana della *partnership* medesima ma sono piuttosto dei meri investitori. Si potrebbe allora ipotizzare che esista un accordo di agenzia tra i vari soci, e che ogni soci risulta essere un agente dipendente degli altri soci. In tale ipotesi, un socio a responsabilità limitata potrebbe essere soggetto ad imposta nello Stato della *partnership* per effetto dell’esistenza di una stabile organizzazione - almeno nell’ipotesi in cui il socio illimitatamente responsabile sia ivi residente<sup>200</sup>. In pratica, risulta possibile che solo alcuni soci possano risultare possessori di una stabile organizzazione nello Stato di registrazione della *partnership* mentre per altri ciò non risulterebbe ipotizzabile. In tale ipotesi, solo una parte del reddito della *partnership* corrispondente alla quota di partecipazione dei soci aventi una stabile organizzazione potrà essere tassata nello Stato della *partnership*.

Anche laddove si accetti che una *partnership* trasparente possa costituire una stabile organizzazione dei soci non residenti, il sopra menzionato approccio corre rischio di incontrare una serie di problemi con riferimento ai requisiti di partecipazione. È necessario rilevare come una stabile organizzazione non costituisce un soggetto indipendente ma rappresenta semplicemente una emanazione della società madre. Il fatto che la società madre posseda una partecipazione in una società figlia attraverso una stabile organizzazione non modifica la caratteristica di partecipazione diretta. La società madre risulta ancora essere il proprietario formale delle partecipazioni. Risulta pertanto difficilmente accettabile che il requisito della partecipazione diretta sia verificato quando una *partnership* trasparente è interposta tra una società figlia e i soci della *partnership* medesima. In tale ipotesi, la proprietà giuridica delle partecipazioni nella società figlia risulta appartenere alla *partnership* trasparente ed è quest’ultima, e non i suoi soci, che figurano nel libro soci della società

---

<sup>199</sup> P. F. Tripoli, “*The Applicability of the OECD Partnership Report’s Principles to Other Entities: how opaque is the Concept of Transparency?*”, *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale* n. 1/2009.

<sup>200</sup> M. Helminen, “*Tax Treatment of Cross-Border Income Derived Through a Partnership - A Finnish Perspective*”, *European Taxation* 7 (2002), a pag. 329.

figlia<sup>201</sup>.

#### 5.2.2.2. L'approccio del beneficiario effettivo

Come già anticipato, l'approccio del beneficiario effettivo risulta essere la seconda opzione. In tale approccio ciò che conta è la possibilità di trasporre i principi contenuti nel *Partnership Report* dell'OCSE all'interno della Direttiva Madre-Figlia. Si deve rilevare in prima battuta che le disposizioni contenute nel Modello OCSE - diversamente dalla Direttiva Madre-Figlia - richiedono espressamente la partecipazione sia posseduta direttamente. Risulta tuttavia evidente che le previsioni contenute nel *Partnership Report* dell'OCSE rappresentino un significativo allontanamento dalle disposizioni contenute nell'art. 10 del Modello OCSE. Il fondamento logico alla base del *Partnership Report* è il seguente: se lo Stato di residenza dei soci disconosce la soggettività tributaria della *partnership* nella quale i predetti soci hanno una partecipazione e quindi imputa il reddito a tali soggetti, i soci medesimi risultano allora i beneficiari effettivi del reddito e quindi hanno diritto a invocare i benefici della Convenzione contro le doppie imposizioni. È stato evidenziato in dottrina<sup>202</sup> che il *Partnership Report* si allontana dall'ordinario significato di "beneficiario effettivo" assimilando in maniera errata tale concetto alla mera attribuzione del reddito ai soci. Ciò implica che i soci dovrebbero essere considerati come beneficiari effettivi del reddito della *partnership* trasparente semplicemente perché essi sono soggetti ad imposta su tale reddito.

Il *Partnership Report* finisce con il trascurare il fatto che il percipiente, al fine di potersi qualificare come beneficiario effettivo nell'ambito delle previsioni di una Convenzione contro le doppie imposizioni, deve avere il potere di controllare dal punto di vista giuridico nonché effettivo l'attribuzione del reddito derivante dallo Stato della fonte. Sebbene tali argomentazioni siano meritevoli di considerazione, si ritiene che nel contesto del *Partnership Report* il test del beneficiario effettivo non deve essere necessariamente considerato come una disposizione anti-abuso.

Ciò che conta ai fini della presente analisi è se la doppia imposizione che origina dall'assenza di disposizioni relative alle *hybrid entities* possa essere risolta mediante affidandosi alle raccomandazioni di carattere generale contenute nel *Partnership Report*. Tale *Report* prevede semplicemente che la possibilità di beneficiare delle disposizioni pattizie sia condizionata al fatto che i soci siano i beneficiari effettivi del reddito, nel senso che essi siano assoggettati ad imposta

---

<sup>201</sup> F. Switala, "Holding via a Partnership Ineligible for Exemption under the EC Parent Subsidiary Directive", *European Taxation* 7 (2009), a pagg. 386-388, Warsaw District Administrative Court Ruling: Case no. III SA/Wa 1587/07.

<sup>202</sup> R. Danon, "Switzerland's Direct and International Taxation of Private Express Funds with Particular Referenceto US, Canadian, New Zealand Trust Taxation", Doctorial Series, 2004.

sui redditi loro attribuiti ai fini tributari.

A questo punto vi è da chiedersi fino a che punto il medesimo test possa aver un senso nell'ambito degli scopi della Direttiva Madre-Figlia. Ciò che è necessario esaminare è se la Direttiva Madre-Figlia rimanga applicabile nel caso in cui la partecipazione nella società figlia sia stata ripartita tra la *partnership* che agisce in qualità di proprietaria del capitale della società che distribuisce i dividendi e i soci che risultano invece i beneficiari del reddito. Se questo fosse il caso, allora ai soci potrebbe essere attribuito la qualifica di società madre a condizione che essi rivestano una delle forme giuridiche previste nell'Allegato alla Direttiva Madre-Figlia. Tale interpretazione dovrebbe prevenire che i benefici della citata Direttiva vengano negati sulla base del fatto che la partecipazione nella società figlia non sia detenuta direttamente dalla società madre. Tale approccio verrà esaminato con maggiore dettaglio nel successivo paragrafo alla luce della sentenza *Les Vergers du Vieux Tauves*<sup>203</sup> in cui la CGUE sembra aver sottolineato l'inizio della fine alla pratica utilità di tale approccio.

### 5.3. Una diversa lettura del campo di applicazione della Direttiva Madre-Figlia alla luce del principio della interpretazione uniforme

#### 5.3.1. Il principio della interpretazione uniforme

Prima di verificare se il campo di applicazione della Direttiva Madre-Figlia possa essere ridisegnato pare quanto mai opportuno analizzare il significato e la portata del principio della interpretazione uniforme.

Il metodo della interpretazione uniforme cerca di neutralizzare i contrasti tra le norme di diritto nazionale (di rango inferiore) e le norme di diritto comunitario (di rango superiore). Il conflitto viene generalmente risolto mediante la emanazione di norme nazionali che siano conformi ai dettami del diritto comunitario. In generale si può affermare che la dottrina della interpretazione uniforme operi su tre livelli: domestico, comunitario e internazionale. In primo luogo, le disposizioni nazionali devono essere interpretate in conformità del diritto comunitario. In secondo luogo, il diritto comunitario secondario deve essere costruito in conformità con le disposizioni del diritto comunitario primario. Infine, in terzo luogo, l'ordinamento comunitario nel suo insieme (diritto comunitario primario e secondario) deve essere confrontato con il diritto pubblico internazionale<sup>204</sup>.

La motivazione alla base dell'applicazione del principio

---

<sup>203</sup> CGUE sentenza del 22.12.2008, C-48/07, *Les Verges du Vieux Tauves*.

<sup>204</sup> G. Betlem, "The Doctrine of Consistent Interpretation - Managing Legal Uncertainty", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 22, 3 (2002), pagg. 397-399.

dell'interpretazione uniforme si basa sull'art. 10 del Trattato CE il quale prevedeva che *“gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti”*. La necessità di una interpretazione uniforme deriva anche dalla giurisprudenza comunitaria e in particolare dalla sentenza *Von Colson*<sup>205</sup> in cui la CGUE ha statuito che *“è tuttavia opportuno precisare che l'obbligo degli stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto dall'art. 5 del trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli stati membri ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale espressamente adottata per l'attuazione della direttiva n. 76/207, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato contemplato dall'art. 189, 3 comma”* (corrispondente all'art. 288 del TFUE).

La CGUE nella sentenza *Von Colson* ha espressamente individuato negli organi giurisdizionali, quali organi dello Stato, i soggetti responsabili per l'adempimento delle obbligazioni comunitarie. I giudici comunitari hanno affermato tale posizione nella sentenza *Marleasing*<sup>206</sup> e hanno aggiunto inoltre che le obbligazioni dei giudici nazionali relative all'interpretazione uniforme a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive ad una Direttiva ovvero non siano specificamente ad essa connesse. Tale conclusione è stata nuovamente ripresa nella sentenza *Pfeiffer*<sup>207</sup> nella quale la CGUE ha affermato che l'obbligo di una interpretazione uniforme si applica all'ordinamento nazionale nel suo complesso e non solo ad una specifica disposizione. Infatti, al par. 120 i giudici comunitari precisano che *“si deve concludere che un giudice nazionale cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, nell'applicare le norme del diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti da una direttiva deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito”* (sottolineatura aggiunta).

Il principio della interpretazione uniforme trova la sua principale applicazione con riferimento alla interpretazione uniforme delle disposizioni nazionali rispetto alle previsioni del diritto comunitario secondario (e in particolare alle Direttive). Sebbene allo stato attuale non esistano precedenti giurisprudenziali, appare ragionevole affermare che tale principio possa essere applicabile anche con riferimento alla interpretazione delle disposizioni nazionali

<sup>205</sup> CGUE, sentenza del 10.4.1984, C-14/83, *Von Colson*, par. 26.

<sup>206</sup> CGUE, sentenza del 13.11.1990, C-106/89, *Marleasing SA*.

<sup>207</sup> CGUE, sentenza del 5.10.2005, procedimenti riuniti da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*.

rispetto alle previsioni del diritto comunitario primario. Tale approccio è stato confermato dalla CGUE nella sentenza *M. Murphy c. An Bord Telecom Eireann*<sup>208</sup> laddove è stato precisato che i giudici nazionali disapplicare le disposizioni nazionali incompatibili con il diritto comunitario e in particolare con le disposizioni del Trattato CE (in vigore all'epoca dei fatti).

Alla luce del contesto giurisprudenziale qui sopra richiamato risulta opportuno analizzare alcuni casi giurisprudenziali - *Les Verges du Vieux Tauves*, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* e *Gaz de France* - con lo scopo di derivarne alcune utili implicazioni per il trattamento ai fini tributari delle *hybrid entities*.

### 5.3.2. La sentenza *Les Vergers du Vieux Tauves*

La sentenza della CGUE nel giudizio *Les Vergers du Vieux Tauves* risulta particolarmente significativa non solo per i soggetti che possiedono quote di società in usufrutto. È infatti la prima volta che ai giudici comunitari è stata fornita l'occasione di esprimersi sulla nozione di "partecipazione nel capitale" ai sensi dell'art. 3 della Direttiva Madre-Figlia.

Nel 1999 la società *Les Vergers du Vieux Tauves SA* (di seguito "**VVT**"), una società costituita in Belgio, ha acquisito, per dieci anni, l'usufrutto dei titoli della Narda SA. Anche quest'ultima ha sede in Belgio, come emerge dalle osservazioni scritte della VVT e del governo belga depositate in sede di procedimento dinanzi alla Corte. La nuda proprietà degli stessi titoli è stata acquisita dalla Bepa SA (di seguito "**BEPA**").

Prima delle modifiche introdotte nel 1992 la normativa belga prevedeva che per poter beneficiaria del regime della *participation exemption* la società beneficiaria dei dividendi detenga come proprietaria a pieno titolo le azioni produttive dei dividendi. Tale requisito è stato soppresso con le modifiche introdotte nel 1992 e successivamente reintrodotta per il periodo 2002-2004. Nel corso dei periodi d'imposta 2000-2002, VVT ha dedotto dalla propria base imponibile i dividendi distribuiti da Narda. L'amministrazione finanziaria belga ha negato il diritto alla deduzione dei dividendi in capo a VVT argomentando che la detenzione dell'usufrutto delle quote in questione non consente di beneficiaria della deduzione dalla base imponibile, atteso che questa può essere accordata solo al proprietario a pieno titolo delle quote<sup>209</sup>.

<sup>208</sup> CGUE, sentenza del 4.2.1988, C-157/86, *M. Murphy ed altri contro An Bord Telecom Eireann*, par. 11.

<sup>209</sup> La Corte d'appello di Liegi, in sede di contenzioso instauratosi tra le parti, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: "Se la legge 28 dicembre 1992, che modifica il testo dell'art. 202 del [CIR] del 1992 con riferimento alla direttiva [90/435] richiedendo che il soggetto beneficiario di dividendi detenga una partecipazione nel capitale della società distributrice di tali dividendi, sia compatibile con le disposizioni della detta direttiva relative alle partecipazioni nel capitale, in particolare con i suoi artt. 3, 4 e 5, laddove la

Nelle sue conclusioni l'avvocato generale Sharpston che non sarebbe contrario alle previsioni della Direttiva Madre-Figlia la concessione del regime agevolativo sui dividendi in una situazione dove la proprietà delle azioni della società figlia sia stata scissa, in modo tale che i dividendi vengono percepiti da una società in virtù di un diritto di usufrutto, mentre la nuda proprietà permane in capo ad un'altra società.

L'avvocato generale Sharpston effettua la sua analisi partendo dall'obiettivo della Direttiva Madre-Figlia. A tal proposito, il primo "considerando" del preambolo prevede che i raggruppamenti di società di Stati membri diversi possono essere necessari per creare nella Comunità condizioni analoghe a quelle di un mercato interno e per assicurare così l'attuazione ed il buon funzionamento del mercato comune; che queste operazioni non debbono essere intralciate da particolari restrizioni, svantaggi e distorsioni derivanti dalle disposizioni fiscali degli Stati membri; che occorre quindi instaurare per questi raggruppamenti norme fiscali che siano neutre nei riguardi della concorrenza al fine di permettere alle imprese di adeguarsi alle esigenze del mercato comune, di accrescere la loro produttività e di rafforzare la loro posizione concorrenziale sul piano internazionale.

La Direttiva Madre-Figlia mira ad eliminare, instaurando un regime fiscale comune, qualsiasi penalizzazione della cooperazione tra società di Stati membri diversi rispetto alla cooperazione tra società di uno stesso Stato membro ed a facilitare in tal modo la cooperazione transfrontaliera, o i raggruppamenti di società a livello comunitario. Più in generale, la necessità della citata Direttiva risulta dalla doppia imposizione a cui possono essere assoggettati gruppi di società stabilite in più Stati.

La Direttiva risulta dunque fondata sul presupposto che la doppia imposizione fiscale dei dividendi all'interno di un raggruppamento transfrontaliero disincentivi la creazione di siffatti raggruppamenti. Essa tenta di rimuovere tale ostacolo obbligando gli Stati membri ad esentare i detti dividendi dall'imposizione fiscale a carico della società madre. Il preambolo alla Direttiva 2003/123 enfatizza la circostanza che lo scopo della Direttiva società madre-figlia è di *"esentare dalle ritenute alla fonte i dividendi ed altre distribuzioni di utili pagati dalle società figlie alle proprie società madri ed eliminare la doppia imposizione su tali redditi a livello di società madre"*. Inoltre, la CGUE ha recentemente definito la Direttiva quale *"misura di unificazione o di armonizzazione intesa ad eliminare le situazioni di doppia imposizione"*.

A parere dell'avvocato generale Sharpston sarebbe contrario alla finalità della Direttiva assoggettare il dividendo percepito dall'usufruttuario a una doppia imposizione in circostanze in cui l'art. 4, n. 1, imporrebbe l'esenzione ove non

---

*suddetta legge non specifica expressis verbis che la proprietà deve essere a pieno titolo e quindi implicitamente ammetterebbe l'interpretazione datane dalla convenuta, vale a dire che la mera titolarità di un diritto di usufrutto sui titoli rappresentativi del capitale comporta il diritto di beneficiare dell'esenzione fiscale sui detti dividendi".*



fosse stato creato alcun diritto di usufrutto. Come sottolineato anche dalla Commissione europea, il problema della doppia tassazione non viene meno nel caso in cui la proprietà delle azioni sia scissa. Senza tale esenzione, i dividendi pagabili sulle dette azioni potrebbero essere soggetti ad imposizione nello Stato di residenza dell'azionista ed anche alla ritenuta alla fonte nello Stato della società controllata. Circostanza che, come asserito nel preambolo della Direttiva, penalizza la cooperazione tra società stabilite in Stati membri diversi, esattamente ciò che la Direttiva mira a rimuovere.

Come è già stato evidenziato più sopra, la Direttiva mira ad eliminare la doppia imposizione economica dei dividendi in un raggruppamento transfrontaliero di società. Secondo l'avvocato generale tale obiettivo può essere perseguito al meglio garantendo che l'esenzione da tale doppia imposizione, prevista dall'art. 4, n. 1, della Direttiva Madre-Figlia, sia applicata ai dividendi prodotti da azioni di una società appartenente ad un siffatto raggruppamento, detenute da un'altra società, indipendentemente da come il titolo relativo a tali azioni sia configurato. Il rischio – segnalato in particolare dall'Italia e dal Regno Unito – che tale criterio possa consentire che le esenzioni fiscali di cui alla direttiva vengano sfruttate per operazioni fraudolente potrebbe essere scongiurato mediante disposizioni nazionali adeguate o misure bilaterali contro frodi e abusi, che l'art. 1, n. 2, della Direttiva esplicitamente autorizza.

