

Il commercialista telematico

LA TASSAZIONE DEI DIVIDENDI PROVENIENTI DA PAESI A FISCALITÀ PRIVILEGIATA NELLA «DENUNCIA» DELL'ADC

A cura di Fabio Carriolo

Aspetti generali

Con un intento marcatamente antielusivo, inteso a evitare il fenomeno consistente nella «sottrazione» di imponibili nello Stato verso Stati e territori a fiscalità privilegiata, il legislatore ha provveduto a introdurre una serie di norme preclusive rispetto alla deduzione di costi esteri, alla costituzione e al mantenimento di soggetti societari nelle giurisdizioni fiscalmente «cattive», etc. Più che come un apparato normativo «blindato», sempre idoneo all'utilizzo diretto in sede di accertamento, le disposizioni in questione si presentano come vincoli forniti di una certa potenzialità dissuasiva per i contribuenti, ma certo non sono da sole in grado di scoraggiare le pianificazioni fiscali, a volte chiaramente riconoscibili come «elusive», poste in essere da società e gruppi societari residenti e controllate/i da soggetti residenti.

In particolare, l'Associazione Dottori Commercialisti di Milano (ADC) si è occupata della questione della tassazione integrale che, ai sensi del vigente Testo Unico delle imposte sui redditi, insiste sui dividendi di provenienza estera, distribuiti da società situate in Stati o territori fiscalmente «privilegiati», sottolineando i profili di incompatibilità con le norme comunitarie della normativa interna, nella prospettiva della sottoposizione della questione alle autorità europee¹.

Il trattamento dei dividendi nel TUIR

Per espresso disposto dell'art. 47, quarto comma, del TUIR, concorrono integralmente alla formazione del reddito imponibile gli utili provenienti, direttamente o indirettamente, da società residenti in Paesi o territori a regime fiscale privilegiato, di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'art. 167, quarto comma², del Testo Unico, salvo nel caso in cui gli stessi non siano già stati

¹ A tale riguardo, si evidenzia che detta associazione ha istituito una commissione dedita alla segnalazione dell'«incompatibilità comunitaria delle norme e prassi italiane», la quale si prefigge:

- di divulgare i conflitti normativi riscontrati direttamente o segnalati da altri operatori del diritto tributario, associazioni, organismi, etc.;
- di trasmettere alla Commissione UE i relativi elaborati scritti, dimostrativi dei contrasti con il diritto comunitario.

L'ADC ha chiesto alla Commissione CE, qualora reputi fondate le segnalazioni inoltrate, di avviare il procedimento previsto dall'art. 226 del Trattato CE per ottenere che lo Stato italiano si conformi al diritto comunitario (cfr.: sito *internet* www.adcmi.it).

² Il rinvio è alla normativa CFC e ai correlati decreti ministeriali per l'individuazione dei regimi fiscali privilegiati, in relazione al livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ovvero alla mancanza di un adeguato scambio di informazioni con l'Italia. Le norme attuali di riferimento sono costituite

Il commercialista telematico

imputati al socio ai sensi del primo comma dello stesso art. 167 o, se ivi residenti, sia avvenuta dimostrazione, a seguito dell'esercizio dell'interpello previsto dal quinto comma, lett. b), dello stesso articolo, del rispetto delle condizioni indicate nella lett. c) dell'art. 87, primo comma.

In campo IRES, il trattamento di esenzione fiscale del 95% è accordato anche agli utili distribuiti da soggetti esteri (art. 89, terzo comma, TUIR), ma a condizione che non si tratti di società ed enti commerciali residenti in Stati o territori fiscalmente privilegiati, nel qual caso la tassazione grava sul 100% degli utili medesimi. L'unica esimente può essere fornita, in sede di interpello (nelle forme dell'art. 11, L. 27.7.2000, n. 212), con la dimostrazione che non vi è stata allocazione di redditi in Stati o territori «*black list*»³.

La questione dei dividendi «non direttamente provenienti»

In tema di tassazione dei dividendi provenienti da regime fiscali «*black list*», con inedite considerazioni sullo speciale interpello previsto, è utile segnalare le osservazioni fatte dall'Assonime nella propria circolare 14.7.2004, n. 32, paragrafo 9.2.

L'Associazione affermava, richiamando la circolare dell'Agenzia delle Entrate 26/E/2004, che la disciplina del prelievo alla fonte operava per i dividendi di qualsiasi provenienza, interna ed esterna, e dunque anche con riguardo ai dividendi rivenienti da società ed altre imprese localizzati nei c.d. paradisi fiscali.