L'avvocato generale Sharpston si sofferma sulla lettera della Direttiva madre-Figlia e afferma che *“L'art. 3, n. 1, lett. a), della direttiva definisce la società madre come quella società che «[detenga una partecipazione nel capitale]» di un'altra società che, concorrendo tutti gli altri elementi della definizione, costituirà la sua società figlia. L'art. 4 della direttiva prevede che l'obbligo di esentare i dividendi dall'imposizione fiscale o di autorizzare la società madre a dedurre l'imposta pagata si applichi quando una società madre riceve «in veste di socio» dalla società figlia utili distribuiti. La Francia, la Grecia, l'Italia, i Paesi Bassi, la Spagna ed il Regno Unito invocano la formulazione dell'una o di entrambe tali disposizioni a sostegno della loro tesi.*

*Riconosco che possa sembrare anomalo considerare la titolarità di un semplice diritto di usufrutto alla stregua di «[una partecipazione nel capitale]» di una società. Il capitale di una società è per convenzione costituito dagli azionisti che contribuiscono in misura pari al valore delle loro azioni. L'usufruttuario, però, non ha contribuito con capitale.*

*Analogamente, può sembrare artificioso ritenere che il detentore di un diritto di usufrutto sulle azioni di una società percepisca dividendi «in veste di socio» di tale società. L'usufruttuario non è realmente socio della società; il suo diritto a riscuotere dividendi deriva invece da un rapporto contrattuale con il nudo proprietario delle azioni.*

*Nessuno degli argomenti sopra esposti è tale comunque da persuadermi che la mia ricostruzione della direttiva sia errata. Secondo costante giurisprudenza, il diritto comunitario deve essere interpretato non esclusivamente*

*alla luce del suo testo, ma anche in considerazione dell'economia generale e degli obiettivi del sistema del quale fa parte. Ho chiarito sopra quelli che a mio avviso sono l'impianto e gli obiettivi della direttiva nonché i motivi per cui ritengo che l'interpretazione delle sue disposizioni da me fornita sia conforme ad essi. Le nozioni di «[partecipazione nel capitale]» di una società e di «veste di socio» di una società madre nei confronti della sua società figlia devono comprendersi in tale contesto, che, di nuovo, non è principalmente un contesto di diritto delle società.*

*Il recente ampliamento della sfera di applicazione *ratione personae* della direttiva ad opera della direttiva 2003/123 corrobora la mia tesi. Ho già segnalato che la direttiva 2003/123 riduce la quota minima della partecipazione richiesta perché una società madre benefici dell'art. 4, n. 1. Per di più, essa amplia l'elenco delle società cui la direttiva società madri-figlie si applica, in modo tale da includervi talune cooperative, talune società non basate sul capitale, casse di risparmio e associazioni, fondi e associazioni con attività commerciale. Evidentemente tale direttiva contempla che il socio di una società di questo genere possa essere considerato titolare di «[una partecipazione nel suo capitale]», e riscuotere dividendi «in veste di socio» della stessa, indipendentemente dalla circostanza che esso non sia titolare di una partecipazione nel capitale della controllata in senso convenzionale. Analogamente, la direttiva 2003/123 modifica l'art. 4, n. 1, della direttiva società madri-figlie in modo da estenderne la portata al caso in cui una società madre o la sua stabile organizzazione, in virtù del rapporto di partecipazione tra la società madre e la sua società figlia, riceve utili distribuiti. Anche questa circostanza fa supporre che il legislatore non consideri incompatibile con la finalità della direttiva che gli Stati membri siano tenuti a garantire il trattamento fiscale agevolato anche per utili percepiti in situazioni diverse dalla convenzionale relazione società madre-figlia»<sup>210</sup>.*

Alla luce di quanto affermato dall'avvocato generale vi è da chiedersi se nell'interpretazione della Direttiva Madre-Figlia non si debba tenere quindi in alcuna considerazione il dato letterale delle sue disposizioni.

Tuttavia, la CGUE non ha condiviso le conclusioni dell'avvocato generale e ha deciso di seguire la strada della interpretazione letterale della Direttiva Madre-Figlia. Ciò ha comportato ovviamente il raggiungimento di opposte conclusioni. Al fine di dirimere la questione la CGUE ha affrontato la questione su due livelli di analisi. I giudici comunitari hanno dapprima esaminato il significato dell'espressione "partecipazione nel capitale" di una società ai fini della Direttiva Madre-Figlia e successivamente comparato la situazione giuridica del proprietario delle quote di una società con quella dell'usufruttuario di tali quote al fine di stabilire se l'usufruttuario possa rientrare nella nozione di società madre,

---

<sup>210</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Sharpston presentate il 3.7.2008, C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves SA*.

ossia detenga una partecipazione nel capitale di una società ai sensi dell'art. 3 della citata Direttiva.

Secondo i giudici comunitari *“l'art. 3, n. 1, lett. a), della direttiva 90/435 richiede che, affinché le sia riconosciuta la qualità di società madre, una società detenga una partecipazione nel capitale di un'altra società. Secondo l'art. 3, n. 1, lett. b), della suddetta direttiva, per «società figlia» si intende la società nel cui capitale è detenuta tale partecipazione. Ne deriva che la nozione di «partecipazione nel capitale» ai sensi del detto art. 3 rinvia al rapporto giuridico intercorrente tra la società madre e la società figlia. Dalla formulazione di quest'ultima disposizione risulta quindi che essa non ha ad oggetto la situazione in cui la società madre trasferisce ad un terzo soggetto, nel caso in esame a un usufruttuario, un rapporto giuridico con la società figlia, in forza del quale anche detto terzo soggetto potrebbe essere considerato società madre.*

*Di conseguenza si evince dal testo dell'art. 3 della direttiva 90/435 che la nozione di partecipazione nel capitale di una società, ai sensi di tale disposizione, non ricomprende l'usufrutto detenuto da una società sulle quote del capitale di un'altra società”<sup>211</sup>.*

Ad avviso della CGUE l'art. 4, n. 1, della Direttiva in esame riguarda l'ipotesi in cui *“una società madre, in veste di socio, riceve dalla società figlia utili distribuiti”*. Orbene, l'usufruttuario delle quote di una società riceve i dividendi da essa distribuiti in forza del suo usufrutto. La sua situazione giuridica nei confronti della società figlia non è idonea a conferirgli la qualità di socio, dato che tale situazione deriva unicamente dall'usufrutto trasferitogli dal proprietario delle quote nel capitale della società figlia.

La CGUE ha ribadito che la lettera dell'art. 3 della Direttiva non ricomprende situazioni in cui la società madre trasferisce a terzi, in questo caso all'usufruttuario, il rapporto giuridico con la sua società figlia in base al quale il terzo potrebbe essere considerato quale società madre. I giudici comunitari hanno supportato tale conclusione richiamando l'art. 4, n. 2, della citata Direttiva, secondo il quale *“gli Stati membri conservano la facoltà di prevedere che minusvalenze risultanti dalla distribuzione degli utili della società figlia non siano deducibili dall'utile imponibile della società madre. Tale disposizione consente agli Stati membri di adottare misure atte ad impedire che la società madre si giovi di un duplice vantaggio fiscale. Infatti, detta società potrebbe, da un lato, in forza dell'art. 4, n. 1, primo trattino, della suddetta direttiva, percepire utili senza essere assoggettata ad imposta e, dall'altro, ottenere una riduzione dell'imposta grazie alla deduzione come oneri delle minusvalenze relative alla partecipazione derivanti dalla distribuzione di detti utili”<sup>212</sup>.*

La CGUE prosegue osservando che *“l'usufruttuario ha soltanto diritto agli utili distribuiti, laddove gli utili accantonati a riserva spettano al nudo proprietario.*

---

<sup>211</sup> CGUE, sentenza del 22.12.2008, C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, par. 38-39.

<sup>212</sup> CGUE, sentenza del 22.12.2008, C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, par. 42.

*Quindi, in caso di distribuzione degli utili, né l'usufruttuario né il nudo proprietario possono giovare di un duplice vantaggio fiscale, in quanto il nudo proprietario non riceve utili e l'usufruttuario ha diritto soltanto agli utili distribuiti. Quando la distribuzione di utili genera una minusvalenza della partecipazione, la facoltà conferita a ciascuno Stato membro di prevedere che detta minusvalenza non sia deducibile dall'utile imponibile della società madre può essere attuata solo nell'ipotesi in cui una stessa società riceva gli utili distribuiti e subisca la minusvalenza della sua partecipazione derivante da tale distribuzione. Ciò conferma che il legislatore comunitario ha considerato che la «società madre», ai sensi della direttiva 90/435, sia una stessa e sola società»<sup>213</sup>.*

Da ultimo, è necessario evidenziare l'esclusione di alcuni tipi di partecipazione dall'ambito di applicazione della Direttiva Madre-Figlia non può in alcun caso comportare un trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato ai dividendi di origine nazionale, a meno che questa differenza di trattamento riguardi situazioni non oggettivamente comparabili o sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale. Di conseguenza, la CGUE conclude affermando che *“conformemente alle libertà di circolazione garantite dal Trattato CE e applicabili alle situazioni transfrontaliere, quando uno Stato membro, al fine di evitare la doppia imposizione di dividendi percepiti, esenta da imposta tanto i dividendi che una società residente percepisce da un'altra società residente nella quale detenga quote come proprietaria a pieno titolo, quanto quelli che una società residente percepisce da un'altra società residente nella quale detenga quote in usufrutto, tale Stato membro deve applicare, ai fini dell'esenzione dei dividendi percepiti, lo stesso trattamento ai dividendi percepiti da una società stabilita in un altro Stato membro da parte di una società residente che detenga quote come proprietaria a pieno titolo ed a tali dividendi percepiti da parte di una società residente che detenga quote in usufrutto”*.

Si può affermare che la decisione della CGUE nella sentenza *Les Vergers du Vieux Tauves* risulta corretta se analizzata da un punto di vista del diritto civil-commerciale. Tuttavia, da una attenta analisi basata sulla prospettiva tributaria si rileva che tale giudizio non è corretto.

La prima osservazione critica è relativa alla circostanza che la CGUE ha fondato le sue conclusioni quasi esclusivamente sul dato letterale delle disposizioni della Direttiva Madre-Figlia e non ha invece dato adeguato conto agli obiettivi della medesima Direttiva chiaramente indicati nel Preambolo. È generalmente riconosciuto che una interpretazione letterale costituisce il punto di partenza di qualsiasi processo interpretativo e che nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Nell'ambito del suo ruolo di interprete del diritto comunitario la CGUE può

---

<sup>213</sup> *Idem*, par. 43.

esclusivamente estrapolare il significato di una disposizione e non può in alcun modo esercitare alcun potere legislativo.

Nella sentenza qui commentata la CGUE ha ritenuto che la lettera della disposizione in esame fosse chiara e non ambigua e pertanto ha ritenuto che una interpretazione letterale della stessa fosse di per sé sufficiente per dirimere la questione. Tuttavia, si ritiene che per quanto possa essere chiara ed univoca la lettera di una disposizione la mera interpretazione letterale necessita sempre di una verifica del contesto nel quale è inserita la medesima disposizione e della sua intima *ratio*. In particolare, nel contesto del diritto comunitario il chiaro e univoco significato delle parole è una pura illusione. I termini giuridici utilizzati in una lingua di uno Stato membro possono non avere il medesimo significato se utilizzati nella lingua di un altro Stato membro. Questo significato potrebbe essere più ampio ovvero più ristretto.

La “partecipazione al capitale” è un concetto che ciascuno Stato membro può interpretare all’interno del proprio sistema giuridico mentre la CGUE prova a creare un concetto uniforme valido in qualunque Stato.

Alcuni giorni prima che la CGUE depositasse la sentenza *Les Vergers du Vieux Tauves*, il Tribunale amministrativo polacco del distretto di Lublin ha emesso una sentenza relativa a un caso analogo e ha raggiunto delle conclusioni diametralmente opposte. Il Tribunale ha statuito: “*the Directive in any of its rules does not make the exemption from the dividend withholding tax contingent on the condition of the holding by a parent company of both the ownership title to the shares in a subsidiary together with the actual possession of the shares. It is therefore not contrary to the wording or the aim of the Directive, to apply the exemption from the dividend withholding tax to a parent company having a usufruct right to at least 15% shares in a subsidiary*”<sup>214</sup>.

Secondo i giudici polacchi l’espressione “*has the minimum holding of [...] in the capital*” potrebbe essere interpretata anche relativamente al possesso e non esclusivamente alla proprietà. Le conclusioni raggiunte dal Tribunale polacco sono condivisibili considerato che secondo la legge polacca il possesso e la proprietà sono due concetti differenti e la traduzione ufficiale in polacco della Direttiva Madre-Figlia utilizza l’espressione “possesso delle partecipazioni”.

Sul punto si ritiene che la CGUE - magari perché troppo focalizzata sull’interpretazione letterale della Direttiva Madre-Figlia ovvero preoccupata per essere accusata di essersi sostituita al legislatore comunitario - ha perso l’opportunità di partire dalla lettera della citata Direttiva al fine di creare una uniforme e autonoma interpretazione dell’espressione “partecipazione nel capitale”, tenendo in considerazione il contesto della disposizione e lo scopo della legge in esame<sup>215</sup>. Risulta allora davvero sorprendente la posizione della

---

<sup>214</sup> Case I SA/Lu 593/08.

<sup>215</sup> La CGUE nella sentenza del 12.10.2004, C-55/02, *Commissione c. Repubblica portoghese*, al par. 45 ha statuito che “*infatti, dalle esigenze tanto dell’applicazione uniforme del diritto comunitario quanto del principio d’uguaglianza discende che una disposizione di diritto comunitario che non*

CGUE la quale ha avuto a portata di mano gli argomenti necessari per allargare l'ambito di applicazione della Direttiva Madre-Figlia ma invece ha preferito seguire una interpretazione letterale della stessa.

Si può accettare o meno il metodo con il quale la CGUE ha deciso il caso *Les Vergers du Vieux Tauves* ma una cosa è certa: la sentenza è stata emessa e la CGUE ha stabilito in maniera inequivocabile che non è sufficiente essere il percettore del reddito per beneficiare della qualità di società madre nell'ambito dell'art. 3 della Direttiva Madre-Figlia. Ciò significa che siamo al punto di partenza e pertanto non c'è spazio per una interpretazione della Direttiva in favore di soggetti giuridici che posseggono le loro partecipazioni senza un titolo giuridico completo?

Sebbene si potrebbe pensare che tale problema sia stato affrontato (e risolto) una volta e per tutte, si ritiene che la sentenza in commento abbia lasciato spazio per ulteriori discussioni al riguardo. Sono evidenti le somiglianze tra i possessori delle partecipazioni sulla base del diritto di usufrutto da una parte e i soci di una *partnership* trasparente. Tuttavia, è necessario evidenziare alcune distinzioni tra le due fattispecie.

Nel caso *Les Vergers* il principale argomento contro l'estensione del beneficio dell'esonero da ritenuta sui dividendi in uscita è rappresentato dal fatto che la percezione dei dividendi in capo all'usufruttuario non deriva dalla proprietà delle partecipazioni ma semplicemente dal diritto di percepire tale reddito in forza di un accordo concluso con il proprietario delle partecipazioni medesime. Tale argomento non è ravvisabile nel caso di un socio di una *hybrid entity*. In questa ipotesi non esiste alcun accordo in forza del quale un soggetto acquisisce il diritto a percepire i dividendi nel senso fatto proprio dalla CGUE. Il diritto a percepire i dividendi origina dal proprietà delle partecipazioni. In questo caso, la proprietà giuridica delle partecipazioni esiste ma in forma indiretta: le partecipazioni nella società figlia sono possedute tramite un intermediario che è il soggetto trasparente (*i.e.*, *hybrid entity*).

A tale proposito si deve rilevare che in molti ordinamenti giuridici i soggetti trasparenti - nel senso di soggetti giuridici non aventi soggettività passiva ai fini tributari - hanno la possibilità di possedere propri *asset* la cui proprietà è registrata a nome della *partnership*, anche se tali soggetti non sono persone giuridiche. Tuttavia, potrebbe anche accadere che una *partnership*, ad es. una particolare *partnership* di diritto olandese (VOF) non possiede alcuna proprietà. Di conseguenza, i soci hanno la proprietà degli *asset* sebbene sia possibile registrare la proprietà a nome della *partnership*. Le *partnerships* di diritto inglese non rientrano in alcuna delle precedenti categoria considerato che non è

---

*contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell'intera Comunità, ad un'interpretazione autonoma ed uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa".*

possibile effettuare alcuna registrazione degli *asset* a nome della *partnership*<sup>216</sup>.

A causa delle differenze tra diritto commerciale e diritto tributario la classificazione delle *hybrid entities* non è affatto semplice. Esse possono essere considerate trasparenti ai fini fiscali e pertanto considerate quali soggetti non aventi soggettività tributaria ma allo stesso tempo i medesimi soggetti possono avere chiara esistenza nell'ambito del diritto commerciale. Esse possono possedere *asset* a proprio nome, quali ad esempio le partecipazioni societarie, realizzare redditi dalle predette partecipazioni ma non essere assoggettati ad imposta sui tali redditi. Quello che accade in tale ipotesi è abbastanza semplice: i redditi derivanti dal possesso delle partecipazioni, quali ad esempio i dividendi, sono imputati ai soci e questi sono tassati sui predetti redditi sebbene essi non siano i proprietari delle partecipazioni, per lo meno nel senso richiesto dalla Direttiva Madre-Figlia.

Ciò porta a chiedersi se la natura ibrida dei soggetti trasparenti non debba riflettersi anche sul loro trattamento tributario. Detto in altri termini, visto che la tassazione dei dividendi distribuiti a una *partnership* trasparente avviene in capo ai soci di quest'ultimi allora non si dovrebbero estendere a quest'ultimi i benefici della Direttiva Madre-Figlia? Qualora si dovesse disconoscere la presenza di una *partnership* trasparente lungo la catena società e quindi ritenere che i soci indiretti (i soci della *partnership*) siano i proprietari in senso giuridico delle partecipazioni - e quindi essere la società madre in presa diretta - della società figlia che distribuisce i dividendi, è evidente che ciò consentirebbe di ampliare l'ambito di applicazione della citata Direttiva anche a fattispecie che attualmente non rientrano nell'ambito di applicazione della stessa. Ciò consentirebbe di risolvere il problema della doppia imposizione economica che si verifica ordinariamente nell'ipotesi di utilizzo di soggetti fiscalmente trasparenti.

Tale approccio sembra essere ragionevole dal punto di vista tributario in quanto pone i soci di una *partnership* trasparente sullo stesso piano dei soci che posseggono le partecipazioni in una società a titolo di piena proprietà. Tuttavia, come è stato già rilevato, la CGUE ha deciso di focalizzarsi maggiormente sugli aspetti formalistico-legali piuttosto che sugli aspetti sostanziali-tributari e pertanto ha decretato l'inizio della fine di questo approccio mediante appunto la sentenza *Les Vergers du Vieux Tauves*.

La predetta sentenza non rappresenta certamente una buona notizia per i possessori di partecipazioni attraverso delle *hybrid entities* trasparenti. Tuttavia, la stessa non deve essere interpretata come un vicolo dal quale non è possibile sfuggire se non attraverso una modifica della Direttiva Madre-Figlia. Pertanto, può affermare che il fatto che non un soggetto trasparente non rientri nell'ambito di applicazione della Direttiva non chiude automaticamente la porta alla possibilità di invocare le libertà fondamentali al fine di eliminare la doppia

---

<sup>216</sup> J.A. Jones, "Characterisation of Other State's Partnerships for Income Tax", Bulletin-Tax Treaty Monitor, 7(2002), pagg. 299-301.

imposizione economica sui dividendi.

A tale proposito è necessario affrontare un ulteriore problema e cioè se un soggetto senza personalità giuridica possa invocare l'applicazione della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 del TFUE. L'art. 54 del TFUE dispone che *“le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri.*

*Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro”.*

Come è stato già rilevato nel cap. 3 sebbene la lettera dell'art. 54 del TFUE e alcune versioni della medesima disposizione in lingua diversa dall'inglese suggeriscano diversamente, si ritiene che poiché lo scopo della libertà di stabilimento è quello di garantire l'accesso al mercato interno a persone che intendono intraprendere una propria iniziativa economica, pertanto anche i soggetti privi di personalità giuridica rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 54 del TFUE. La piena efficacia dell'art. 49 del TFUE sarebbe depotenziata qualora tali soggetti fossero esclusi dall'ambito di applicazione di tale disposizione.

### 5.3.3. I limiti del principio della interpretazione uniforme

La CGUE richiede che i giudici nazionali facciano quanto possibile per raggiungere un risultato che sia compatibile con lo scopo delle Direttive<sup>217</sup>. La stessa Corte, tuttavia, prevede alcuni limiti al potere dei giudici nazionali nel momento in cui questi cercano di interpretare le disposizioni nazionali in maniera compatibile con il diritto comunitario. Tali conclusioni permettono quindi di evidenziare quali sono i limiti dei giudici nazionali nell'applicazione del principio di interpretazione uniforme. In primo luogo, dalla sentenza *Adeneler* si evince che l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una Direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad

---

<sup>217</sup> La CGUE nella sentenza del 4.7.2006, C- 212/04, *K. Adeneler c. Ellenikos Organismos Galaktos*, al par. 111, ha stabilito che *“Il principio di interpretazione conforme richiede nondimeno che i giudici nazionali facciano tutto quanto compete loro, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima”.*



un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale<sup>218</sup>. Detto in altri termini, un'interpretazione che sia contraria all'attuale, chiara e univoca lettera di una disposizione nazionale non è in ogni caso richiesta.

In secondo luogo, dalla sentenza *Kolpinghuis* si evince che *“l’obbligo, imposto da una direttiva agli stati membri, di conseguire il risultato che essa si prefigge, come pure il dovere, cui sono tenuti ex art . 5 del trattato, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l’adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli stati membri, ivi compresi, nell’ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che nell’applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale espressamente emanata per l’attuazione della direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato contemplato dall’ art . 189, 3° comma, del trattato.*

*Tuttavia, questo obbligo del giudice nazionale, di riferirsi al contenuto della direttiva nell’interpretare le pertinenti norme di diritto nazionale, incontra il limite dei principi giuridici generali che fanno parte del diritto comunitario ed in particolare quelli della certezza del diritto e dell’irretroattività”<sup>219</sup>* (sottolineatura aggiunta).

Infine, deve essere osservato siffatto obbligo del giudice nazionale di far riferimento al contenuto della Direttiva nell'interpretare le norme rilevanti del suo diritto nazionale incontra un limite qualora tale interpretazione comporti che ad un singolo venga opposto un obbligo previsto da una Direttiva non trasposta ovvero, a maggior ragione, qualora abbia l'effetto di determinare o aggravare, in forza della Direttiva e in mancanza di una legge emanata per la sua attuazione, la responsabilità penale di coloro che ne trasgrediscono le disposizioni<sup>220</sup>.

A questo sono necessarie ulteriori considerazioni. È vero che i giudici nazionali non sono obbligati a superare il chiaro e univoco tenore letterale di una disposizione e lo scopo di questa al fine di una interpretazione conforme al contenuto di una Direttiva, né tantomeno ad essi è richiesto di andare oltre il chiaro e univoco significato di una Direttiva espresso dalla CGUE. Se i giudici comunitari hanno statuito che la Direttiva Madre-Figlia non si applica nelle ipotesi in cui i diritti riferibili a una partecipazione societaria sono stati scissi tra il proprietario in senso giuridico e il beneficiario effettivo del reddito, i giudici nazionali non possono in ogni caso seguire un opposto orientamento.

Tuttavia, da una riflessione più approfondita emerge che le conseguenze pratiche dell'individuazione dei confini al principio dell'interpretazione uniforme a livello della Direttiva potrebbe condurre a un risultato di difficile comprensione, se non addirittura assurdo. Tali conclusioni si fondano sulle seguenti ragioni. Tale approccio presuppone che qualsiasi norma di diritto comunitario secondario sia compatibile con le norme del diritto comunitario primario. Infatti, in generale si

<sup>218</sup> CGUE, sentenza 4.7.2006, C- 212/04, *K. Aderner c. Ellenikos Organismos Galaktos*, par. 110.

<sup>219</sup> CGUE, sentenza del 8.10.1986, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, par. 12-13.

<sup>220</sup> CGUE, sentenza del 26.9.1996, C-168/95, *Luciano Arcaro*, par. 42.

può affermare che le Direttive non dovrebbero mai cambiare le previsioni contenute nel TFUE. Questo dovrebbe essere quindi lo scenario ideale.

La realtà però evidenzia risultati diversi. Il diritto comunitario secondario è oggetto di analisi alla luce delle norme di diritto comunitario primario. Tale analisi è volta a verificare la compatibilità delle prime (diritto secondario) con le seconde (diritto primario). Potrebbe pertanto verificarsi che le norme di diritto comunitario secondario (*i.e.*, le disposizioni di una Direttiva) non siano compatibili con quelle del diritto comunitario primario (*i.e.*, le libertà fondamentali contenute nel TFUE). Potrebbe quindi accadere, come evidenziato nella sentenza *Les Vergers du Vieux Tauves*, che una Direttiva restringa l'ambito di applicazione delle disposizioni del TFUE. Pertanto l'applicazione delle disposizioni di una Direttiva provocherebbe un trattamento peggiorativo rispetto a quello garantito dalle disposizioni del diritto comunitario primario. In tale ipotesi, applicando il principio della interpretazione uniforme alle previsioni della Direttiva senza tuttavia tenere in considerazione il contenuto delle previsioni del TFUE (queste ultime norme di rango primario) si ottiene un risultato illogico.

Sebbene la dottrina della supremazia del diritto comunitario primario rispetto a quello secondario non abbia alcun fondamento giuridico all'interno del TFUE, è opportuno evidenziare che tale principio di supremazia è generalmente accettato. A supporto di tale conclusione si possono citare i seguenti argomenti. Un primo argomento è rinvenibile nella disposizione di cui all'art. 115 del TFUE il quale prevede che *“il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno”*. Da tale disposizione si evince che poiché le Direttive hanno l'obiettivo di sviluppare il mercato interno e poiché il mercato interno si fonda sui principi contenuti nel TFUE, ne risulta che uno dei principali obiettivi delle Direttive è quello di armonizzare il diritto comunitario all'interno delle previsioni del TFUE e in particolare tale processo di armonizzazione deve avvenire nell'ambito delle previsioni relative alle libertà fondamentali<sup>221</sup>.

Un secondo argomento si basa sul procedimento di rinvio pregiudiziale. In base all'art. 267 del TFUE la CGUE è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Sebbene il principale utilizzo pratico di tale disposizione consiste nel verificare la compatibilità delle disposizioni nazionali con il diritto comunitario, in realtà non si dovrebbe trascurare che attraverso tale procedura è anche possibile verificare la compatibilità del diritto comunitario secondario con il diritto comunitario primario, e in particolare con

---

<sup>221</sup> E. Zanotti, *“Taxation of Inter-Company Dividends in the Presence of a PE: The Impact of the EC Fundamental Freedoms (Part One)”*, *European Taxation* 11 (2004), a pag. 501.

libertà fondamentali garantite dal TFUE. In altri termini, nel momento in cui è effettuata un'analisi di compatibilità diretta delle disposizioni nazionali con il diritto comunitario viene indirettamente svolta una analisi di compatibilità delle disposizioni della Direttiva con le disposizioni del TFUE.

Nella sentenza *Bosal Holding*<sup>222</sup>, la CGUE ha affermato che la normativa nazionale di recepimento della Direttiva Madre-Figlia può essere applicata solo solo nel rispetto delle disposizioni fondamentali del Trattato e, in particolare, “*la Direttiva deve essere interpretata alla luce dell’art. 52 del Trattato CE*”. Da quanto qui riportato emerge che la Direttiva risulta subordinata alle previsioni del TFUE e in particolare alle disposizioni sulla libertà di movimento in esso contenute.

Non si condivide la tesi secondo la quale il TFUE rappresenta una sorta di disposizione ombrello (i.e., “*umbrella provision*”) nel senso che il suo ambito di applicazione risulta più ampio e che le ipotesi non coperte dalla Direttiva possono semplicemente fatte ricadere nell’ambito delle libertà di movimento garantite dal TFUE. Se questo è vero allora non ci sarebbe alcuna necessità di modificare la Direttiva Madre-Figlia. In realtà, la *ratio* sottostante le sue modifiche è stata quella di rendere la citata Direttiva compatibile con le disposizioni del TFUE. Non risulta essere una novità il fatto che il diritto comunitario primario è in costante evoluzione - per effetto soprattutto del processo di integrazione negativa - e se il diritto comunitario secondario deve risultare compatibile con il diritto comunitario primario, è necessario che il diritto comunitario secondario venga costantemente “aggiornato” alla luce di quanto accade a livello comunitario.

Alla luce delle precedenti considerazioni, si ritiene che il processo interpretativo basato esclusivamente sul diritto comunitario secondario risulta fallace. La normativa domestica di uno Stato membro deve essere interpretata alla luce del diritto comunitario primario e secondario. In particolare, il risultato ottenuto attraverso l’interpretazione delle disposizioni alla luce del diritto comunitario secondario deve essere confrontato con quello ottenuto costruendo le medesime disposizioni in linea con le previsioni del TFUE. Quando non risulta possibile effettuare una riconciliazione con entrambi (i.e., il diritto comunitario primario e secondario), il principio di supremazia del diritto comunitario primario impone che il risultato ottenuto alla luce della analisi di compatibilità con il diritto comunitario primario prevalga sul risultato ottenuto in base al diritto comunitario secondario. Questo modello è seguito dalla CGUE e deve essere applicato nello stesso modo dai giudici nazionali. I vantaggi pratici di questo modello sono chiaramente visibili con riferimento alla sentenza *Les Vergers du Vieux Tauves* così come nel sentenza *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*.

---

<sup>222</sup> CGUE, sentenza del 18.9.2003, C-168/01, *Bosal Holding*.

#### 5.3.4. Il superamento dell'interpretazione letterale attraverso l'ampliamento dello scopo della Direttiva Madre-Figlia

##### 5.3.4.1. La sentenza *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*

La posizione della CGUE espressa nella sentenza *Les Vergers du Vieux Tauves* è stata resa ancora più chiara nella successiva sentenza *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*. Tale sentenza è particolare significativa per le *hybrid entities* considerato che la CGUE ha dovuto decidere se un soggetto non avente la qualità di "società di uno Stato membro" - in quanto non espressamente incluso nell'Allegato alla Direttiva Madre-Figlia e non assoggettato ad imposta - e quindi escluso dall'ambito di applicazione della citata Direttiva, potesse comunque invocare la libertà di stabilimento.

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata proposta nell'ambito di un procedimento avviato dinanzi al *Korkein hallinto-oikeus* (Corte amministrativa suprema) dalla società di diritto finlandese *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* (di seguito "**Alpha**"), avente ad oggetto il prelievo di una ritenuta alla fonte sui dividendi da distribuire alla *Aberdeen Property Nordic Fund I SICAV* (di seguito "**Nordic Fund SICAV**"), una società d'investimento a capitale variabile (SICAV) di diritto lussemburghese con sede in Lussemburgo.

La Alpha chiedeva alla Commissione centrale delle imposte se essa fosse tenuta a prelevare l'imposta alla fonte sui dividendi versati alla *Nordic Fund SICAV*, tenuto conto degli artt. 49 del TFUE e 63 del TFUE, nonché del fatto che un dividendo versato ad una società per azioni finlandese di tipo analogo a quello di una società SICAV, che esercita attività di investimento nel settore immobiliare, o ad un altro ente collettivo di natura equivalente stabilito in Finlandia, non costituirebbe un reddito imponibile ai sensi della normativa finlandese e non sarebbe nemmeno gravato da un'imposta alla fonte.

L'Amministrazione finanziaria finlandese rilevava che, poiché le SICAV non figurano nell'elenco dell'Allegato della Direttiva 90/435 e non pagano imposte sul reddito nello Stato membro in cui sono stabilite, la *Nordic Fund SICAV* non poteva essere considerata come una società ai sensi di tale Direttiva e, conseguentemente, il dividendo ad essa versato non doveva essere esentato dall'imposta alla fonte.

La Alpha ha fatto notare che il pagamento di dividendi da parte di una società finlandese a una società residente in un altro Stato membro è comparabile al pagamento di dividendi da parte di una società finlandese a una società finlandese. Da ciò consegue che poiché le due fattispecie sono comparabili esse devono essere trattate allo stesso modo. Sulla base di queste argomentazioni e considerato che in uno scenario domestico la normativa finlandese non prevede l'applicazione di alcuna ritenuta, Alpha ha sostenuto che la previsione di una ritenuta sui dividendi distribuiti a *Nordic Fund* generasse un

trattamento discriminatorio nei confronti dei non residenti e quindi una violazione dell'art. 49 del TFUE relativo alla libertà di stabilimento.

L'amministrazione finanziaria finlandese indicava che, anche se la Nordic Fund SICAV è equiparabile a una società per azioni finlandese ("osakeyhtiö"), queste società presentano diverse differenze. Infatti esse si distinguono, in primo luogo, per il fatto che il capitale sociale della società per azioni finlandese è bloccato, e, durante il periodo di attività di quest'ultima, non può essere rimborsato agli azionisti. Tali società si differenziano, in secondo luogo, in quanto la società per azioni finlandese è assoggettabile ad imposta nello Stato di stabilimento e, in terzo luogo, poiché quest'ultima è una società ai sensi della Direttiva Madre-Figlia. Pertanto, questi due tipi di società non sono comparabili ai sensi del diritto comunitario<sup>223</sup>.

Secondo la CGUE la normativa finlandese in oggetto costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento in quanto scoraggia l'esercizio di tale libertà da parte delle società stabilite in altri Stati membri, le quali potrebbero di conseguenza rinunciare all'acquisizione, alla creazione o al mantenimento di una controllata nello Stato membro in cui è operata tale disparità di trattamento.

Come la CGUE ha in diverse occasioni avuto modo di precisare la libertà di stabilimento mira ad assicurare il beneficio del trattamento nazionale nello Stato membro ospitante, vietando ogni discriminazione fondata sul luogo della sede delle società. Tuttavia, trattamenti diversi non costituiscono sempre e comunque discriminazioni. Dalla giurisprudenza comunitaria emerge che tale discriminazione può verificarsi solo attraverso l'applicazione di regole diverse a situazioni comparabili ovvero l'applicazione della stessa regola a situazioni diverse.

L'amministrazione finanziaria finlandese ha fatto valere tuttavia che, poiché la legislazione nazionale non permette la creazione in Finlandia di società

---

<sup>223</sup> La Corte suprema amministrativa finlandese, considerando che la soluzione della controversia di cui era stata investita rendeva necessaria un'interpretazione del diritto comunitario, decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla CGUE la seguente questione pregiudiziale: "Se gli artt. 43 CE e 48 CE nonché 56 CE e 58 CE vadano interpretati nel senso che, ai fini dell'attuazione delle libertà fondamentali da essi garantite, una società per azioni o un fondo d'investimento di diritto finlandese e una (...) SICAV di diritto lussemburghese debbono considerarsi comparabili nonostante il fatto che il diritto finlandese non conosca di una forma di società del tutto corrispondente alla (...) SICAV allorché si ponga in pari tempo attenzione alla circostanza che [la] SICAV, la quale è una società di diritto lussemburghese, non è menzionata nell'elenco delle società di cui all'art. 2, lett. a), della direttiva [90/435] rispetto alla quale è adattata la normativa finlandese sulla ritenuta alla fonte applicabile nel caso di specie nonché l'ulteriore circostanza che [la] SICAV è esente dall'imposta sul reddito ai sensi della normativa tributaria lussemburghese. Se, dati tali elementi, sia contrario ai menzionati articoli del Trattato il fatto che una società di tipo SICAV stabilita in Lussemburgo non sia, quale percettore di dividendi, esente in Finlandia dal prelievo della ritenuta alla fonte sui dividendi".

con una forma giuridica identica a quella di una SICAV di diritto lussemburghese, quest'ultima si trovi, a causa della sua forma giuridica e del suo trattamento fiscale, in una situazione oggettivamente diversa da quella delle società o dei fondi di investimento stabiliti in Finlandia.

Inoltre, la predetta amministrazione rileva che, a differenza di una società per azioni finlandese, una SICAV non è assoggettata all'imposta sul reddito nello Stato membro di stabilimento dal momento che, in Lussemburgo, una siffatta società è unicamente assoggettata ad un'imposta sul capitale ad un'aliquota dello 0,01% e gli utili distribuiti da quest'ultima ad una persona domiciliata in un altro Stato membro non danno luogo ad alcuna ritenuta alla fonte. Per contro, i dividendi percepiti dalle società per azioni finlandesi sono esentati da imposta al solo fine di evitare la loro imposizione a catena al momento della distribuzione di utili tra società per azioni, mentre gli altri redditi di queste ultime sono assoggettati ad imposta.

La CGUE non ha ritenuto convincente l'analisi di comparabilità sostenuta dal governo finlandese per le seguenti ragioni. In primo luogo, i giudici comunitari rilevano che la circostanza che non esista, in diritto finlandese, un tipo di società con una forma giuridica identica a quella di una SICAV di diritto lussemburghese non può, di per sé, giustificare un trattamento differenziato, dal momento che, non essendo il diritto societario degli Stati membri interamente armonizzato a livello comunitario, ciò priverebbe la libertà di stabilimento di ogni effetto utile.

In secondo luogo, la circostanza invocata dal governo finlandese relativa alla non imposizione dei redditi di una SICAV in Lussemburgo, pur se accertata, non determinerebbe una differenza tra quest'ultima società e una società per azioni residente tale da giustificare un trattamento differenziato rispetto alla ritenuta alla fonte sui dividendi percepiti da queste due categorie di società. Infatti, da un lato, secondo il governo finlandese, i dividendi versati da una società residente a un'altra società residente non sono assoggettati ad imposta, né attraverso una ritenuta alla fonte né in quanto parte dei redditi della società beneficiaria. Di conseguenza, la non imposizione di questa categoria di redditi in Lussemburgo non è tale da giustificare l'imposizione degli stessi da parte dello Stato finlandese, dal momento che quest'ultimo ha scelto di non esercitare la sua competenza impositiva su tali redditi quando essi sono percepiti dalle società stabilite in Finlandia. Dall'altro, il governo finlandese non ha indicato per quali aspetti il trattamento fiscale delle altre categorie di redditi delle società residenti e delle SICAV non residenti sarebbe rilevante per valutare la comparabilità di questi due tipi di società rispetto all'esenzione dalla ritenuta alla fonte sui dividendi percepiti.

In terzo luogo, non è neppure rilevante l'argomento secondo il quale, poiché il Lussemburgo non assoggetterebbe ad imposta i redditi di una SICAV, l'imposizione a catena non sarebbe operata a livello di quest'ultima, bensì a livello dei suoi azionisti e dovrebbe essere evitata da parte dello Stato membro nel quale questi ultimi risiedono. Infatti proprio la Finlandia, nell'assoggettare ad

una ritenuta alla fonte i redditi già tassati a livello della società distributrice, genera l'imposizione a catena, imposizione che questo Stato membro ha scelto di evitare rispetto ai dividendi distribuiti alle società residenti.

Ad avviso della CGUE, dati tali elementi, le differenze esistenti tra una SICAV di diritto lussemburghese e una società per azioni di diritto finlandese non sono sufficienti a determinare una distinzione oggettiva rispetto all'esenzione dalla ritenuta alla fonte sui dividendi percepiti.

La CGUE ha inoltre respinto tutte le argomentazioni a livello di giustificazione presentate dall'amministrazione finanziaria finlandese: (i) prevenzione dell'evasione fiscale, (ii) necessità di salvaguardare una ripartizione equilibrata del potere impositivo convenuta tra la Finlandia e il Lussemburgo nella convenzione fiscale e (iii) necessità di preservare la coerenza del regime fiscale finlandese.

Con riferimento all'argomento relativo alla prevenzione dell'evasione fiscale, la CGUE ha rilevato che, ai sensi di una giurisprudenza costante, una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è giustificabile se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate a eludere la normativa dello Stato membro interessato. Perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate a eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale. Secondo i giudici comunitari il regime fiscale finlandese non riguarda specificamente siffatte costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e create unicamente allo scopo di eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale e, di conseguenza, non può essere giustificato da ragioni relative alla prevenzione dell'evasione fiscale.