A tale proposito, l'Assonime si era chiesta se il regime punitivo di tassazione in misura piena riguardasse i soli utili direttamente distribuiti dalle società residenti nei regimi fiscalmente «paradisiaci», oppure anche quelli conseguiti per via indiretta e cioè attraverso altra società, anello intermedio della catena partecipativa, sita in uno Stato non «*black list*». L'Associazione aveva rilevato, a tale proposito, che la competenza impositiva su tali dividendi competeva non solamente allo Stato «*black list*», ma anche a quello della fonte, e cioè, allo Stato avente regime ordinario in cui aveva sede l'impresa erogatrice del dividendo.

Era stata quindi ravvisata l'opportunità di attribuire rilevanza – tenuto conto delle finalità della riforma del 2004 – all'imposizione subita dalla società che aveva prodotto l'utile che alimentava il dividendo, anche se si fosse trattato di un soggetto giuridicamente diverso dalla società «*black list*».

dagli articoli 167 e 168 del TUIR, mentre gli Stati e i territori considerati a «regime fiscale privilegiato» sono quelli indicati nel D.M. 21.11.2001. A seguito della Finanziaria 2008 [art. 1, comma 83, lettera l), della legge 24 dicembre 2007, n. 244], la presunzione di residenza in un «paradiso fiscale», con la conseguente inversione dell'onere della prova a carico del contribuente, scatterà qualora il contribuente trasferisca la residenza in un paese che non sia contemplato tra quelli di una specifica «*white list*», la cui emanazione è però rimessa a un decreto ministeriale attuativo.

³ La disposizione in oggetto prevede un «rafforzamento» delle norme CFC (ormai estese anche alle società collegate), se le CFC stesse distribuiscono dividendi alle controllanti/collegate italiane. In tale situazione, infatti, la mera dimostrazione dell'attività commerciale effettivamente esercitata bloccherebbe l'imputazione di tutti i redditi realizzati nel regime estero, ma non bloccherebbe l'integrale tassazione dei dividendi in capo alla percipiente italiana. Per le società non controllate, né collegate, ma semplicemente partecipate, da società residenti, si tratterebbe invece di un'applicazione «*ex novo*» dello strumento dell'interpello, finalizzato alla produzione della prova negativa richiesta dalla norma.

Il commercialista telematico

Evidentemente, l'Assonime aveva inteso favorire, e non penalizzare, il trattamento fiscale dei dividendi, che già avessero subito la tassazione ordinaria all'estero. Tuttavia, in presenza di una catena partecipativa, si sarebbe potuta verificare anche un'ipotesi di salto d'imposta transfrontaliero non censurabile secondo la normativa a un certo punto vigente.

Può essere rammentato, infatti, che l'art. 2, secondo comma, lett. b), n. 1), del D.Lgs. 247/2005 (c.d. «correttivo IRES») aveva modificato il quarto comma dell'art. 47 del TUIR, prevedendo il concorso integrale alla formazione del reddito degli utili «corrisposti», e – dunque – non più necessariamente «provenienti», da società con sede in Stati o territori a fiscalità privilegiata.

Attraverso tale modifica, era divenuto possibile fruire dell'esenzione parziale se gli utili – la cui «fonte» fosse stata situata in una giurisdizione fiscalmente «cattiva» - fossero stati distribuiti da una società «intermedia» non residente ubicata in uno Stato a fiscalità ordinaria (da una società, cioè, interposta tra la propria partecipata sita nel paradiso fiscale e la società «madre» residente). Il D.L. 223/2006, convertito dalla L. 248/2006, è però nuovamente intervenuto ripristinando la formulazione previgente dell'inciso, e quindi eliminando la possibilità di fruire dell'evidenziata «scappatoia» alle norme CFC.

CFC: le innovazioni della L. n. 296 del 2007

La legge Finanziaria 2007 (L. n. 296/2006) introduce una particolare ipotesi di «sanatoria» riservata ai rapporti intercorsi tra soggetti nazionali ed esteri, che si rivolge ai contribuenti che hanno sostenuto costi in dipendenza di operazioni con soggetti residenti nelle giurisdizioni «CFC».

Per effetto della modificazione normativa:

- resta ferma la regola della separata indicazione in dichiarazione delle spese derivanti da operazioni intercorse tra imprese residenti e soggetti ubicati in Paesi «*black list*»;
- è eliminato il periodo in base al quale la mancata indicazione comportava il disconoscimento della *deducibilità* anche quando era possibile provare l'esistenza delle esimenti (attività commerciale effettiva del soggetto estero; interesse economico e concreta esecuzione delle operazioni effettuate);
- è integrato l'art. 8, terzo comma, D.Lgs. 471/1997, stabilendo che, nel caso della mancata o incompleta indicazione in dichiarazione delle spese e degli altri componenti negativi, si applica una sanzione amministrativa pari al 10% dell'importo complessivo delle spese e dei componenti non indicati, con un minimo di 500 e un massimo di 50.000,00 euro⁴.