Inoltre, quanto all'argomento relativo alla ripartizione equilibrata del potere impositivo, la CGUE ha rilevato che una siffatta giustificazione può essere ammessa qualora, in particolare, il regime di cui trattasi sia inteso a prevenire comportamenti tali da violare il diritto di uno Stato membro di esercitare la propria competenza fiscale in relazione alle attività svolte sul suo territorio.

Tuttavia, qualora uno Stato membro abbia scelto di non tassare le società beneficiarie stabilite nel suo territorio in relazione a redditi di tal tipo, esso non può invocare l'esigenza di garantire una ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri per giustificare l'assoggettamento ad imposta delle società beneficiarie stabilite in un altro Stato membro<sup>224</sup>. Al riguardo è irrilevante il fatto che la convenzione fiscale riservi alla Finlandia il diritto di esercitare la sua competenza fiscale sui dividendi pagati dalle società stabilite in tale Stato membro ai beneficiari residenti in Lussemburgo. Infatti uno Stato membro non

---

<sup>224</sup> CGUE, sentenza dell'8.11.2007, C-379/05, *Amurta*, par. 59.

può eccepire una convenzione diretta ad evitare le doppie imposizioni al fine di eludere gli obblighi ad esso incombenti in forza del Trattato.

Inoltre, dal momento che i dividendi distribuiti dalle società residenti sono assoggettati ad imposta in capo alle società distributrici quali utili realizzati, l'esenzione dalla ritenuta alla fonte su tali dividendi non priva la Finlandia di qualsiasi diritto di assoggettare ad imposta i redditi relativi alle attività svolte sul suo territorio.

Infine, con riferimento all'argomento relativo alla salvaguardia della coerenza del regime fiscale finlandese, occorre rammentare che la CGUE ha riconosciuto che l'esigenza di salvaguardare tale coerenza può giustificare una restrizione all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato. Tuttavia, affinché siffatto argomento giustificativo possa essere accolto, la CGUE esige un nesso diretto tra il beneficio fiscale di cui trattasi e la compensazione di tale beneficio con un determinato prelievo fiscale, dovendosi determinare il carattere diretto del suddetto nesso alla luce della finalità della normativa di cui trattasi.

Orbene, nell'ambito del regime fiscale finlandese, l'esenzione dalla ritenuta alla fonte dei dividendi non è subordinata alla condizione che i dividendi percepiti dalla società per azioni siano redistribuiti da quest'ultima e che la loro tassazione in capo ai detentori delle quote della suddetta società permetta di compensare l'esenzione dalla ritenuta alla fonte. Di conseguenza non esiste un nesso diretto tra l'esenzione dalla ritenuta alla fonte e la tassazione di tali dividendi quali redditi dei possessori di quote di una società per azioni.

La CGUE ha pertanto emesso la sentenza in favore di Alpha e concluso che le disposizioni della normativa fiscale finlandese relative all'applicazione della ritenuta a titolo di imposta sulla distribuzione dei dividendi erano in violazione degli art. 49 e 53 del TFUE.

#### 5.3.4.2. La sentenza *Gaz de France*

L'Allegato alla Direttiva Madre-Figlia fu introdotto con lo scopo di semplificare e unificare l'ambito di applicazione della Direttiva medesima negli Stati membri. Tuttavia, esso si è rilevato essere un vero e proprio "vaso di Pandora" considerato che tale Allegato è fonte di incertezze anche di semplificazione. Non è esagerato rilevare come l'Allegato rappresenti allo stato attuale il maggior punto debole della Direttiva.

Il principale obiettivo della Direttiva Madre-Figlia era quello di includere per lo meno quei soggetti che maggiormente sono impegnati in operazioni transnazionali coperte dalla citata Direttiva. Tuttavia, la selezione delle società incluse nell'Allegato è alquanto discutibile. Alcune tipologie di soggetti giuridici sono state deliberatamente escluse nonostante le stesse siano assoggettate ad imposta sui redditi delle società ovunque prodotti e non abbiano la possibilità di optare per un altro regime di tassazione. C'è stata anche la possibilità di



includere nell'Allegato anche le *hybrid entities* sebbene una parte sostanziale del loro reddito sia derivato da operazioni transnazionali e conseguentemente ai possessori effettivi di tale reddito avrebbe dovuto essere garantito il regime di agevolazione della Direttiva al fine di consentire loro la partecipazione all'interno del mercato unico.

Si deve inoltre rilevare che l'applicazione dinamica della Direttiva è possibile esclusivamente con riferimento a un certo numero di Stati membri che non seguono l'approccio basato su una "lista chiusa" (*i.e.*, l'elenco tassativo dei soggetti che possono beneficiare della predetta Direttiva). Nell'ipotesi di un approccio basato su una "lista chiusa" se un nuovo soggetto giuridico - assoggettato ad imposta - viene introdotto nell'ordinamento tributario di uno Stato membro pare potersi affermare che non potrà invocare i benefici della Direttiva. Ciò porta a chiedersi se il diniego di applicazione della Direttiva Madre-Figlia costituisca una discriminazione proibita dal TFUE.

La risposta a tale quesito deve essere negativa secondo quanto previsto dalla CGUE nella sentenza *Gaz de France*<sup>225</sup>. La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia che opponeva la *Gaz de France – Berliner Investissement SA*, una società avente sede in Francia e costituita sino al 2002 con la forma giuridica di "*société par actions simplifiée*" (*i.e.*, società per azioni semplificata) all'Ufficio federale centrale delle imposte a proposito dell'imposizione degli utili distribuiti alla medesima dalla *Gaz de France Deutschland GmbH*, la cui sede è in Germania, durante il periodo d'imposta 1999. A partire dal 2002 la *Gaz de France* è stata trasformata in *société anonyme*.

Nel corso del 1999 il contribuente ha presentato un'istanza di rimborso delle ritenute che gli sono state applicate. Tale istanza è stata negata dall'amministrazione finanziaria tedesca in ragione del fatto che la società francese (*i.e.*, *Gaz de France SA*) non poteva considerarsi una società madre ai sensi della Direttiva Madre-Figlia considerato che la forma giuridica di *société par actions simplifiée* non era inclusa nell'Allegato alla citata Direttiva nella versione ante modifiche del 2003. La ragione in base alla quale la *société par actions simplifiée* non era inclusa nella lista dei soggetti beneficiari del regime di detassazione dei dividendi era dovuta al fatto che tale forma giuridica è stata introdotta nell'ordinamento francese solo a partire dal 1994 e quindi successivamente all'emanazione della Direttiva nella sua prima versione (cioè quella del 1990). Tuttavia, tale forma giuridica è stata espressamente inclusa nell'Allegato alla Direttiva Madre-Figlia a seguito delle modifiche introdotte all'Allegato mediante la Direttiva 123/2003/CE<sup>226</sup>.

<sup>225</sup> CGUE, sentenza del 1.10.2009, C-247/07, *Gaz de France - Berliner Investissement SA*.

<sup>226</sup> Alla CGUE sono state quindi sottoposte le seguenti pregiudiziali:

"Alla CGUE sono state quindi sottoposte le seguenti questioni pregiudiziali:

1) "se l'art. 2, lett. a), [della direttiva 90/435,] in combinato disposto con l'allegato, lett. f), [alla medesima] Direttiva (...), debba essere interpretato nel senso che anche una società francese

Con la sua prima questione è stato sostanzialmente chiesto se l'art. 2, lett. a), della Direttiva Madre-Figlia, in combinato disposto con la lett. f) dell'allegato alla medesima, debba essere interpretato nel senso che una società francese avente la forma di una "société par actions simplifiée" possa essere considerata come "società di uno Stato membro" ai sensi di tale Direttiva, già prima della modifica di tale Direttiva intervenuta con la Direttiva 2003/123.

La CGUE fa rilevare come i termini "società di uno Stato membro" designano qualsiasi società che ha una delle forme elencate nell'allegato a detta Direttiva. L'Allegato alla Direttiva 90/435 usa due tecniche diverse per designare le società che rientrano nel suo campo di applicazione. Così, se una formulazione generica è usata alle lett. k) ed l) di tale Allegato, designando rispettivamente "le società commerciali o società civili di forma commerciale, le cooperative e le imprese pubbliche costituite conformemente al diritto portoghese" e "le società costituite conformemente al diritto del Regno Unito", agli altri punti di detto Allegato le denominazioni delle forme giuridiche interessate sono espressamente indicate. Quest'ultima tecnica usata nella maggior parte dei punti dell'allegato alla Direttiva 90/435, in particolare alla lett. f) di tale allegato relativo alle società di diritto francese, consistente nell'elencare le denominazioni delle forme giuridiche rientranti in tale Direttiva, senza contenere una clausola che consenta l'applicazione di detta Direttiva ad altre società costituite conformemente al diritto dei rispettivi Stati membri, ad eccezione, per quanto riguarda il diritto francese, di istituti ed imprese pubblici, implica che dette denominazioni siano elencate in modo tassativo.

Secondo i giudici comunitari una tale conclusione non può essere rimessa in discussione dagli argomenti della ricorrente nel procedimento principale e della Commissione, secondo cui l'elenco delle società sarebbe fornito alla lett. f) dell'allegato alla Direttiva solo in via esemplificativa e solo allo scopo di prevenire problemi che possano risultare dai conflitti di qualificazione, qualora una società sia trattata, dal punto di vista fiscale, da uno Stato membro come una società di capitali, assoggettata all'imposta sulle società, laddove un'altro Stato membro

---

*avente la forma societaria di una «société par actions simplifiée» [società per azioni semplificata] può essere considerata, già per gli anni precedenti al 2005, come «società di uno Stato membro» ai sensi di tale direttiva e deve quindi esserle garantita, per gli utili distribuiti dalla sua controllata tedesca nel 1999, ai sensi dell'art. 5, n. 1, della medesima direttiva [90/435], l'esenzione dalla ritenuta alla fonte.*

- 2) *Per il caso in cui la questione sub 1) debba essere risolta negativamente, se l'art. 2, lett. a), [della direttiva 90/435,] in combinato disposto con l'allegato, lett. f), [alla medesima] direttiva (...), violi l'art. 43 CE e l'art. 48 CE, oppure l'art. 56, n. 1, CE e l'art. 58, nn. 1, lett. a), e 3, CE, in quanto prevede, in combinato disposto con l'art. 5, n. 1, della direttiva 90/435, un'esenzione dalla ritenuta alla fonte, all'atto della distribuzione degli utili di una controllata tedesca, a vantaggio di una società controllante francese che rivesta la forma di una «société anonyme» [società per azioni], di una «société en commandite par actions» [società in accomandita per azioni] o di una «société à responsabilité limitée» [società a responsabilità limitata], ma non a favore di una società controllante francese avente la forma giuridica di una «société par actions simplifiée».*

consideri tale società come una società di persone non assoggettata all'imposta sulle società, in quanto taluni Stati membri, al momento dell'adozione della Direttiva 90/435, hanno voluto escludere dall'ambito di applicazione di tale Direttiva le società di persone.

La CGUE rileva inoltre che la Direttiva 90/435 non ha l'obiettivo di introdurre un regime comune per tutte le società degli Stati membri, né per tutti i tipi di partecipazioni. Infatti, per partecipazioni non rientranti nella Direttiva 90/435, spetta agli Stati membri determinare se, ed in quale misura, la doppia imposizione economica degli utili distribuiti debba essere evitata e introdurre, a tale scopo, in modo unilaterale o mediante convenzioni concluse con altri Stati membri, procedure che mirino a prevenire o ad attenuare tale doppia imposizione economica.

Ciò premesso, le esigenze del principio fondamentale di certezza del diritto ostano a che l'elenco delle società fornito alla lett. f) dell'allegato a questa Direttiva sia interpretato come elenco fornito a titolo indicativo, quando una tale interpretazione non deriva dalla sua lettera né dal sistema istituito dalla Direttiva 90/435.

Secondo i giudici comunitari occorre risolvere la prima questione dichiarando che l'art. 2, lett. a), della Direttiva 90/435, in combinato disposto con la lett. f) dell'allegato alla medesima, deve essere interpretato nel senso che una società di diritto francese avente la forma di una "société par actions simplifiée" non può essere considerata come "società di uno Stato membro" ai sensi di questa direttiva già prima della modifica di tale direttiva, intervenuta con la Direttiva 2003/123.

Con riferimento alla seconda questione pregiudiziale la CGUE rileva che occorre verificare se una delimitazione dell'ambito di applicazione della Direttiva 90/435 che esclude a priori altre società che possono essere create conformemente al diritto nazionale, come risulta dall'art. 2, lett. a), della citata Direttiva e dalla lett. f) dell'Allegato alla medesima, possa essere considerata invalida con riferimento agli articoli del TFUE che garantiscono la libertà di stabilimento o la libera circolazione dei capitali.

Sul punto i giudici comunitari hanno precisato che per raggiungere l'obiettivo della neutralità, sul piano fiscale, della distribuzione di utili da parte di una società controllata con sede in uno Stato membro alla sua controllante stabilita in un altro Stato membro, la Direttiva Madre-Figlia intende evitare una doppia imposizione, in termini economici, di tali utili, ossia evitare che gli utili distribuiti siano colpiti una prima volta a carico della società controllata, e una seconda volta a carico della controllante. Orbene, se in virtù della citata Direttiva detto obbligo incombe sugli Stati membri solo per quanto riguarda la distribuzione degli utili percepiti da società che possono essere considerate tali ai sensi della medesima, basta rilevare che detta Direttiva non autorizza uno Stato membro a trattare in modo meno favorevole gli utili distribuiti alle società degli altri Stati membri, che non rientrano nel suo ambito di applicazione, rispetto agli utili

distribuiti alle società paragonabili stabilite nel suo territorio.

Infatti, la Corte ha già dichiarato che, per partecipazioni che non rientrano nell'ambito della Direttiva Madre-Figlia, spetta agli Stati membri determinare se, ed in quale misura, la doppia imposizione economica degli utili distribuiti debba essere evitata e introdurre, a tale scopo, in modo unilaterale o mediante convenzioni concluse con altri Stati membri, procedure che mirino a prevenire o ad attenuare tale doppia imposizione economica. Tuttavia tale unico fatto non consente loro di applicare misure contrarie alle libertà di circolazione garantite dal Trattato.

Di conseguenza, una delimitazione dell'ambito di applicazione della direttiva 90/435 che esclude a priori altre società che possono essere create conformemente al diritto nazionale, come quella risultante dall'art. 2, lett. a), della Direttiva Madre-Figlia e dalla lett. f) dell'allegato alla medesima, non può creare una restrizione alla libertà di stabilimento.

#### 5.3.5. Analisi critica e considerazioni finali

Dall'analisi della giurisprudenza comunitaria emerge che molto spesso la CGUE utilizza il metodo di interpretazione teleologica per accrescere l'efficacia del diritto comunitario a spese della lettera delle disposizioni. La CGUE non ha però ritenuto di andare oltre la mera interpretazione letterale nella sentenza *Les Vergers du Vieux Tauves*: i giudici comunitari avevano comunque a disposizione ulteriori strumenti per la soluzione della controversia che avrebbero comunque consentito di raggiungere un risultato soddisfacente.

È difficile prevedere uno scenario nel quale la CGUE possa assumere un differente approccio da quello tenuto in *Les Vergers* con riguardo all'interpretazione del concetto "partecipazione al capitale" nel contesto di *hybrid entities*. La risposta a tale quesito dipende tuttavia in larga parte da come la CGUE intenderà valutare il concetto di "partecipazione al capitale" in ogni singolo caso: se la posizione dei giudici comunitari, con riferimento ai requisiti necessari per beneficiare delle disposizioni della Direttiva Madre-Figlia, dovesse restare ancorata al concetto di "proprietaria a pieno titolo" risulta difficile ipotizzare cambiamenti di posizione.

Allo stato attuale dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria si può affermare che essere il mero percettore del reddito non risulta sufficiente (i.e., caso dell'usufruttario), tuttavia resta da chiedersi se il beneficiario effettivo del reddito possa invocare l'applicazione della Direttiva Madre-Figlia nell'ipotesi in cui esso possa considerarsi quale proprietario "indiretto" della società figlia. Lo scenario più probabile nell'ipotesi di un rinvio pregiudiziale dovrebbe essere una posizione ferma della CGUE: cioè nessuna eccezione al concetto di società "proprietaria a pieno titolo" della partecipazioni nella società figlia.

Si può inoltre affermare per effetto delle sentenze *Les Vergers* e

*Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* che in caso di partecipazioni non espressamente coperte dalla Direttiva Madre-Figlia il risultato previsto dalla Direttiva medesima non risulta affatto decisivo. Il passaggio successivo consiste nel verificare se il risultato ottenuto sulla base della interpretazione delle disposizioni nazionali alla luce delle previsioni della citata Direttiva, non sia contrario alle previsioni sulla libertà di movimento contenuto nel TFUE e non dia origine a un trattamento discriminatorio.

Ciò che conta è come la doppia imposizione viene risolta all'interno di uno scenario domestico. Se uno Stato membro non prevede alcuna ritenuta al momento della distribuzione dei dividendi, è evidente che al fine di evitare la violazione delle disposizioni sulla libertà di stabilimento ovvero sulla libertà di capitali, esso è obbligato a evitare la tassazione dei dividendi in ipotesi di distribuzione transnazionale.

A seguito della sentenza *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* ai governi nazionali sono rimasti privi di argomentazioni sufficienti a giustificare trattamenti discriminatori contro i possessori di partecipazioni che rientrano nel campo di applicazione della Direttiva sulla base di una mera interpretazione letterale. La necessità di prevenire l'evasione fiscale, di salvaguardare una ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri e di preservare la coerenza del regime fiscale non possono più rappresentare valide argomentazioni a giustificazione di trattamenti discriminatori.

La lettura delle recenti sentenze consente di concludere che il diritto comunitario secondario stia gradualmente perdendo di significatività. Al contrario, la recente evoluzione della giurisprudenza comunitaria consente di affermare che in ipotesi di contrasto con il diritto comunitario primario la Direttiva deve rimanere in secondo piano ed è il diritto comunitario primario che ha una sorta di *casting vote*.

#### 5.4. Applicazione della Direttiva Madre Figlia alle *hybrid entities*

Lo scopo del presente paragrafo è quello di fornire una panoramica dei diversi scenari che coinvolgono le *hybrid entities* ed esaminare fino a che punto il problema della doppia imposizione possa essere risolto (i) sulla base della attuale versione della Direttiva Madre-Figlia e (ii) attraverso l'applicazione dell'approccio del beneficiario effettivo.

##### Assunzioni generali (valide per tutti gli scenari ipotizzati)

- 1) I soci della *hybrid entity* soddisfanno le condizioni per essere considerati "società di uno Stato membro":

- (i) assoggettamento ad imposta;
- (ii) Residenza in uno Stato membro;
- (iii) Presenza nell'Allegato alla Direttiva Madre-Figlia.

2) La *hybrid entity* non rappresenta una stabile organizzazione dei soci.