L'esterovestizione societaria

La c.d. «esterovestizione» è ricondotta alla localizzazione fittizia della residenza fiscale di un soggetto residente (persona fisica o giuridica) in Stati o territori comunitari ed extracomunitari, anche se la residenza effettiva continua a trovarsi in Italia, per ottenere un vantaggio tributario altrimenti non ottenibile.

⁴ L'effetto «benefico» è riconducibile, per le imprese nazionali, alla riduzione della sanzione (attualmente fissata, in quanto ipotesi di infedele dichiarazione, tra il 100% e il 200% della maggiore imposta liquidata dall'ufficio).

Il commercialista telematico

Il fenomeno in esame è stato affrontato dall'art. 35, commi 13 e 14, D.L. 223/2006, convertito dalla L. 248/2006, mediante l'inserimento, nell'art. 73, D.P.R. 917/1986, dei seguenti nuovi commi:

- comma 5-bis, per effetto del quale, fatta salva ogni prova contraria, la sede dell'amministrazione di un soggetto (società od ente) è ritenuta esistente nel territorio dello Stato se esso detiene partecipazioni di controllo – nei termini, molto vasti, di cui all'art. 2359, primo comma, c.c. - in società di capitali, società cooperative e di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato, nonché in enti commerciali, pubblici e privati, diversi dalle società, anch'essi residenti nel territorio dello Stato, purché sussista anche una sola delle seguenti condizioni:
 1. controllo - anche indiretto - delle società detentrici le partecipazioni, ai sensi del predetto art. 2359, primo comma, c.c., da parte di soggetti residenti nel territorio dello Stato;
 2. consiglio di amministrazione (o equivalente organo gestorio) delle società detentrici formato in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato;
- comma 5-ter, il quale aggiunge che, per determinare la sussistenza del controllo rilevante, occorre considerare la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o del periodo di gestione del soggetto estero. Se il controllo è operato direttamente tramite persone fisiche, rilevano anche i voti spettanti ai familiari indicati dall'art. 5, co. 5, D.P.R. 917/1986.

Tacitamente derogando all'art. 3, L. 27.7.2000, n. 212, il comma 14 dell'art. 35 stabilisce che le nuove disposizioni anti-esterovestizione acquistino efficacia a decorrere dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore del decreto (4.7.2006), ovvero, per la generalità dei soggetti «solari», dall'1.1.2006.

Attraverso l'inversione dell'onere probatorio, sono le società «esterovestite», e non più l'Amministrazione, a dover comprovare la loro effettiva residenza all'estero.

La revisione della normativa sulle CFC

Sulla normativa relativa alle società controllate e collegate estere si è già parlato nel capitolo 8 della presente Opera; anche in tale settore, di notevole e crescente interesse per l'accertamento – e quindi per la definizione dei corretti comportamenti da seguire – è intervenuta la Finanziaria 2008, con una serie di modificazioni delle quali si cercherà di fornire resoconto.

Si rileva, in particolare, che la L. n. 244/2007 – art. 1, comma 83, lettera l) - supera il regime incentrato sulle «black list», accolto dall'ordinamento fino al 2007, sostituendolo con un nuovo sistema fondato sull'individuazione degli Stati aventi un regime fiscale conforme agli *standard* di legalità e trasparenza adottati dall'Unione europea («white list»).

Il concreto funzionamento del nuovo sistema dovrà attendere l'emanazione di un decreto ministeriale (per la quale non sono normativamente previste scadenze), recante l'indicazione di due tipologie di «white list»:

Il commercialista telematico

- una prima tipologia, da utilizzarsi per l'applicazione, ai soggetti IRPEF, della disposizione dell'art. 2, comma 2-*bis*, del TUIR, sulla presunzione di residenza fiscale in Italia;
- una seconda tipologia, costituita da ulteriori due liste e prevista dal nuovo art. 168-*bis* del TUIR, che costituirà il riferimento per l'applicazione di tutte le norme antielusive contenute nel TUIR e relative ad operazioni di vario tipo, sia per le persone fisiche che per le imprese residenti o situate fiscalmente in Paesi considerati privilegiati.

La prima modifica sostanziale consiste nella sostituzione del comma 2-*bis* dell'art. 2 del TUIR, stabilendo che la presunzione di residenza in Italia, salvo prova contraria, dei cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in altri Stati o territori, è operativa se si tratta di Stati diversi da quelli individuati nella specifica «*white list*».

Ciò significa che, a seguito dell'attuazione della nuova disciplina, la presunzione di residenza in un «paradiso fiscale», con la conseguente inversione dell'onere della prova a carico del contribuente, scatterà qualora il contribuente trasferisca la residenza in un paese che non sia contemplato tra quelli della «*white list*».

La seconda modifica sostanziale riguarda l'inserimento nel TUIR del nuovo art. 168-*bis*, in base al quale – con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro degli affari esteri – saranno individuate due ulteriori liste di Stati.

Le due «*white list*» dedicate alle CFC dovranno essere basate:

- l'una, sul criterio dell'esistenza di un effettivo scambio di informazioni tra gli Stati, quale strumento principale di contrasto all'evasione ed elusione fiscale;
- l'altra, sul duplice criterio dello scambio di informazioni e del livello di tassazione particolarmente ridotto presente in taluni Stati esteri.

Mentre la lista fondata esclusivamente sullo scambio di informazioni dovrà riguardare le disposizioni normative sui redditi finanziari e le disposizioni anti-esterovestizione e contro le operazioni fittizie, la lista fondata sul duplice criterio dello scambio di informazioni e del ridotto livello di tassazione dovrà costituire il riferimento per tutta una serie di operazioni realizzate, ad esempio, mediante partecipazioni e poste in essere al fine di localizzare gli investimenti in Paesi con livello di tassazione molto basso.

Tra le numerose disposizioni normative che vengono sottoposte a «*restyling*» in conseguenza dell'innovazione introdotta, si segnala la nuova versione dell'art. 37-*bis*, terzo comma, del D.P.R. n. 600 del 1973 (pattuizioni intercorse tra società controllate e collegate ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, una delle quali avente sede legale in uno degli Stati o nei territori a regime fiscale privilegiato e come tali considerate inopponibili all'amministrazione finanziaria).

Per quanto attiene alla decorrenza della nuova disciplina, è previsto che, per un periodo transitorio di cinque anni, decorrente dalla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del nuovo decreto, saranno inclusi nel decreto di cui al nuovo art. 168-*bis* gli Stati che fino alla data di entrata in vigore della L. n. 244/2007 non sono considerati a regime fiscale privilegiato e che sono elencati:

- nel D.M. 4.9.1996;
- nel D.M. 4.5.1999;

Il commercialista telematico

- nel D.M. 21.11.2001;
- nel D.M. 23.1.2002.

Saranno inoltre inclusi nella nuova *white list*, per il medesimo periodo transitorio di cinque anni, gli Stati o territori di cui all'art. 2 del D.M. 21.11.2001, limitatamente ai soggetti ivi indicati, nonché gli Stati o territori di cui all'articolo 3 del medesimo decreto ad eccezione dei soggetti ivi indicati.

In sostanza, le due nuove liste contenute nel D.M. previsto dal nuovo art. 168-*bis*, dovranno riprodurre il contenuto delle vigenti liste per almeno 5 anni successivi alla sua emanazione: la disciplina vigente continuerà quindi nella sostanza ad applicarsi per almeno 5 anni successivamente all'emanazione del nuovo decreto, in quanto nelle due nuove liste saranno inclusi tutti gli Stati non ricompresi nelle «vecchie» *black list*.

Per effetto di una specifica norma di coordinamento introdotta dalla Finanziaria, inoltre, la deducibilità dei «costi esteri» è ammessa per le operazioni con imprese residenti in Stati dell'Unione Europea o dello Spazio economico europeo, ma alla condizione che siano inclusi nella futura *white list*.

Le osservazioni dell'ADC (1)

L'ADC richiama la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 28/E del 2006, osservando che, secondo la normativa vigente e la lettura che ne viene fatta in sede istituzionale, la regola dell'integrale tassazione del dividendo «estero» non si limita alle «mere» *conduit companies*, estendendosi a qualsiasi caso di detenzione indiretta di partecipazioni in giurisdizioni «*black list*». Inoltre, la norma italiana, secondo l'Associazione:

- non distingue tra la situazione in cui il socio italiano detenga il controllo nella partecipata estera «interposta» (che a sua volta partecipa al capitale del soggetto «*black list*»), e quindi possa influire sulle sue scelte, e quella in cui tale controllo non si verifichi;
- non attribuisce rilevanza all'entità – grande, piccola o minima – della partecipazione nella società «*black list*»;
- non attribuisce rilevanza alla circostanza nella quale la società estera «interposta» detenga prevalentemente partecipazioni in società residenti nella UE, o comunque non «*black list*»;
- non prevede alcun correttivo alla situazione nella quale la società «interposta» sia soggetta ad imposizione, nel proprio Stato di residenza, sul dividendo erogato dalla società avente sede nel Paese a fiscalità privilegiata;
- non tiene conto dell'eventualità che, nello Stato UE di residenza della società «interposta», questa abbia già fornito prova, secondo la normativa locale, della liceità fiscale dei dividendi esteri erogati dalla partecipata «*black list*».