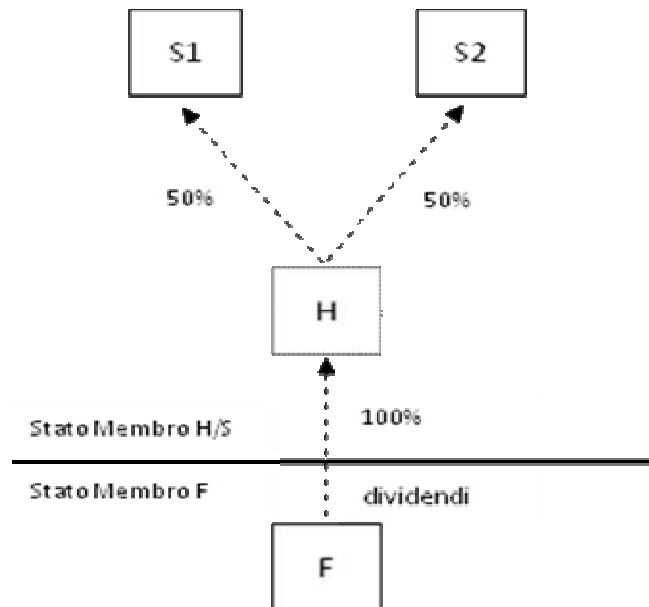
#### 5.4.1. Direttiva Madre-Figlia in scenari europei

5.4.1.1. *Hybrid entity* residente nello Stato membro della società madre (situazione bilaterale)

##### Scenario 1:

**Assunzioni:** lo Stato membro F considera H un soggetto trasparente; lo Stato membro S/H considera H un soggetto trasparente.

Le società S1 e S2 sono soci della *hybrid entity* (H), tutte costituite nello Stato membro H/S. Ciascuna società possiede il 50% del capitale di H. H è il socio unico della società F, quest'ultima costituita nello Stato membro F. La società F distribuisce i dividendi a H. Entrambi gli Stati membri coinvolti (H/S e F) considerano la *hybrid entity* (H) un soggetto trasparente ai fini fiscali.



La situazione qui sopra descritta è potenzialmente foriera di doppia imposizione sia economica che giuridica. La doppia imposizione economica si

verifica poiché il medesimo reddito è tassato in capo a due soggetti diversi, cioè una prima volta in capo ad F (dallo Stato membro F) e una seconda volta in capo a S1 e S2 (dallo Stato membro H/S) al momento della percezione dei dividendi.

La doppia imposizione giuridica si verifica per effetto della tassazione del medesimo reddito (il dividendo) due volte in capo al medesimo soggetto (i soci S1 e S2): una prima volta nello Stato membro F sotto forma di ritenuta e una seconda volta nello Stato membro H/S al momento della percezione da parte di S1 e S2.

Secondo la prospettiva dello Stato membro F, i dividendi sono pagati ai soci di H. Secondo la prospettiva dello Stato membro H/S il reddito è come se fosse stato pagato direttamente ai soci S1 e S2 poiché per effetto del meccanismo della trasparenza fiscale il reddito è a loro imputato e non invece alla *hybrid entity*.

Tuttavia, è poco probabile che si possa invocare la disapplicazione della ritenuta sui dividendi ai sensi dell'art. 5 della Direttiva Madre-Figlia poiché la partecipazione di S1 e S2 nella società F verrà considerata come una "partecipazione indiretta": ciò in considerazione del fatto che lo Stato membro F considera il reddito come se fosse fluito attraverso la *hybrid entity* per arrivare ai soci (S1 e S2). Pertanto ciò comporta la mancata verifica del requisito della "partecipazione diretta". Se si assume che i due Stati coinvolti abbiano firmato una Convenzione contro le doppie imposizioni simile al Modello OCSE è evidente che l'applicazione di tale trattato comporterà la riduzione della ritenuta fino alle aliquote indicate nel trattato medesimo.

#### Applicazione dell'approccio del beneficiario effettivo

##### **Secondo la prospettiva dello Stato membro F:**

I dividendi sono considerati come pagati a una società residente di un altro Stato membro. Pertanto, la distribuzione dei dividendi rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 1, paragrafo 1, secondo trattino e conseguentemente essere esentata da ritenuta in base all'art. 5 della Direttiva Madre-Figlia.

##### **Secondo la prospettiva dello Stato membro H/S:**

I dividendi sono ricevuti da una società residente in tale Stato membro e pagati da una società figlia residente di un altro Stato membro. Pertanto, la distribuzione dei dividendi rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 1, paragrafo 1, primo trattino. Conseguentemente lo Stato H/S si astiene dal sottoporre tali utili a imposizione ovvero li sottopone a imposizione, autorizzando però detta società madre (S1 e S2) a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta pagata dalla società figlia (F) a fronte dei suddetti utili e, eventualmente, l'importo della ritenuta alla fonte prelevata dallo Stato membro F.

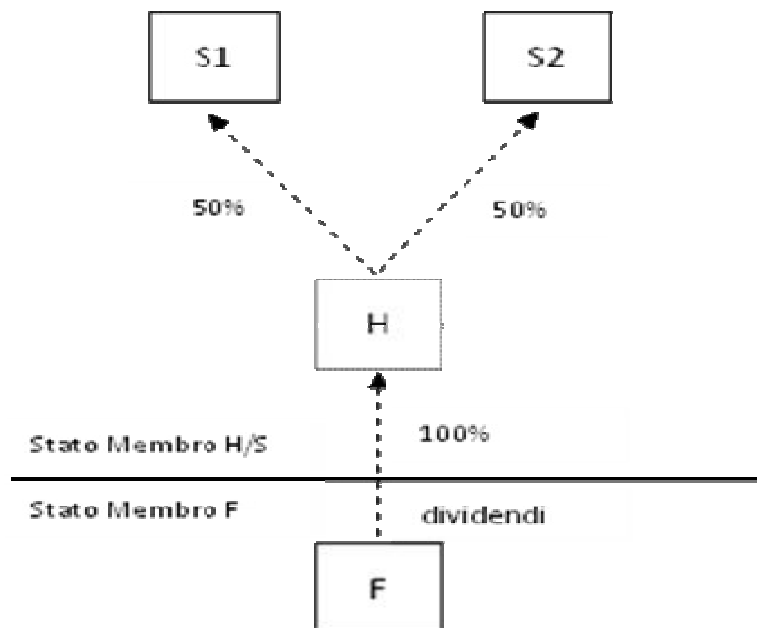
Il risultato finale è il seguente: gli utili sono tassati una volta soltanto nello Stato membro F, a livello della società figlia.



## Scenario 2:

**Assunzioni:** lo Stato membro F considera H un soggetto opaco (non trasparente); lo Stato membro H/S considera H un soggetto trasparente.

Le società S1 e S2 sono soci della *hybrid entity* (H), tutte costituite nello Stato membro H/S. Ciascuna società possiede il 50% del capitale di H. H è il socio unico della società F, quest'ultima costituita nello Stato membro F. La società F distribuisce i dividendi a H. Lo Stato membro F considera H un soggetto opaco mentre lo Stato membro H/S considera H un soggetto trasparente ai fini fiscali.



La situazione qui sopra descritta è potenzialmente foriera di doppia imposizione sia economica che giuridica. La doppia imposizione economica si verifica poiché il medesimo reddito è tassato in capo a due soggetti diversi, cioè una prima volta in capo ad F (dallo Stato membro F) e una seconda volta in capo a S1 e S2 (dallo Stato membro H/S) al momento della percezione dei dividendi.

La doppia imposizione giuridica si verifica per effetto della tassazione del medesimo reddito (il dividendo) due volte in capo al medesimo soggetto (i soci S1 e S2): una prima volta nello Stato membro F sotto forma di ritenuta e una seconda volta nello Stato membro S/H al momento della percezione da parte di S1 e S2.

Prospettiva dello Stato membro F:

Lo Stato membro F, in base alle proprie regole di classificazione dei soggetti esteri, considera H un soggetto opaco. In tale ipotesi il regime di esenzione da ritenuta sui dividendi in uscita non sarà comunque applicabile poiché la *hybrid entity* H, sebbene venga considerata come un soggetto opaco dallo Stato membro H, non è assoggettato ad imposta nello Stato H/S e pertanto non è un soggetto ivi residente ai fini della Direttiva Madre-Figlia.

Prospettiva dello Stato membro H/S:

Non è possibile invocare l'applicazione della Direttiva Madre-Figlia. I soci S1 e S2 non soddisfano i criteri per essere considerati quale società madre ai sensi dell'art. 3 della citata Direttiva.

Se si assume che i due Stati membri abbiano stipulato una Convenzione contro le doppie imposizioni simile al Modello OCSE, è evidente che l'applicazione delle disposizioni della Convenzione Stato F-H/S comporterà l'applicazione della ritenuta ridotta sui dividendi. In base al principio "lo Stato della fonte segue lo Stato della residenza" deriva che lo Stato membro F sarà obbligato a tenere in considerazione le disposizioni sulla allocazione del reddito applicate nello Stato membro H/S e pertanto considerare i soci S1 e S2 come soggetti passivi d'imposta e percettori del dividendo.

Applicazione dell'approccio del beneficiario effettivo

**Secondo la prospettiva dello Stato membro F:**

In caso di soggetto fiscalmente trasparente nel momento in cui le disposizioni in materia di classificazione, e quindi allocazione del reddito, differiscono il trattamento tributario dovrebbe essere il seguente: se la *hybrid entity* H non può essere considerata quale "società madre", lo Stato membro F deve verificare se i soci di H possono considerarsi come beneficiari effettivi del dividendo.

Nel caso di specie, S1 e S2 dovrebbero beneficiare della Direttiva Madre-Figlia poiché esse sono soggetti passivi d'imposta nello Stato membro H/S e quindi soggetti beneficiari effettivi del reddito. Pertanto, la distribuzione dei dividendi rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 1, paragrafo 1, secondo trattino e conseguentemente essere esentata da ritenuta in base all'art. 5 della Direttiva Madre-Figlia.

**Secondo la prospettiva dello Stato membro H/S:**

I dividendi sono ricevuti da una società residente in tale Stato membro e pagati da una società figlia residente di un altro Stato membro. Pertanto, la distribuzione dei dividendi rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 1, paragrafo

1, primo trattino. Conseguentemente lo Stato S/H si astiene dal sottoporre tali utili a imposizione ovvero li sottopone a imposizione, autorizzando però detta società madre (S1 e S2) a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta pagata dalla società figlia (F) a fronte dei suddetti utili e, eventualmente, l'importo della ritenuta alla fonte prelevata dallo Stato membro F.

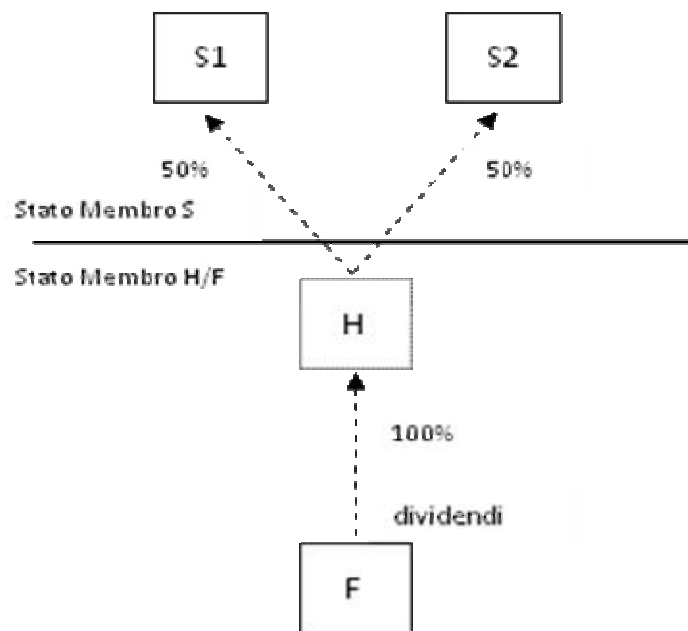
Il risultato finale è il seguente: gli utili sono tassati una volta soltanto nello Stato membro F, a livello della società figlia.

5.4.1.2. *Hybrid entity* residente nello Stato membro della società figlia (situazione bilaterale)

Le società S1 e S2 sono soci della *hybrid entity* (H). S1 e S2 sono costituite nello Stato membro S. Ciascuna società possiede il 50% del capitale di H costituita nello Stato membro H/F. H è il socio unico della società F, quest'ultima residente nello Stato membro H/F. La società F distribuisce i dividendi a H.

**Scenario 3:**

**Assunzioni:** lo Stato membro S considera H un soggetto trasparente; lo Stato membro H/F considera H un soggetto trasparente.



Prospettiva dello Stato membro H/F:

La *hybrid entity* H non è un soggetto d'imposta nello Stato membro H/F e pertanto non è considerato ivi residente. Lo Stato membro H/F attribuisce i dividendi direttamente ai soci S1 e S2. Lo Stato membro H/F non può tassare i dividendi in capo ad H in quanto quest'ultima non costituisce una stabile organizzazione dei soci S1 ed S2. Tuttavia, non è possibile beneficiare del regime di esenzione da ritenuta sui dividendi in quanto la partecipazione nella società F sarà considerata detenuta dai soci attraverso la *hybrid entity*

(partecipazione tramite un intermediario) e quindi il requisito della “partecipazione diretta” non risulta verificato.

Prospettiva dello Stato membro S:

In base alle disposizioni dello Stato membro S sulla classificazione dei soggetti esteri la *hybrid entity* H è considerata trasparente ai fini fiscali e il pagamento dei dividendi non è attribuibile alla stabile organizzazione nello Stato membro H/F. Di conseguenza, lo Stato membro S considera S1 e S2 soggetti passivi d'imposta relativamente alla distribuzione dei dividendi.

Applicazione dell'approccio del beneficiario effettivo

**Secondo la prospettiva dello Stato membro H/F:**

Il pagamento dei dividendi da parte di F si considera effettuato nei confronti di una società (S1 e S2) residente nello Stato membro S. Pertanto, la distribuzione dei dividendi rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 1, paragrafo 1, secondo trattino e conseguentemente essere esentata da ritenuta in base all'art. 5 della Direttiva Madre-Figlia.

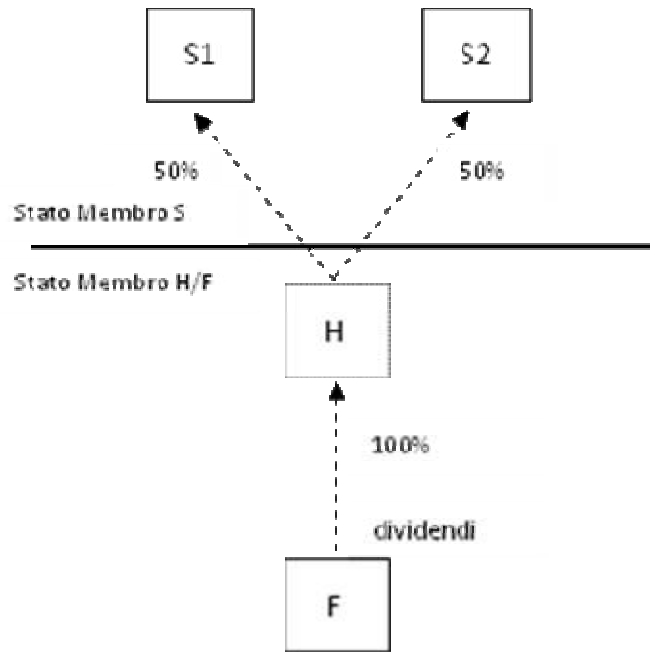
**Secondo la prospettiva dello Stato membro S:**

I dividendi sono ricevuti da una società residente in tale Stato membro e pagati da una società figlia residente di un altro Stato membro. Pertanto, la distribuzione dei dividendi rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 1, paragrafo 1, primo trattino. Conseguentemente lo Stato S si astiene dal sottoporre tali utili a imposizione ovvero li sottopone a imposizione, autorizzando però detta società madre (S1 e S2) a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta pagata dalla società figlia (F) a fronte dei suddetti utili e, eventualmente, l'importo della ritenuta alla fonte prelevata dallo Stato membro H/F.

Il risultato finale è il seguente: gli utili sono tassati una volta soltanto nello Stato membro H/F, a livello della società figlia.

#### Scenario 4:

**Assunzioni:** lo Stato membro S considera H un soggetto non trasparente (opaca); lo Stato membro H/F considera H un soggetto trasparente.



#### Prospettiva dello Stato membro H/F:

La *hybrid entity* H non è un soggetto d'imposta nello Stato membro H/F e pertanto non è considerato ivi residente. Lo Stato membro H/F attribuisce i dividendi direttamente ai soci S1 e S2. Lo Stato membro H/F non può tassare i dividendi in capo ad H in quanto quest'ultima non costituisce una stabile organizzazione dei soci S1 ed S2. Tuttavia, non è possibile beneficiare del regime di esenzione da ritenuta sui dividendi in quanto la partecipazione nella società F sarà considerata detenuta dai soci attraverso la *hybrid entity* (partecipazione tramite un intermediario) e quindi il requisito della "partecipazione diretta" non risulta verificato.

#### Prospettiva dello Stato membro S:

In base alle disposizioni dello Stato membro S sulla classificazione dei soggetti esteri la *hybrid entity* H è considerata opaca e pertanto secondo tale Stato i dividendi sono pagati dalla società F ad H. Lo Stato membro S tassa la distribuzione dei dividendi effettuata da H ai soci S1 e S2 in quanto H è considerato soggetto opaco. Lo Stato membro H/F non applicherà alcuna

ritenuta al momento della distribuzione dei dividendi da H ai soci S1 e S2 in quanto tale distribuzione non è considerato fiscalmente rilevante in tale Stato: i dividendi sono stati già imputati a S1 e S2 al momento della distribuzione da parte di F.

#### Applicazione dell'approccio del beneficiario effettivo

##### **Secondo la prospettiva dello Stato membro H/F:**

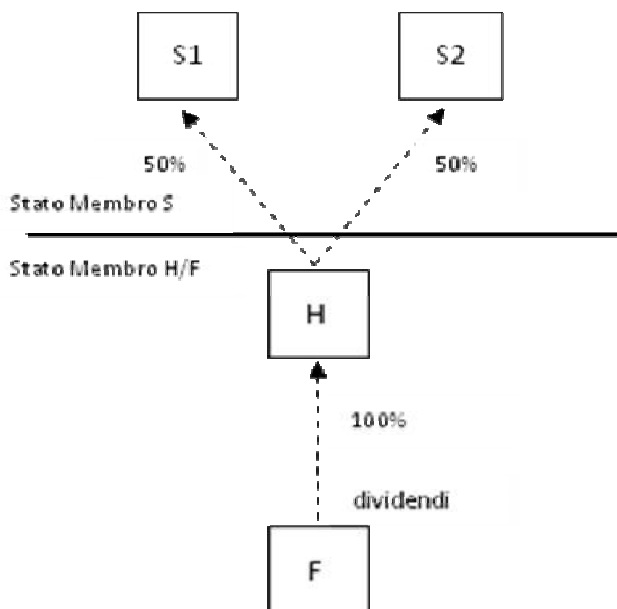
Nel caso di specie l'applicazione del principio del beneficiario effettivo non fornisce una adeguata soluzione. Sebbene S1 e S2 siano residenti dello Stato S, questi non sono assoggettati ad imposta al momento della distribuzione dei dividendi da parte di F per effetto delle regole di classificazione (ed allocazione del reddito) da parte dello Stato S. Pertanto, S1 e S2 non possono essere considerati quali percipienti il suddetto reddito. Da ciò consegue che non sussiste alcun obbligo in capo allo Stato membro H/F di garantire il regime di esenzione da ritenuta sui dividendi.

##### **Secondo la prospettiva dello Stato membro S:**

La *hybrid entity* H è considerata opaca nello Stato membro S. Tale Stato riconosce in base alla propria legislazione solo la distribuzione dei dividendi effettuata da H a S1 e S2 e non invece la distribuzione effettuata da F. Pertanto, non sussiste alcun obbligo in capo a tale Stato membro di rimuovere la doppia imposizione sulla distribuzione dei dividendi attraverso il meccanismo dell'esenzione/credito d'imposta.

### Scenario 5:

**Assunzioni:** lo Stato membro S considera H un soggetto trasparente; lo Stato membro H/F considera H un soggetto opaco.