Il commercialista telematico

La normativa comunitaria

Le norme del diritto comunitario che, secondo l'ADC, sono violate dalle disposizioni nazionali sono le seguenti:

- direttiva 90/435/CEE («madri e figlie»): se il dividendo è distribuito ad una società residente in Italia che abbia i requisiti per essere considerata «società madre» ai sensi dell'art. 3, lettera a), della menzionata direttiva, da parte di una società residente nella UE che abbia i requisiti per essere considerata «società figlia» ai sensi dell'art. 3, lettera b), lo Stato in cui risiede la società madre deve astenersi dal sottoporre ad imposizione il dividendo erogato dalla «figlia», ovvero sottoporre il dividendo ad imposizione autorizzando la «madre» a dedurre dalla propria imposta la frazione dell'imposta societaria relativa a tali utili pagata dalla società figlia comunitaria nel proprio Stato di residenza;
- art. 56 del Trattato CE: tale normativa comunitaria stabilisce il divieto di restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi, nonché di restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi;
- art. 43 del Trattato CE: se il contribuente residente detiene il controllo di una società residente nella UE che a sua volta detenga una partecipazione in una società residente in un Paese *black list*, si ravvisa anche la violazione dell'articolo in parola, che vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro (è comunque precisato che l'accertamento della violazione dell'art. 56 rende non necessario esaminare se esista una violazione del diritto di stabilimento (CGCE, Sez. I, sentenza del 26.9.2006 nelle cause riunite C-282/04 e C-283/04, Commissione delle Comunità europee - Regno dei Paesi Bassi).

Motivi di conflitto con le norme interne

L'ADC individua alcune ipotesi al cui ricorrere, applicando la normativa interna vigente, emergerebbero motivi di contrasto con le disposizioni dell'ordinamento UE.

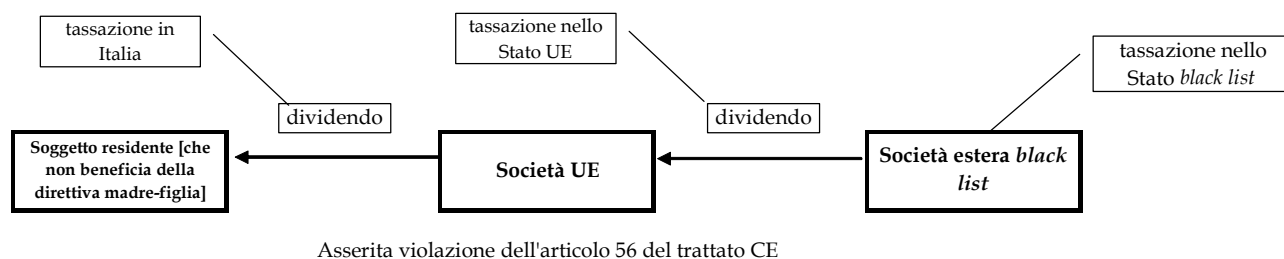
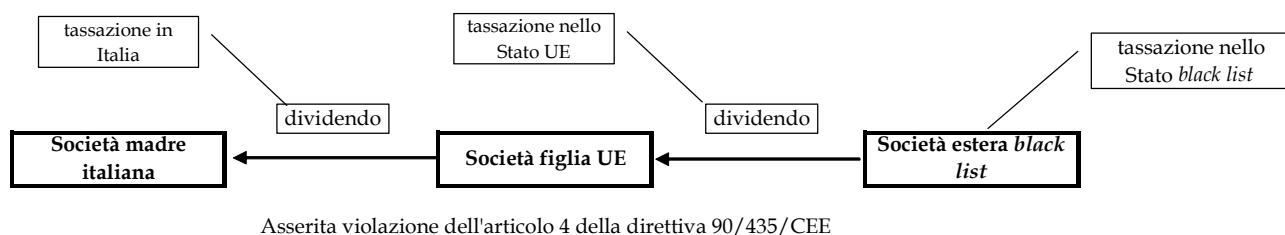
In particolare, trattandosi di dividendi indirettamente provenienti da Paesi «*black list*», possono verificarsi i seguenti casi:

- a) società «madre» italiana che riceve utili da una società «figlia» comunitaria, la quale abbia a propria volta percepito utili da una società domiciliata in un Paese «black list». Si registrerebbe in tale fattispecie una violazione dell'art. 4 della direttiva «madre-figlia», giacché lo Stato italiano non si astiene dal sottoporre ad imposizione il dividendo erogato dalla «figlia» comunitaria, o sottopone il dividendo ad imposizione senza autorizzare la «madre» a dedurre dalla propria imposta la frazione dell'imposta societaria relativa ai suddetti utili pagata dalla «figlia» comunitaria nel proprio Stato di residenza;
- b) soggetto residente in Italia che percepisce dividendi da una società intermedia con sede in uno Stato della UE, la quale abbia a propria volta percepito utili da una società domiciliata in un Paese «black list». In tale ipotesi, in cui la società residente non ha

Il commercialista telematico

diritto di beneficiare della direttiva «madre-figlia», sarebbe comunque violato l'art. 56 del Trattato UE, in quanto i dividendi erogati da società italiane beneficiano della non imponibilità sul 95% o del 60% dell'utile lordo in base agli artt. 89, secondo comma, 47, primo comma, e 59 del TUIR⁵;

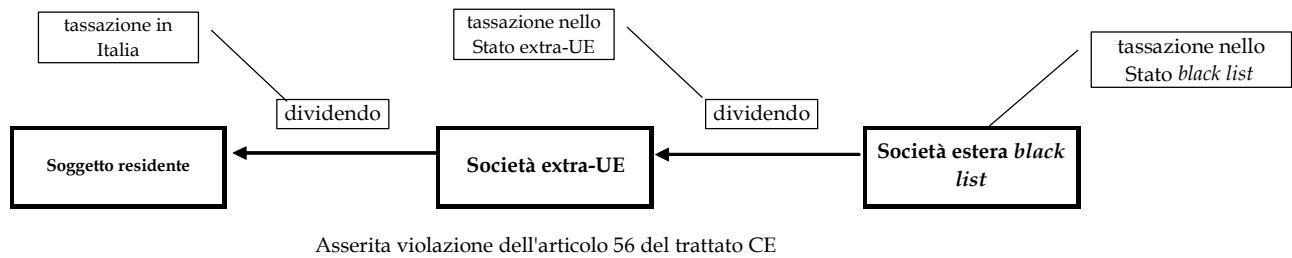
- c) soggetto residente in Italia che percepisce dividendi da una società intermedia con sede in uno Stato extracomunitario, la quale abbia a propria volta percepito utili da una società domiciliata in un Paese «black list». A tale riguardo, è manifestata l'intenzione di chiedere alla Corte di Giustizia se la libertà di circolazione dei capitali e dei pagamenti – quale libertà fondamentale sancita dal Trattato – risulti applicabile anche ad operazioni attuate nei confronti di Paesi terzi rispetto alla Comunità europea⁶.



⁵ A tale riguardo, il documento dell'ADC richiama le sentenze della CGCE del 6.6.2000, C-35/98 *Verkooijen*, del 15.7.2004, C-315/02 *Lenz*, del 7.9.2004, C-319/02 *Manninen* e del 17.12.2006, C-446/04 *Test Claimants in the FII Group Litigation*. In tali pronunce, la Corte ha ritenuto che «la normativa degli Stati membri in causa stabilisse una differenza di trattamento tra i redditi derivanti dai dividendi di società aventi sede nello Stato membro di residenza del contribuente interessato e quelli tratti dai dividendi di società aventi sede in un altro Stato membro, in quanto negava ai beneficiari di questi ultimi dividendi i vantaggi fiscali concessi agli altri. Avendo constatato che la situazione dei contribuenti che percepivano dividendi di società stabilite in un altro Stato membro non era obiettivamente diversa da quella dei contribuenti che percepivano dividendi di società stabilite nello Stato membro in cui erano residenti, la Corte ha dichiarato che le normative di cui si trattava costituivano un ostacolo alle libertà sancite dal Trattato». Le medesime conseguenze sono attribuite alla normativa interna che sottopone a tassazione integrale il dividendo erogato dal soggetto «black list», anche se con l'interposizione di una società UE, senza peraltro riconoscere lo scomputo delle imposte già pagate oltreconfine.

⁶ Secondo l'ADC, Il principio è desumibile, fra l'altro, dalla Sentenza della Corte di Giustizia 3 ottobre 2006, C- 452/04 *Fidium Finanz AG* e dalla sentenza *Test Claimants in the FII Group Litigation*, punto 168 e ss. e 174 e ss. Inoltre, sullo specifico tema della tassazione dei dividendi provenienti da Paesi extracomunitari si attende che la Corte di pronunci nella Causa C-157/05 (*Holbock*).