#### Prospettiva dello Stato membro H/F:

##### **a) Distribuzione degli utili da F ad H**

La *hybrid entity* H è residente nello Stato membro H/F ed è ivi soggetta ad imposta. Pertanto secondo la prospettiva dello Stato membro H/F la distribuzione dei dividendi da F ad H non rientra nell'ambito di applicazione della Direttiva Madre-Figlia in quanto concerne una fattispecie puramente domestica nella quale sono coinvolte due società residenti nello stesso Stato membro.

##### **b) Distribuzione degli utili da H a S1 e S2**

La distribuzione dei dividendi rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 1, paragrafo 1, secondo trattino e conseguentemente essere esentata da ritenuta in base all'art. 5 della Direttiva Madre-Figlia. Le modalità secondo le quali la doppia imposizione è eliminata ed eventualmente se è prevista l'applicazione di una ritenuta al momento della distribuzione dei dividendi è una questione relativa alla normativa domestica dello Stato membro H/F.

#### Prospettiva dello Stato membro S:

In base alle disposizioni dello Stato membro S sulla classificazione dei soggetti esteri la *hybrid entity* H è considerata trasparente e quindi i redditi di H



sono imputato in capo ai soci S1 e S2 sulla base della loro percentuale di partecipazione. L'attuale versione della Direttiva Madre-Figlia si occupa di tale conflitto di classificazione e prevede un meccanismo per l'eliminazione della doppia imposizione. In base all'art. 4, par. 1a), della Direttiva Madre-Figlia lo Stato membro S non è obbligato ad adottare la medesima classificazione della *hybrid entity* operata nello Stato di residenza di tale ultimo soggetto (i.e., Stato membro H/F). Di conseguenza, se lo Stato membro S considera la *hybrid entity* come un soggetto trasparente ai fini fiscali, esso sarà autorizzato a tassare i soci relativamente alla loro quota di partecipazione se e nel momento in cui tali utili verranno realizzati. Tuttavia, al fine di prevenire la doppia imposizione lo Stato membro S sarà obbligato a esentare tali utili da tassazione ovvero a garantire il credito per le imposte pagate dalla società figlia e dal livello più delle altre società partecipate da quest'ultima.

Lo Stato membro S non può tassare gli utili distribuiti dalla *hybrid entity* H la quale segue logicamente la classificazione ai fini tributari di H quale soggetto fiscalmente trasparente.

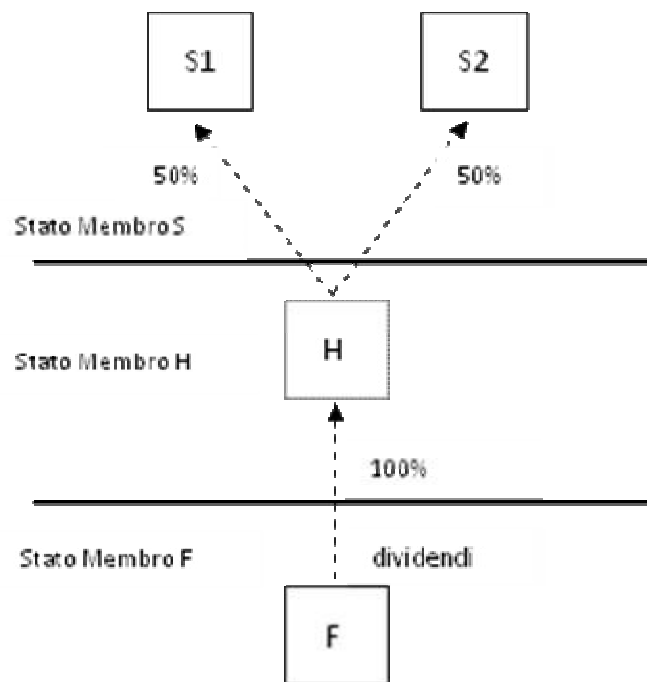
Tale meccanismo risulta in linea con quanto proposto dal *Partnership Report* dell'OCSE e dal Commentario all'art. 23 del Modello OCSE secondo il quale "*to the extent State of the partners flows through the income of the partnership to the partners for the purpose of taxing them, it should be consistent and flow-through the tax paid by the partnership for the purposes of eliminating double taxation arising from its taxation of the partners*".

5.4.1.3. *Hybrid entity* residente in un Stato membro terzo (situazione trilaterale)

Le società S1 e S2 sono soci della *hybrid entity* (H). S1 e S2 sono costituite nello Stato membro S. Ciascuna società possiede il 50% del capitale di H costituita nello Stato membro H/F. H è il socio unico della società F, quest'ultima residente nello Stato membro F. La società F distribuisce i dividendi a H. I dividendi non sono attribuiti a una stabile organizzazione di S1 e S2 nello Stato membro H.

**Scenario 6:**

**Assunzioni:** lo Stato membro S considera H un soggetto trasparente; lo Stato membro H considera H un soggetto trasparente; infine, lo Stato membro F considera H un soggetto trasparente.



Se lo Stato membro P considera la *hybrid entity* H trasparente, allora risulta che i soci S1 e S2 hanno una "partecipazione indiretta" nella società F. Di conseguenza, il regime di esenzione da ritenuta sulla distribuzione dei dividendi non può essere applicato.

Con riferimento al trattamento fiscale di H nello Stato membro H, in assenza di una stabile organizzazione in tale Stato membro, si evidenzia che al momento della distribuzione del dividendo non sarà ivi applicata alcuna ritenuta.

In base alle disposizioni dello Stato membro S sulla classificazione dei soggetti esteri la *hybrid entity* H sarà considerata trasparente ai fini fiscali e il dividendo non sarà attribuibile a una stabile organizzazione di S1 e S2 nello Stato membro H.

Lo Stato membro S considera S1 e S2 come soggetti passivi d'imposta in tale territorio.

#### Applicazione dell'approccio del beneficiario effettivo

##### **Secondo la prospettiva dello Stato membro F:**

La *hybrid entity* H non può essere considerata come "società di uno Stato membro" ai sensi dell'art. 2 della Direttiva Madre-Figlia. Tuttavia, si possono invocare i benefici della citata Direttiva sotto forma di esenzione della ritenuta sulla distribuzione dei dividendi considerato che S1 e S2 sono i beneficiari effettivi di tale reddito.

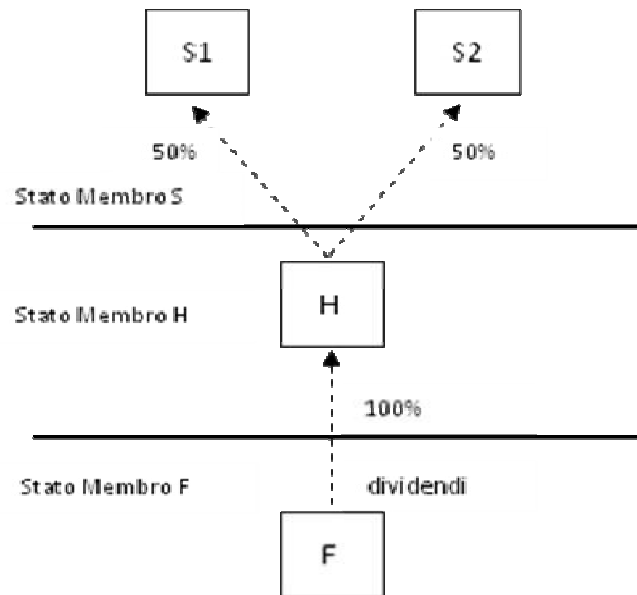
##### **Secondo la prospettiva dello Stato membro S:**

I dividendi sono ricevuti da una società residente in tale Stato membro e pagati da una società figlia residente di un altro Stato membro. Pertanto, la distribuzione dei dividendi rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 1, paragrafo 1, primo trattino. Conseguentemente lo Stato S si astiene dal sottoporre tali utili a imposizione ovvero li sottopone a imposizione, autorizzando però detta società madre (S1 e S2) a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta pagata dalla società figlia (F) a fronte dei suddetti utili e, eventualmente, l'importo della ritenuta alla fonte prelevata dallo Stato membro F.

Il risultato finale è il seguente: gli utili sono tassati una volta soltanto nello Stato membro F, a livello della società figlia.

### Scenario 7:

**Assunzioni:** lo Stato membro S considera H un soggetto trasparente; Stato membro H considera H un soggetto non trasparente (opaco); lo Stato membro F considera H un soggetto non trasparente (opaco).



#### Prospettiva dello Stato membro F:

Secondo la prospettiva dello Stato membro F la *hybrid entity* H è opaca e quindi soddisfa i requisiti necessari per rientrare nella definizione di “società madre” ai sensi dell’art. 3 della Direttiva Madre-Figlia. Pertanto la distribuzione dei dividendi sarà esente da ritenuta ai sensi dell’art. 5 della Direttiva Madre-Figlia.

Nessuna ritenuta sui dividendi dovrebbe essere applicata nel caso in cui H fosse considerata trasparente ai fini fiscali dallo Stato membro F a condizione che tale società soddisfi tutti i requisiti per rientrare nella definizione di “società madre” ai sensi dell’art. 3 della citata Direttiva. La natura vincolante della Direttiva Madre-Figlia dovrebbe richiedere di non tenere in considerazione le regole di classificazione dello Stato membro F.

#### Prospettiva dello Stato membro H:

I dividendi sono ricevuti da una società residente in tale Stato membro e pagati da una società figlia residente di un altro Stato membro. Pertanto, la distribuzione dei dividendi rientra nell’ambito di applicazione dell’art. 1, paragrafo 1, primo trattino. Conseguentemente lo Stato S si astiene dal sottoporre tali utili a imposizione ovvero li sottopone a imposizione, autorizzando però detta società

madre (S1 e S2) a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta pagata dalla società figlia (F) a fronte dei suddetti utili e, eventualmente, l'importo della ritenuta alla fonte prelevata dallo Stato membro F.

Prospettiva dello Stato membro S:

L'art. 4(1a) della Direttiva Madre-Figlia<sup>227</sup> consente allo Stato membro S di mantenere ferma la classificazione fatta ai fini fiscali della *hybrid entity* H quale soggetto trasparente, a condizione che tale Stato membro S quando tassa la quota di utili di spettanza della società consenta di esentare detti utili oppure autorizzi la società madre a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta societaria relativa alla quota degli utili detenuta dalla società madre e pagata dalla propria società figlia o da una sua sub-affiliata.

In questo caso lo Stato membro S si astiene dal sottoporre ad imposizione gli utili distribuiti della società figlia. Tale risultato deriva dalla classificazione della *hybrid entity* quale soggetto trasparente ai fini fiscali.

**Esempio n. 1 (socio S1): lo Stato membro H applica il metodo dell'esenzione**

**Stato membro F: aliquota dell'imposta sul reddito delle società uguale a 20%**

Reddito lordo di S nello Stato membro F = 125.

Imposte dovute dalla società F =  $125 \times 20\% = 25$ .

Utile netto =  $125 - 25 = 100$ .

Imposte dovute da F sulla quota di reddito di F di spettanza del socio S1:  $25 \times 50\% = 12,5$ .

---

<sup>227</sup> L'art. 4(1a) della Direttiva Madre-Figlia dispone che "la presente direttiva non impedisce in alcun modo allo Stato della società madre di considerare una società figlia trasparente ai fini fiscali, in base alla valutazione da parte di detto Stato delle caratteristiche giuridiche di tale società figlia, derivanti dalla legislazione in base alla quale la stessa è costituita e di sottoporre pertanto ad imposizione la quota della società madre degli utili della società figlia se e quando tali utili sussistono. In questo caso lo Stato della società madre si astiene dal sottoporre ad imposizione gli utili distribuiti della società figlia.

Quando verifica la quota detenuta dalla società madre degli utili prodotti dalla sua società figlia, lo Stato della società madre esenta detti utili oppure autorizza la società madre a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta societaria relativa alla quota degli utili detenuta dalla società madre e pagata dalla propria società figlia o da una sua sub-affiliata, a condizione che a ciascun livello la società e la sua sub-affiliata soddisfino i requisiti di cui agli articoli 2 e 3, entro i limiti dell'ammontare dell'imposta corrispondente dovuta".

**Stato membro H: aliquota dell'imposta sul reddito delle società uguale a 35%; metodo dell'esenzione**

Reddito lordo di H = 200, di cui 100 rappresentato dai dividendi pagati da F.

Lo Stato membro H esenta i dividendi distribuiti da F.

Reddito imponibile = 100.

Imposte dovute da H =  $100 \times 35\% = 35$ .

Dividendi distribuiti da F a S1 =  $165 \times 50\%$  (S1 possiede il 50% della partecipazione H) = 82,5.

Imposte dovute da H sulla quota di reddito di spettanza di S1 =  $35 \times 50\% = 17,5$ .

**Stato membro S: aliquota dell'imposta sul reddito delle società uguale a 40%; metodo del credito d'imposta**

Lo Stato membro P tassa i dividendi distribuiti da H a P1 e garantisce il credito per le imposta pagate da H e F.

Reddito lordo di F di spettanza di S1 =  $200 \times 50\% = 100$ .

Imposte dovute da S1:  $[(100^{228} \times 50\%) + (125^{229} \times 50\%)] \times 40\% - 17,5 - 12,5 = 15$ .

---

<sup>228</sup> Reddito di H diverso dai dividendi distribuiti da F.

<sup>229</sup> Reddito di S.

**Esempio n. 2 (socio S1): lo Stato membro H applica il metodo del credito d'imposta**

**Stato membro F: aliquota dell'imposta sul reddito delle società uguale a 20%**

Reddito lordo di S nello Stato membro F = 125.

Imposte dovute dalla società F =  $125 \times 20\% = 25$ .

Utile netto =  $125 - 25 = 100$ .

Imposte dovute da F sulla quota di reddito di F di spettanza del socio S1:  $25 \times 50\% = 12,5$ .

**Stato membro H: aliquota dell'imposta sul reddito delle società uguale a 35%; metodo del credito d'imposta**

Reddito lordo di H = 200, di cui 100 rappresentato dai dividendi pagati da F.

Lo Stato membro H tassa i dividendi ma garantisce il credito d'imposta per un ammontare pari a 25 pagato nello Stato membro F; pertanto le imposte effettivamente pagate nello Stato membro H sui dividendi = 18,75.

Reddito imponibile = 125 (*gross up*).

Imposte dovute da H =  $125 \times 35\% = 43,75 - 25 = 18,75$  (il 50% di tale importo è 9,375).

**Stato membro S: aliquota dell'imposta sul reddito delle società uguale a 35%; metodo del credito d'imposta**

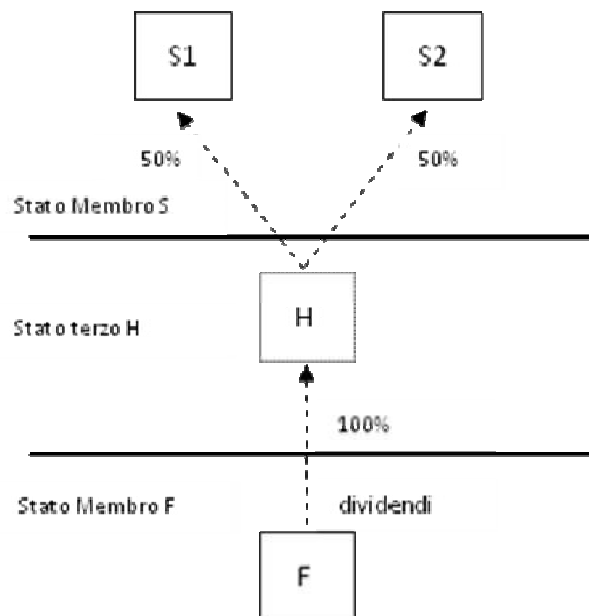
Imposte dovute da S1:  $(100 \times 50\%) + (125 \times 50\%) \times 40\% - 17,5 - 12,5 - 9,375 = 5,625$ .

#### 5.4.2. *Hybrid entity* residente in uno Stato terzo

S1 e S2 sono società costituite nello Stato membro S. Ciascuna società possiede il 50% del capitale di H costituita nello Stato terzo rispetto all'Unione europea (Stato terzo H). H è il socio unico della società F, quest'ultima residente nello Stato membro F. La società F distribuisce i dividendi a H. I dividendi non sono attribuiti a una stabile organizzazione di S1 e S2 nello Stato membro H.

#### **Scenario 8:**

**Assunzioni:** lo Stato membro S considera H un soggetto non trasparente (opaco); lo Stato membro H considera H un soggetto trasparente; infine, lo Stato membro F considera H un soggetto non trasparente (opaco).



#### Prospettiva dello Stato membro F:

La distribuzione dei dividendi è soggetta all'applicazione della ritenuta nello Stato membro F poiché la *hybrid entity* H non può essere considerata quale "società di uno Stato membro".

#### Prospettiva dello Stato terzo H:

Poiché i dividendi non sono attribuibili a una stabile organizzazione nello Stato terzo H, i soci S1 e S2 non saranno assoggettati ad imposta su tale reddito.



Prospettiva dello Stato membro S:

I dividendi saranno assoggettati ad imposta in capo a S1 e S2 al momento della distribuzione da parte di H. In questo caso si verifica una doppia imposizione: gli utili di F sono tassati una prima volta nello Stato membro F e sono nuovamente tassati nello Stato di residenza dei soci S1 e S2 (*i.e.*, Stato membro S). Il risultato sarebbe diverso (*i.e.*, nessun fenomeno di doppia imposizione) se le partecipazioni in F fossero considerate “possedute direttamente” da S1 e S2.

Poiché nel caso di specie la distribuzione dei dividendi avviene nei confronti di una società madre residente in uno Stato terzo ci potrebbe chiedere se sia possibile invocare l'applicazione delle libertà fondamentali e in particolare se sia una eventuale restrizione rientri nel campo di applicazione dell'art. 63 del TFUE sulla libertà di capitali. Ciò sarebbe ipotizzabile nel momento in cui H non avesse una partecipazione pari al 100% del capitale di F. Poiché una partecipazione pari al 100% nel capitale di una società comporta l'esercizio di una influenza notevole, il caso di specie rientra nell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 del TFUE la quale non può essere invocata *vis-à-vis* con gli Stati terzi (*i.e.*, non appartenenti all'Unione europea).

## 6. Conclusioni

I metodi di classificazione fiscali utilizzati dagli Stati membri relativamente ai soggetti costituiti in base al diritto privato di un altro Stato membro sono applicate in via autonoma. I predetti metodi non prendono in considerazione la classificazione fiscale del soggetto giuridico attuata da un altro Stato membro. Di conseguenza, uno Stato membro può classificare un soggetto giuridico in maniera diversa rispetto alla classificazione operata dallo Stato membro nel quale il predetto soggetto è stato costituito.

Pertanto, risulta evidente che possono verificarsi conflitti di classificazione nel momento in cui un soggetto costituito in base alle leggi di uno Stato membro deve essere classificato in un altro Stato membro per effetto di operazioni transnazionali. I predetti conflitti producono risultati che si pongono in contrasto con il concetto di mercato interno.

Come è stato analizzato nel capitolo 2 i conflitti di classificazione si verificano non soltanto nell'ambito del diritto tributario internazionale ma anche nell'ambito del diritto privato internazionale. Nel predetto capitolo si è visto come i conflitti di classificazione nel mercato interno trovano soluzione nel diritto privato internazionale. Inoltre, l'obiettivo di tale capitolo è stato quello di verificare se i principi sviluppati nel diritto internazionale privato ai fini della soluzione dei conflitti di classificazione possono inoltre fornire la soluzione per la soluzione dei conflitti ai fini tributari nel mercato interno.