Il commercialista telematico

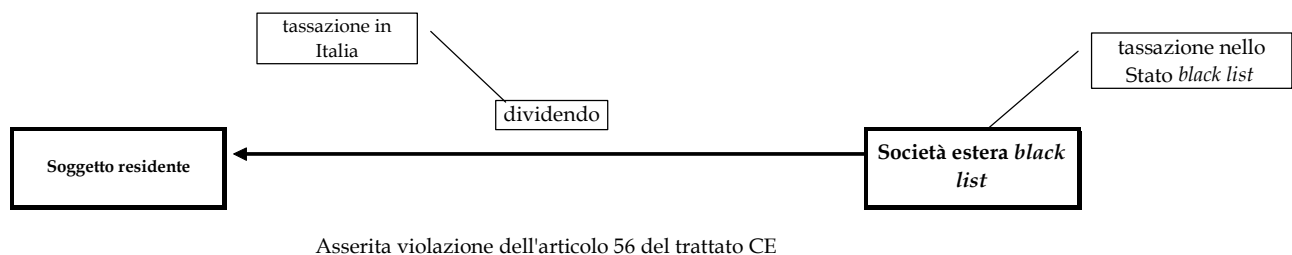


Dividendi distribuiti direttamente da un soggetto «black list»

Per quanto attiene alla diversa situazione nella quale i dividendi siano direttamente distribuiti da una società residente in un Paese fiscalmente «cattivo» a un contribuente italiano, l'ADC ravvisa ugualmente – e segnala alla Commissione – la possibile violazione dell'art. 56 del Trattato sulla libera circolazione dei capitali, a maggior ragione trattandosi di Paesi che, come Cipro e Malta, sono inclusi nella «black list» pur essendo stati ammessi a far parte della Comunità.

Le stesse considerazioni sarebbero tuttavia valide, per l'ADC, per la quasi totalità degli altri Stati inclusi nella «black list», con l'eccezione di Andorra, Liberia Liechtenstein, Isole Marshall e Principato di Monaco: infatti, il principio di libertà dei movimenti di capitale si applica anche agli investimenti effettuati da residenti comunitari in Stati extracomunitari, come osservato dalla CGCE. A rafforzare tale tesi, è richiamata anche la sentenza della Corte emessa in esito alla causa C-196/04 («*Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd / Commissioners of Inland Revenue*»), secondo la quale:

- un cittadino comunitario, persona fisica o giuridica, non può essere privato della possibilità di avvalersi delle disposizioni del Trattato solo perché ha inteso approfittare dei vantaggi fiscali offerti dalle norme in vigore in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede;
- la circostanza che la società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per se stessa un abuso di tale libertà.



Il commercialista telematico

Le osservazioni dell'ADC (2)

Alla luce di tale giurisprudenza, l'ADC afferma che le «*black list*» non possono essere predisposte utilizzando come criterio selettivo la circostanza che lo Stato estero applichi un livello d'imposizione inferiore a quello dello Stato membro, fermo restando il diritto degli Stati membri di adottare misure idonee ad impedire abusi del diritto comunitario, ma nel rispetto dei fondamentali principi di «causalità» e «proporzionalità».

È altresì affermato nel documento in esame che, anche secondo l'OCSE, la tassazione anche solo nominale nel Paese estero non è di per sé sufficiente a caratterizzarlo come «paradiso fiscale», in contraddizione con la vigente formulazione dell'art. 167, quarto comma, del TUIR. Inoltre, successivamente all'entrata in vigore della «*black list*» italiana, sono intervenute le seguenti novità:

- l'OCSE, con il rapporto «*The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report*» ha aderito alla richiesta dei Paesi a fiscalità privilegiata di espungere dai criteri definitori del concetto di «paradiso fiscale» l'assenza di disposizioni che prevedano l'esercizio di un'attività economica sostanziale come condizione per poter beneficiare dei regimi agevolati (*no substantial activities*);
- tutti i Paesi originariamente iscritti nella «*black list*» OCSE, tranne Andorra, Liberia, Liechtenstein, Isole Marshall e Principato di Monaco, si sono formalmente impegnati a garantire la trasparenza e lo scambio d'informazioni e sono, quindi, stati depennati da tale «*black list*».

Inapplicabilità di deroghe comunitarie

La possibilità di far valere in materia le disposizioni comunitarie che ammettono, da parte degli Stati membri, il contrasto alle frodi e agli abusi, è «respinta» dall'ADC con le seguenti argomentazioni:

- per quanto attiene al contrasto all'abuso del diritto comunitario, la CGCE ha assunto una posizione restrittiva, in particolare con la menzionata sentenza «*Cadbury Schweppes*» - in materia di CFC - ove è stato affermato che una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento - e quindi, secondo l'ADC, anche la libertà di movimento di capitali - è ammessa solamente se riguarda specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate a sottrarre l'impresa alla legislazione dello Stato membro interessato. Quindi, perché le norme restrittive delle libertà comunitarie potrebbero non essere conformi al diritto comunitario se la costituzione della CFC, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, avesse a corrispondere a una realtà economica. Tali principi non sarebbero rispettati dalla normativa italiana - artt. 47, quarto comma, e 89, terzo comma, TUIR -, la quale, per evitare la tassazione integrale del dividendo, consente l'unica «esimente» della dimostrazione che la società «*black list*» produca oltre il 75% del proprio reddito in Paesi esclusi dalla «*black list*»;

Il commercialista telematico

- anche se la normativa italiana venisse integrata per dare la possibilità di dimostrare che la società «*black list*» è dotata di un insediamento reale nel Paese estero, tale prova potrebbe essere, verosimilmente, fornita solamente dai contribuenti italiani che controllino direttamente o indirettamente tale società, e non anche da coloro che detengano partecipazioni di minoranza, « ... *in totale spregio del principio di proporzionalità*»;
- la necessità di dimostrare che la CFC abbia nello Stato di residenza un insediamento reale «*appare fondatamente richiesta per escludere un abuso della libertà di stabilimento*», ma non sarebbe estensibile al principio della libertà dei movimenti di capitale, orientato a consentire l'effettuazione non solamente di «investimenti diretti» all'estero (finalizzati a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti fra il finanziatore e l'imprenditore o l'impresa a cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attività economica), ma anche di ogni altro tipo di investimento all'estero, non necessariamente implicante il controllo di un «insediamento reale all'estero».

Su tali basi, è ravvisato nella normativa italiana un contrasto con i principi comunitari di causalità e proporzionalità, alla luce dei quali la normativa anti-abuso:

- dev'essere idonea a conseguire lo scopo perseguito, colpendo solamente gli abusi della norma e non anche operazioni che non hanno questo fine (principio di causalità);
- non deve eccedere quanto necessario per raggiungerlo (principio di proporzionalità).

Allo stesso modo è rifiutata dall'ADC l'impostazione secondo la quale la restrizione dell'esercizio delle libertà comunitarie può essere indotta dall'«interesse generale» a garantire l'efficacia dei controlli fiscali.

Infatti, molti degli Stati inclusi nella «*black list*» hanno stipulato con l'Italia convenzioni contro le doppie imposizioni, nell'ambito delle quali sono previste specifiche procedure di scambio di informazioni, e altri Stati hanno dichiarato la propria disponibilità a collaborare con i Paesi a fiscalità ordinaria e a concedere lo scambio d'informazioni. Inoltre, l'eventuale stipula di accordi bilaterali secondo le linee-guida dall'OCSE consentirebbe di contrastare l'evasione « ... *colpendo – nel rispetto del fondamentale principio della causalità – solo gli evasori e non anche i contribuenti ligi alle norme*».

Diretta applicabilità della norma comunitaria

Secondo l'ADC, benché la materia delle imposte dirette rientri nella competenza degli Stati membri, questi devono esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario⁷, sicché eventuali disposizioni tributarie in conflitto con il Trattato CE dovrebbero considerarsi non applicabili.

Il documento in esame conclude affermando che le predette disposizioni degli artt. 47, terzo comma e 89, quarto comma, del TUIR, confliggono sia con le disposizioni della direttiva 435/90/CEE, sia con gli articoli 43 e 56 del Trattato CE, costituendo sia una restrizione alla libertà di

⁷ Sono a tale riguardo richiamate le sentenze 11 agosto 1995, C-80/94, Wielockx, punto 16; Verkooijen, cit., punto 32; 4 marzo 2004, C-334/02, Commissione/Francia, punto 21; 15 luglio 2004; Lenz, cit., punto 19, Manninen, cit., punto 19 nonché 14 novembre 2006, C 513/04, Mark Kerckhaert, punto 15.

Il commercialista telematico

circolazione dei capitali (imponendo una tassazione più gravosa di quella ordinaria sui dividendi percepiti da contribuenti residenti in Italia e provenienti, direttamente o anche indirettamente, da Paesi a fiscalità privilegiata), sia una misura anti-abuso eccessiva (giacché non è consentito al contribuente di dimostrare che la società estera ha nello Stato di residenza un insediamento reale e sono indiscriminatamente colpiti sia i comportamenti artificiali, sia quelli privi della finalità di abusare della norma nazionale e comunitaria).

Fabio Carriolo
03 Marzo 2008