Se un soggetto giuridico opera in più di uno Stato esso è assoggettato al diritto privato di più di uno Stato. Sebbene il principio di riconoscimento dei soggetti esteri nel mercato interno sia uno degli obiettivi dell'abrogato art. 293 del Trattato CE, è stato comunque dimostrato che non esiste ancora un sufficiente livello di armonizzazione in tale ambito.

Sono stati inoltre analizzati i due principi fondamentali in base ai quali uno Stato individua il diritto societario applicabile: la "teoria della sede effettiva" e la "teoria della costituzione".

Per la "teoria della sede reale", come già evidenziato, alle società si applica la legge del paese in cui è situata la sede dell'amministrazione. Alla luce della sentenza *Cartesio*, in linea teorica, il diritto internazionale privato non dovrebbe porre ostacoli alla trasformazione transfrontaliera, che in teoria dovrebbe seguire allo spostamento all'estero della sede dell'amministrazione. In pratica, però, sul piano del diritto sostanziale gli ordinamenti di "teoria della sede effettiva" spesso vietano lo spostamento all'estero della sede e lo considerano una causa di scioglimento della società.

Un simile divieto non dovrebbe essere più compatibile col diritto comunitario e, pertanto, d'ora innanzi i paesi di "teoria della sede effettiva" dovranno consentire alle proprie società di spostare all'estero la sede amministrativa e di trasformarsi in una società di altro Stato Membro.

Ovviamente, la società che voglia mutare statuto personale dovrà trasferire, oltre alla sede amministrativa, anche la registrazione e la sede statutaria.

Riguardo ai paesi che seguono la “teoria della costituzione”, invece, occorre distinguere a seconda del criterio di collegamento adottato in concreto dal singolo ordinamento.

Se le norme di conflitto richiamano la legge dello Stato di costituzione o di ri-costituzione, oppure semplicemente la legge dello Stato della sede statutaria, non dovrebbero sorgere problemi di sorta, almeno sul piano del diritto internazionale privato.

Qualora, al contrario, le norme di conflitto richiamino la legge del paese di originaria costituzione, è lo stesso diritto internazionale privato a porre un ostacolo insormontabile al mutamento di statuto personale, perché la originaria costituzione, essendo un accadimento storico del passato, non può mutare mai. Questo è il principio di diritto seguito dalle Corti di *common law*, secondo le quali “[t]he domicile of origin, or the domicile of birth, using with respect to a company a familiar metaphor, clings to it throughout its existence”<sup>230</sup>.

Infine, il mutamento di *lex societatis* non dipende solo dal diritto del paese d’origine, ma anche dal rispetto del diritto straniero. La società per mutare statuto personale non solo dovrà rispettare il diritto societario dello Stato di costituzione (procedure, maggioranze ecc.), ma anche il diritto dello Stato d’arrivo, tanto sostanziale, quanto internazionale privato. La società dovrà iscriversi nel registro del nuovo ordinamento e dovrà adattare lo statuto alla nuova legge applicabile. Ma anche le norme di conflitto del paese d’arrivo dovranno essere rispettate; ad esempio, se una società italiana volesse diventare società tedesca (paese che segue la teoria della sede reale) non le basterà trasferire in Germania la sede statutaria, ma dovrà spostare anche la sede amministrativa, rispettando così la teoria della sede reale in vigore in quel paese.

In conclusione, entrambe le teorie della costituzione e della sede effettiva sembrano limitare la libertà di stabilimento di cui all’art. 54 del TFUE per le società e le enti diversi dalle società quali sono appunto le *hybrid entities*. Il rischio di mancato riconoscimento dello *status* giuridico di società, può comportare le società e gli enti diversi dalle società a spostarsi “forzosamente” da uno Stato membro a un altro.

Nel capitolo 3 sono stati esaminati gli effetti del principio del reciproco riconoscimento con riguardo all’autonomia dei metodi di classificazione ai fini fiscali.

A partire dal 1974 con le sentenze *Dassonville* e *Cassis de Dijon* relative alla libera circolazione dei beni, la CGUE ha applicato in maniera estensiva il

---

<sup>230</sup> E analogo principio d’immutabilità dello statuto personale delle società pare applicato dal diritto internazionale privato italiano, ove l’art. 25, comma 1, della Legge n. 218/1995 afferma che le società sono regolate dalla legge del paese in cui “si è perfezionato il procedimento di costituzione”, riferendosi così ad un accadimento del passato e quindi immutabile.

principio secondo il quale uno Stato membro deve prendere in considerazione e riconoscere le disposizioni normative applicate da un altro Stato membro. Inoltre, la CGUE si è espressa con riferimento alla libertà di stabilimento in diverse sentenze tra le quali si ricordano *Futura*, *Centros*, *Uberseering* e *Inspire Art*. Come si evince da tali sentenze, attraverso il riconoscimento da parte di uno Stato membro delle disposizioni applicate da parte di un altro Stato membro, le libertà fondamentali contenute nel TFUE sono garantite attraverso la rimozione delle differenze tra i diversi sistemi giuridici.

Il riconoscimento da parte di uno Stato membro delle disposizioni applicate da parte di un altro Stato membro rappresenta lo strumento giuridico per assicurare la libertà di movimento nel mercato interno più efficiente rispetto allo strumento giuridico della regolamentazione dei sistemi giuridici dei vari Stati membri (*i.e.* processo di armonizzazione ovvero di unificazione delle legislazioni nazionali).

Sebbene sia particolarmente sviluppato nell'ambito della libera circolazione delle merci e dei servizi e in misura inferiore nell'ambito della libertà di stabilimento, si ritiene che - sulla base di un generale riconoscimento fatto proprio dalla giurisprudenza della CGUE nonché dalla politica di integrazione della Commissione europea e del Consiglio - il principio del mutuo riconoscimento sia generalmente applicabile con riferimento a tutte le libertà garantite dal TFUE.

Al fine di un effettivo funzionamento del principio del mutuo riconoscimento gli Stati membri potrebbero incontrare delle difficoltà derivanti dalla mancanza totale o parziale di informazioni relativamente alle disposizioni applicate nell'altro Stato membro. Pertanto, un effettivo scambio di informazioni tra gli Stati membri dovrebbe costituire un requisito imprescindibile per l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento. Con riferimento a tale ipotesi, nella sentenza *Cassis de Dijon* la CGUE ha espressamente affermato, sebbene nell'ambito dell'applicazione della libera circolazione dei beni, che gli ostacoli derivanti da disparità tra le legislazioni nazionali devono essere accettate nella misura in cui tali previsioni possano essere giustificate sulla base della *rule of reason*.

Sulla base di tali argomenti si potrebbe affermare che nell'ambito della definizione di "disparità" debba essere fatta una distinzione considerato che, da quanto emerge dalla giurisprudenza comunitaria, non tutte le disparità sono al di fuori dell'ambito di applicazione delle libertà fondamentali garantite dal TFUE.

Sulla base delle argomentazioni sviluppate dalla CGUE si può affermare che secondo i giudici comunitari si debba distinguere, da una parte, tra le restrizioni e la discriminazione e, dall'altra, tra le disparità. La discriminazione e le restrizioni sono causate dall'applicazione della legislazione di un solo Stato membro mentre le disparità derivano dalla simultanea applicazione dei sistemi giuridici di due o più Stati membri.

Una volta stabilito che l'ostacolo derivante dalla classificazione dei

soggetti giuridici è il risultato di una disparità, risulta chiaro che tale ostacolo non rientra nell'ambito di applicazione delle libertà fondamentali garantite dal TFUE e che pertanto è necessario un intervento legislativo a livello comunitario ovvero una autonoma azione da parte del singolo Stato membro. Infatti, le disparità tra le legislazioni nazionali degli Stati membri risultano dall'esercizio in parallelo della propria sovranità. L'esercizio della sovranità da parte dei singoli Stati membri non rientra nel campo di applicazione del TFUE. Di conseguenza, lo scopo del principio del mutuo riconoscimento è limitato allo scopo delle libertà fondamentali di cui al TFUE.

Gli ostacoli nei confronti dei soggetti partecipanti al mercato unico derivanti da disparità non rientrano nel campo di applicazione del principio del mutuo riconoscimento e devono essere risolti attraverso un processo di armonizzazione ovvero di unificazione delle legislazioni nazionali. Gli effetti negativi derivanti dalla mancanza di armonizzazione tra le legislazioni degli Stati membri può essere risolta solo da parte del legislatore comunitario attraverso il processo di armonizzazione e di coordinamento ovvero unilateralmente da parte dei singoli Stati membri mediante adattamento delle proprie legislazioni nazionali. Come è stato evidenziato in precedenza, dall'analisi della giurisprudenza comunitaria relativa a tali aspetti emerge che il confine tra gli ostacoli derivanti in via unilaterale da parte di un singolo Stato membro e gli ostacoli derivanti dalla contemporanea applicazione dei sistemi giuridici di due o più Stati membri risulta, tuttavia, non sempre facilmente individuabile.

Alla luce delle considerazioni espresse nei precedenti paragrafi si può affermare che qualora uno Stato membro tassi i redditi di una *partnership* estera (*i.e.*, costituita in base alle leggi di un altro Stato membro) al momento della loro produzione, gli art. 49 e 54 del TFUE pur riconoscendo la *partnership* quale soggetto che può invocare le libertà fondamentali, non impediscono che uno Stato membro possa tassare tali redditi al momento della maturazione e non invece al momento della loro effettiva distribuzione. Tale conclusione resta immutata anche quando lo Stato membro dove la *partnership* è situata tassi i medesimi redditi al momento della loro produzione.

Laddove due o più Stati membri classificano un soggetto giuridico in maniera differente (ad esempio, uno Stato membro ignora la soggettività passiva prevista nello Stato membro in cui la *partnership* è stata costituita), lo Stato di origine può tassare gli utili della *partnership* allo stesso modo di quanto accade nello Stato di destinazione. In tale ipotesi la doppia imposizione internazionale è dovuta all'applicazione del principio della residenza (*i.e.*, *worldwide taxation*) da parte sia dello Stato di residenza dei partecipanti sia da quello di residenza della *partnership*.

L'assunto in base al quale il principio di tassazione su base mondiale delle società residenti e il principio della fonte (potestà impositiva limitata) non sia in conflitto con le disposizioni del TFUE richiede una verifica nell'ipotesi di conflitti

di classificazione tra gli Stati membri e cioè quando la soggettività passiva garantita dalla legislazione tributaria di uno Stato membro venga ignorata dalla legislazione tributaria di un altro Stato membro. In assenza di armonizzazione delle materia delle imposte sui redditi a livello comunitario gli Stati membri sono liberi di adottare i propri metodi di classificazione.

Da ultimo, la doppia imposizione giuridica ed economica scaturente dai conflitti di classificazione è il risultato dell'interazione dei diversi sistemi tributari degli Stati membri. Tale differenza, poiché costituisce una disparità, non rientra nell'ambito di applicazione delle libertà fondamentali garantite dal TFUE e può essere eliminata soltanto attraverso gli strumenti della politica fiscale a livello comunitario. Tuttavia, l'autonomia degli Stati membri nell'adozione dei propri metodi di classificazione deve fondarsi senza alcuna distinzione, sia direttamente che indirettamente, sulla base della nazionalità.

Infine nel capitolo 5 è stato verificato se e fino a che punto l'attuale versione della Direttiva Madre-Figlia sia in grado di eliminare la doppia imposizione derivante dalla distribuzione di utili a soggetti non residenti derivante dalla interposizione di una *hybrid entity* tra la società madre e la società figlia. La ricerca è stata effettuata superando il dato letterale delle previsioni della citata Direttiva e puntando l'attenzione sullo scopo della stessa e sulla sua relazione con le libertà fondamentali previste dal TFUE, attraverso una posizione critica della giurisprudenza comunitaria.

Sulla base della analisi svolta si ritiene che la Direttiva Madre-Figlia non contenga di per sé una soddisfacente soluzione ai problemi di doppia imposizione in uno scenario che coinvolge una *hybrid entity*. Tuttavia, il risultato della ricerca porta a ritenere che il problema della doppia imposizione derivante dalla interposizione di *hybrid entity* può in alcuni casi comunque essere risolto alla luce del principio della libertà di stabilimento contenuto nell'art. 49 del TFUE.

Dopo aver esaminato gli scopi della Direttiva Madre-Figlia e i presupposti per la sua applicazione, è stato verificato se i benefici della Direttiva medesima possano essere attribuiti ai soci (di una *hybrid entity*) che possiedono (indirettamente) una partecipazione nella società "figlia" mediante una *hybrid entity* trasparente, qualora quest'ultima non abbia i requisiti per poter invocare la Direttiva Madre-Figlia. Dall'analisi emerge che due sono i possibili approcci.

L'approccio della stabile organizzazione (cioè l'approccio secondo cui una *hybrid entity* rappresenta una stabile organizzazione dei suoi *partner*) non conduce a risultati soddisfacenti. Al contrario, risultati più soddisfacenti emergono applicando l'approccio del beneficiario effettivo dei redditi, anche alla luce di quanto statuito dalla CGUE nel caso *Les Verges du Vieux Tauves*. La soluzione al problema della doppia imposizione in caso di una *hybrid entity* viene risolto analizzando gli scopi della Direttiva Madre-Figlia alla luce del principio della "interpretazione uniforme" della CGUE.

Infine, nella parte finale del capitolo 5 sono stati analizzati e sviluppati i possibili scenari che coinvolgono una *hybrid entity* nei quali il testo della Direttiva

Madre-Figlia offre già una (ovvero non offre alcuna) soluzione al problema. Dapprima è analizzata la situazione presente in uno scenario che coinvolge esclusivamente soggetti residenti all'interno dell'UE. In questo caso può verificarsi sia una situazione bilaterale (laddove la *hybrid entity* sia stabilita nello Stato della società madre sia nello Stato della società figlia) sia trilaterale (laddove la *hybrid entity* è stata costituita in uno Stato membro diverso da quelli in cui sono stabilite la società madre e la società figlia). Infine, l'analisi è incentrata sui possibili effetti dell'applicazione della Direttiva Madre Figlia nell'ipotesi in cui la *hybrid entity* sia stabilita in uno Stato terzo non appartenente alla UE.

## Bibliografia

1. Avery Jones J.F., "Does any income fall within Article 21(2) of the OECD Model?", in H.P.A.M. van Arendonk, F.A. Engelen and J.J.M. Jansen (eds.), *A Tax Globalist: The Search for the Border of International Taxation: Essays in Honour of Maarten Ellis*, Amsterdam: IFBD 2005, pagg. 1-11. Avery Jones J.F., Broe L. de, Ellis M.J. et al., "Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD, July 2002, pagg. 288-320.
2. Avery Jones J.F., Broe L. de, Ellis M.J. et al., "The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States", *Bulletin for International Taxation*, IBFD, June 2006, pagg. 220-254.
3. Avery Jones J.F., et al., "Treaty Conflicts in Categorizing Income as Business Profits Caused by Differences in Approach between Common and Civil Law", *Bulletin for International Fiscal Documentation – Tax Treaty Monitor*, IBFD, June 2003, pagg. 237-248.
4. Barenfeld J., *Taxation of Cross-Border Partnerships*, IBFD Doctoral Series Vol. 9, Amsterdam: IBFD Publications 2005.
5. Barnard C., "The substantive law of the EU, The four freedoms", Oxford, Oxford University Press, 2004, pagg. 322.
6. Bater P., *The International Guide to Partnerships*, Amsterdam: IBFD Publications 2000.
7. Bell S., "Amendments to Merger Directive: A New Dawn for Cross-Border Reorganizations?", *Derivatives & Financial Instruments*, IBFD, May/June 2004, pagg. 119-127.
8. Benecke A., Schnitger A., "Final amendments to the Merger Directive: Avoidance of Economic Double Taxation and Application to Hybrid Entities, Two Conflicting Goals", *Intertax*, Volume 33, Issue 4, pagg. 170-178.
9. Benedettelli M.V., "Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario", in "Diritto internazionale privato e diritto comunitario", a cura di P. Picone, Cedam, Padova, 2004, p. 217.
10. Benson D.M., "'Hybrid' entities : practical application under the check-the-box regime", *Tax Management international journal*. - Washington. - Vol. 26 (1997), no. 8; pagg. 363-385.
11. Bernstein J., Wornld B., "A practical approach to fiscally transparent entities in the Canada-U.S. treaty", *Tax notes international*. - Falls Church. - Vol. 54 (2009), no. 11; pagg. 959-965.
12. Bieber T., Haslehner W., Kofler G., Schindler C. P., "Taxation of Cross-Border Portfolio Dividends in Austria: The Austrian Supreme Administrative Court Interprets EC Law", *European Taxation*, November 2008, pagg. 583-589.



13. Bizioli G., "Comparative analysis of the causes of double (non-)taxation in the income and VAT/GST contexts", in "Value added tax and direct taxation: similarities and differences" et al., Amsterdam: IBFD, 2009, pagg. 383-408.
14. Bizioli G., "Balancing the fundamental freedoms and tax sovereignty: some thoughts on recent ECJ case law on direct taxation", *European taxation*. - Amsterdam. - Vol. 48 (2008), no. 3; pagg. 133-140.
15. Bjørnholm N., Riis A., "Denmark cracks down on reverse hybrid entities", *Tax notes international*. - Falls Church. - Vol. 50 (2008), no. 12 ; pagg. 979-982.
16. Bjørnholm N., Riis A., "Reclassification of Danish transparent entities", *Tax planning international review*. - London. - Vol. 35 (2008), no. 10 ; pagg. 4-7.
17. Boekhoudt A.H., "Recognition of foreign enterprises as taxable entities", in *Cahiers de droit fiscal international Volume LXXIIIa*, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1988, pagg. 511-534.
18. Boidman N., Kandev M., "Foreign entity classification and the meaning of "corporation" / "société" in the Income Tax Act", *Canadian tax journal/Revue fiscale canadienne*. - Toronto. - Vol. 57 (2009), no. 4; pagg. 880-904.
19. Boria P., "Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi", *Riv. di Diritto Tributario*, 1995, I, pagg. 635-682.
20. Boria P., "Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone", Giuffrè, 1996.
21. Boulogne G.F., Geursen W.W., "Gaz de France: dividends to companies not listed in the Parent-Subsidiary Directive are not exempt", *European taxation*. - Amsterdam. - Vol. 50 (2010), no. 4; pagg. 129-140.
22. Brekelmans J.P., "Luxembourg tax treatment of investment in and by U.S. Limited Liability Corporations", *Tax Notes International*, 2 August 2004, at p. 438 et seq.
23. Briotti M.G., "Policy challenges and corporate tax competition in a capital-mobile European Union", *Tax Notes International*, 2004, no. 35. pagg. 539-552.
24. Brokelind C., "The proposed amendments to the Parent-Subsidiary Directive: some progress?", *European Taxation* no. 12 (2003).
25. Brokelind C., "Ten years of application of the Parent-Subsidiary Directive", *EC Tax Review*, 2003-3, pag. 158-167.
26. Buzanich H., "A Comparison between the U.S. and OECD Approaches to Hybrid Entities", *Tax Notes International*, 4 October 2004, pagg. 71-94.
27. Calderon J., Baez A., "The Columbus Container Service ECJ Case and its consequences: a lost opportunity to shed light on the scope of the non-discrimination principle", *Intertax* n. 37 (2009).
28. Caliano J.M., Wood D., "IRS further clarifies dividend distributions to

- hybrids under U.S.-U.K. treaty”, *Journal of international taxation*. - New York. - Vol. 17 (2006), no. 11; pagg. 26-31.
29. Commissione Europea, “A modern regulatory framework for company law in Europe: a consultative document of the high level group of company law experts”, Brussels, 4.11.2002
  30. Conard A. (chief editor), *The International Encyclopaedia of Comparative Law*, Volume XIII: Business and Private Organisations, Chapter 1: Partnership and other personal associations for profit, by J. Heenen (ed. J.C.B. Mohr 1975).
  31. Confédération Fiscale Européenne, “Opinion Statement of the CFE Task Force on ECJ Cases on the Judgment in the Case of Marks & Spencer plc v. Halsey (Case C-446/03) – Judgment Delivered 13 December 2005”, *European Taxation*, IBFD, January 2007..
  32. Connors P.J., Femia R.V., “Application of U.S. treaties to hybrid entities”, *Tax management international journal*. - Washington. - Vol. 35 (2006), no. 3; pagg. 147-160.
  33. Cordewener A., “The prohibitions of discriminations and restriction within the framework of the fully integrated internal market”, in F. Vanistendael (ed.), *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam: IBFD 2006.
  34. Cordewener A., Dahlberg M., Pistone P., Reamer E., Romano C., “The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M&S, and the Way Ahead (Part Two)”, *European Taxation*, IBFD, May 2004, pagg. 218-233.
  35. Cordewener A., Kofler G.W. and Schindler C.P., “Free Movement of Capital, Third Country Relationships and National Tax Law: An Emerging Issue before the ECJ”, *European Taxation*, IBFD, March 2007, at. pp. 107-119.
  36. Cordewener A., Kofler G.W. and Schindler C.P., “Free Movement of Capital and Third Countries: Exploring the Outer Boundaries with Lasertec A and B and Holböck”, *European Taxation*, IBFD, August/September 2007, pagg. 371-376.
  37. Cordewener A. and Reimer E., “The Future of Most-Favoured-Nation Treatment in EC Tax Law – Did the ECJ Pull the Emergency Brake without Real Need? – Part 1”, *European Taxation*, IBFD, June 2006, pagg. 239 – 249.
  38. Cordewener A. and Reimer E., “The Future of Most-Favoured-Nation Treatment in EC Tax Law – Did the ECJ Pull the Emergency Brake without Real Need? – Part 2”, *European Taxation*, IBFD, July 2006, pagg. 291-306.
  39. Cruz de P., *Comparative law in a changing world*, Second edition, London: Cavendish Publishing Ltd 1999.
  40. Daniels A.H.M., “International partnerships: comparative law remarks on the taxation of income and the classification of foreign entities”, *International Tax Review – Intertax*, 1991/8-9, at p. 354 et seq.

41. Daniels A.H.M., "Issues in international partnership taxation", Series on international taxation n. 12, Deventer/Boston: Kluwer law and taxation publishers, 1991.
42. Debrier K., "Hybrid entities from a US perspective", Bulletin for international fiscal documentation. - Amsterdam. - Vol. 50 (1996), no. 6; pagg. 230-237.
43. Della Chà A., "Companies, right of establishment and the Centros judgement of the European Court of Justice", in *Diritto del commercio internazionale*, 2000, n. 4, p. 925-933.
44. Deijl M. van der and Holthuijsen W., "New Protocol Between the United States and the Netherlands: an international comparison", *Tax Planning International Review*, 08/04, pagg. 3-12.
45. Doernberg R.L. e Van Raad C., "Hybrid entities and the U.S. Model Income Tax Treaty", *Tax Notes International*, 23.8.1999, pagg. 745-757.
46. Douma S. e Naumburg C., "Marks & Spencer: Are National Tax Systems Eclairé?", *IBFD, European Taxation*, IBFD, September 2006, pagg. 431-442.
47. Dürrschmidt D., "Tax treaties and most-favoured-nation treatment, particularly within the European Market", *IBFD, Bulletin for International Taxation*, IBFD, May 2006, pagg. 202-214.
48. Endres D. e Miles A., "Joint ventures – An El Dorado for the German Revenue?", *International Tax Review – Intertax*, Volume 27, Issue 6-7, June and July 1999, pagg. 243-254.
49. Engelen F.A., *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD Doctoral Series Vol. 7, Amsterdam: IFBD Publications 2004.
50. Engelen F.A. e Pötgens F.G., "Report on 'The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships' and the Interpretation of Tax Treaties", *European Taxation*, IBFD, July 2000, pagg. 250-269.
51. Engelen F.A. e Schröder H., "Dutch Taxation of Income Derived from Foreign Partnerships", *International Tax Review – Intertax*, Volume 26, Issue 5, May 1998, pagg. 178-184.
52. Enrique L., "How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law", working paper, 2006, p. 9.
53. Fibbe G.K., "The (In)compatibility of the German LLC Decree on the Classification of Foreign Entities with the German Domestic Legal Framework and EC Law", *European Taxation*, IBFD, October 2006, pagg. 487-495.
54. Fibbe G.K., "The different translations of the term 'company' in the Merger Directive and the Parent Subsidiary Directive: a Babylonian confusion of tongues?", *EC Tax Review*, 2006-2, pagg. 95-102.
55. Fibbe G.K., de Graaf A., "Is double taxation arising from autonomous tax classification of foreign entities incompatible with EC law?", in H.P.A.M.

- van Arendonk, F.A. Engelen and J.J.M. Jansen (eds.), *A Tax Globalist: The Search for the Border of International Taxation: Essays in Honour of Maarten Ellis*, Amsterdam: IBFD 2005, pagg. 237-265.
56. Fibbe G.K. "EC law aspects of hybrid entities", Amsterdam: IBFD, 2009.
  57. Gall J., "International tax problems of partnerships", IFA Cahiers, Deventer, Kluwer, 1995.
  58. Gammie M., "Double Taxation, Bilateral Treaties and the Fundamental Freedoms of the EC Treaty", in H.P.A.M. van Arendonk, F.A. Engelen and J.J.M. Jansen (eds.), *A Tax Globalist: The Search for the Border of International Taxation: Essays in Honour of Maarten Ellis*, Amsterdam: IBFD 2005, pagg. 266-281.
  59. Ghosh C., "Memec Plc. v. Inland Revenue Commissioners: A Recent UK Decision on the Classification of Legal Entities", *European Taxation*, IBFD, May 1997, pagg. 154-158.
  60. Gouthière B., "Eligibility of Foreign Partnerships for Treaty Benefits", Decision of the Supreme Administrative Court of 13 October 1999, *European Taxation*, IBFD, May 2000, pagg. 195-198.
  61. Griffith R. and Klemm A., "What has been the tax competition experience of the last 20 years?", *Tax Notes International*, 2004, no. 34, pagg. 1299-1316.
  62. Herrmann H., "How to classify foreign entities in Germany", *International Tax Review – Intertax*, December-January 2003, pagg. 42-44.
  63. Hinnekens L., "When business grows global, taxes cannot remain local. Quo vadis fiscal principle of territoriality", in: H.P.A.M. van Arendonk, F.A. Engelen and J.J.M. Jansen (eds.), *A Tax Globalist: The Search for the Border of International Taxation: Essays in Honour of Maarten Ellis*, Amsterdam: IBFD 2005, pagg. 282-303.
  64. Hinnekens L., "The uneasy case and fate of Article 293 second indent EC", *Intertax*, vol. 37, Issue 11, pagg. 602-209.
  65. Hurk H. van den and Korving J., "The 'D' Case against the Netherlands and the ECJ's Decision – Is There Still a Future for MFN Treatment?", *European Taxation*, IBFD, August/September 2006, pagg. 365-373.
  66. International Bureau of Fiscal Documentation, *IBFD International Tax Glossary*, Second edition, Amsterdam: IBFD Publications 1992.
  67. Isenbaert M. and Fibbe G.K., "The New Partnership Approach in the 2003 Belgium–Netherlands Tax Treaty", *Intertax*, *European Tax Review*, 2004, Vol. 32(3), pagg. 151-160.
  68. Kofler G.W. and Schindler C.P., "'Dancing with Mr D' : The ECJ's Denial of Most-Favoured-Nation Treatment in the 'D' case", *European Taxation*, IBFD, December 2005, pagg. 530 – 540.
  69. Korom V., Metzinger P., "Freedom of establishment for companies: the European Court of Justice confirms and refines its *Daily Mail* decision in the *Cartesio* case C-210/06", *ECFR* 1/2009, pagg. 125-160.

70. Laghmouchi S., "Netherlands : issues arising under the decrees on the tax treatment of foreign (hybrid) entities", Bulletin for international taxation. - Amsterdam. - Vol. 60 (2006), no. 2; pagg. 81-90.
71. Lamers A.W.G. and Stevens A.J.A., "Classification Conflicts: The Cross-Border Tax Treatment of the Profit Share of Limited Partners", European Taxation, IBFD, April 2004, pagg. 155-164.
72. Lang M., "A Critical Analysis of the Report Prepared by the OECD Committee on Fiscal Affairs", Deventer: Kluwer Law International 2000.
73. Lang M., "CFC Legislation and Community Law", European Taxation, IBFD, September 2002, at p. 374 et seq.
74. Lang M., "The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ's Final Word", European Taxation, IBFD, February 2006, pagg. 54-67.
75. Lenz M., "Whether a US LLC is a company or a partnership", International Tax Review, May 2004, pagg. 21-23.
76. Lischer H.J., "Applying the New Zealand-U.S. income tax treaty to hybrid entities", Journal of international taxation. - New York. - Vol. 19 (2008), no. 4; pagg. 40-55.
77. Lombardo S., *Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa*, in La nuova giurisprudenza commentata, 2005, pp. 376 e ss..
78. Looijestijn-Cleaire A., "Centros Ltd - A complete U-turn in the right of establishment for companies", The International and Comparative Law Quarterly 3(2000), pagg. 621-642.
79. Luja R.H.C., "State Aid Reform 2005/09: Regional Fiscal Autonomy and Effective Recovery", IBFD, European Taxation, December 2005, at p. 567.
80. Luzzatto R., Azzolini C., voce *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in Digesto – Discipline privatistiche – Sezione commerciale, XIV, UTET, Torino, p. 157.
81. Maisto G., "The 2003 amendments to the Parent Subsidiary Directive: what's next?", EC Tax Review, 2004/4, at p. 175 et seq..
82. Maisto G. e al., "La tassazione dei dividendi intersocietari", in Quaderni della Rivista di Diritto Tributario, Giuffrè, 2011.
83. Meussen G.T.K., "Columbus Containers Services - A victory for the Member States' fiscal autonomy", European Taxation no. 4, 2008.
84. Meussen G.T.K., "The Marks & Spencer Case: The Final Countdown Has Begun", European Taxation, IBFD, April 2005, pagg. 160-163.
85. Milet M., "When is a "nothing" something? Canada's approach to hybrid entities under the Canada-U.S. treaty", Tax notes international. - Falls Church. - Vol. 59 (2010), no. 4 ; pagg. 273-280.
86. Miller J.M., Zhang L., "Anti-deferral and anti-tax avoidance: Reflections on the application of income tax treaties to hybrid entities that earn non-FDAP income", International Tax Journal, January-February 2010, pagg.

- 5-10.
87. Mørch N., "Recognition of foreign enterprises as taxable entities", *Cahiers de droit fiscal international*, Volume LXXIIIa, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1988, pagg. 363-371.
  88. Mucciarelli F., "Company emigration and freedom of establishment: Daily Mail revisited", *European Business Organization Law Review* 9(2008), pagg. 267-302.
  89. Mucciarelli F., "Società di capitali, trasferimento della sede sociale all'estero e arbitraggi normativi", Milano, Giuffrè, 2010, pp. 262,
  90. Not N., "French Supreme Court disagrees with tax authorities concerning foreign partnerships", *Tax Notes International*, 24 April 2000, at p. 1817 et seq.
  91. Panayi C. HJI, "The Common Consolidated Corporate Tax Base – Issues for Member States Opting Out and Third Countries", *European Taxation*, IBFD, March 2008, pagg. 114-123.
  92. Panayi C. HJI, "The Schempp Case: EU Citizenship, Rights and Taxes – A New Leaf in ECJ Jurisprudence or Just a Fig Leaf?", *European Taxation*, IBFD, November 2005, pagg. 482-487.
  93. Peters M., Barsky J., "The Canada-U.S. tax treaty protocol: where have all the hybrids gone?", *Tax notes international*. - Falls Church. - Vol. 49 (2008), no. 3; pagg. 271-276.
  94. Postlewaite P.F., Hoffer S.R., Kemp M.T., "The Adaption of U.S. Tax Treaties To Changing Business Forms – A case Study of Hybrid Entities", *International Tax Journal*, September-October 2008, pagg. 33-52.
  95. Raad C. van, "Recognition of foreign enterprises as taxable entities", *Cahiers de droit fiscal international*, Volume LXXIIIa, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1988, pagg. 19-208.
  96. Rademakers R.W.J.K., Swets M.J., "New decrees on the classification and tax treatment of foreign (hybrid) entities in the Netherlands", *European taxation*. - Amsterdam. - Vol. 45 (2005), no. 5; pagg. 171-180.
  97. Richardson Wong S., "US Senate ratifies fifth protocol to treaty with Canada", *Tax planning international review*. - London. - Vol. 35 (2008), no. 10; pagg. 8-14.
  98. Russo R., "The OECD Approach to Partnerships – Some Critical Remarks", *IBFD, European Taxation*, April 2003, pagg. 123-128.
  99. Russo R., "Partnerships and Other Hybrid Entities and the EC Corporate Direct Tax Directives", *IBFD, European Taxation*, October 2006, pagg. 478-486.
  100. Russo R., Pedrazzini E., "The only way out is the way through: taxation of partnerships in Italy", *European Taxation* no. 4 (2005).
  101. Rust A., "The New Approach to Qualification Conflicts Has Its Limits", *Bulletin for International Fiscal Documentation – Tax Treaty Monitor*, IBFD, February 2003, pagg. 47-48.

102. Sacchetto C., "Il trattamento fiscale dei redditi prodotti in "joint ventures" internazionali dal "venturer" residente in Italia", in "Aspetti fiscali delle operazioni internazionali" (a cura di Uckmar V.), Milano, EGEA, pagg. 343-365.
103. Sacchetto C., Spoto A., "I profili tributari degli accordi internazionali di cooperazione tra imprese" in "Le joint-ventures: profili giuridici e modelli contrattuali" a cura di C. Draetta e C. Vaccà, Milano, 1997.
104. Schön W., "Losing out at the snooker table: Cross-Border Loss Compensation for PEs and the fundamental freedoms", in L. Hinnekens and P. Hinnekens, (eds.), A Vision of Taxes within and outside European Borders, Festschrift in honor of prof. dr. Frans Vanistendael, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008.
105. Schön W., "Playing different games? Regulatory competition in tax and company law compared", Common Tax Law Review, April 2005, no. 42, pag. 342.
106. Schönfeld J., "The Cadbury Schweppes Case: Are the Days of the United Kingdom's CFC Legislation Numbered?", European Taxation, IBFD, October 2004, at p. 444 et seq.
107. Sheppard A., "News Analysis: The ECJ's Common Sense in the D Case", Tax Notes International, 18 July 2005, at p. 282 et seq.
108. Snel F., Mas C., "The classification of partnerships for tax purposes: a comparative analysis", European Taxation n. 10 (2003).
109. Søggaard L., Bjørnholm, N., "Tax Board rules on Treaty Protection of Hybrid Entities", Tax Notes International, June 23, 2008, pagg. 993-995.
110. Spoto A., "Aspetti tributari degli accordi di cooperazione tra imprese indipendenti (je joint vetures)", Rivista di Diritto Tributario, 5/1993, pagg. 593-636.
111. Szudocsy R., "How does the European Court of Justice treat precedents in its case law? *Cartesio* and *Damseaux* from a different perspective: Part I", Intertax, Vol. 37, Issue 6/7, pagg. 346-362.
112. Tenore M., "Taxation of dividends: a comparison of selected issues under article 10 OECD MC and the Parent-Subsidiary Directive", Intertax., Vol. 38 (2010), no. 4; pagg. 222-238.
113. Terra, B.J.M. and Wattel, P.J., European Tax Law, Fourth Edition, Deventer: Kluwer, 2005.
114. Tesauro G., "Diritto Comunitario", Cedam, 2005, IV ed..
115. Thiel S. van, "Free movement of Persons and Income Tax Law: the European Court in search of principles", IBFD Doctoral Series Vol. 3, Amsterdam: IBFD Publications 2002.
116. Thiel S. van, "Why the ECJ Should Interpret Directly Applicable European Law as a Right to Intra-Community Most-Favoured-Nation Treatment – Part 1", European Taxation, IBFD, June 2007, at pp. 263-269.
117. Tobin J.J, Seto W.R., "United States – Hybrid Entities", Bulletin, June/July

- 1994, pagg.315-320.
118. Vanistendael F., "The ECJ at the crossroads: balancing tax sovereignty against the imperatives of the single market", *European Taxation*, 2006/9, pag. 417 e ss..
  119. Vogel K., "Conflicts of Qualification: The Discussion is not Finished", *Bulletin for International Fiscal Documentation – Tax Treaty Monitor*, IBFD, February 2003, pagg. 41-44.
  120. Vogel K. et al., "Klaus Vogel on double tax conventions", Deventer: Kluwer Law International 1997.
  121. Vogel K., Gutmann D. and Paulo Dourado A., "Tax treaties between member States and third states: 'reciprocity' in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC law", *EC Tax Review*, 2006-2, pagg. 84-85.
  122. Ward D.A., Ellis M.J. and Raad K. van et al., "A Resident of a Contracting State for Tax Treaty Purposes: A Case Comment on Crown Forest Industries", *Canadian Tax Journal*, 1996 (Vol. 44, no. 2), pagg. 408-424.
  123. Ward D.A., "Some problems with hybrid entities", *The Corporate tax review*. - London. - Vol. 2 (1999), no. 2; pagg. 147-154.
  124. Wattel P.J., "Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality", *EC Tax Review*, 2003/4, pagg. 194-202.
  125. Wattel P.J. and Marres, O., "Characterization of Fictitious Income under OECD-Patterned Tax Treaties", *IBFD, European Taxation*, IBFD, March 2003, pagg. 66-79.
  126. Weber D.M., "In search of a (new) equilibrium between tax sovereignty and the freedom of movement within the EC", Deventer: Kluwer 2006.
  127. Weber D.M., "Exit taxes on the transfer of seat and the applicability of the freedom of the establishment after Uberseering", *European Taxation* 10(2003), pagg. 350-354.
  128. Weeghel S. van and Berg J.P. van den, "The New US–Netherlands Tax Treaty Protocol", *European Taxation*, IBFD, September 2004, at p. 388 et seq.
  129. Wheeler J., "The Attribution of Income to a Person for Tax Treaty Purposes", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD, November 2005, pagg. 477-488.
  130. Wittendorff J., "Danish parliament enacts transparent entity legislation", *Tax Notes International*, April 2004, pagg. 15-17.
  131. Wolf-Georg R., "No freedom of emigration for companies?", *European Business Law Review* 3(2005), pagg. 621-642.
  132. Wulf-Henning R., "From Centros to Uberseering: from movement of companies, private international law and community law", *The International and Comparative Law Quarterly* 1(2003), pagg. 177-208.
  133. Wurzer P., "Classifying foreign hybrid entities for Dutch tax purposes", *Tax notes international*. - Falls Church. - Vol. 60 (2010), no. 5; pagg. 369-372.



134. Yoder L.D., "Rev. Rul. 2004-77: The classification of Single-Member Business Law", *Tax Management International Journal*, Volume 33, no. 10, October 2004, pagg. 584-587.