

Università Degli Studi di Chieti – Pescara
“Gabriele D’Annunzio”

- FACOLTÀ DI SCIENZE MANAGERIALI -
CORSO DI LAUREA SPECIALISTICA IN ECONOMIA E MANAGEMENT

TESI DI LAUREA

*“Pianificazione Fiscale Internazionale:
profili elusivi del Dividend Wasching ed analisi di casistiche
del fenomeno ante e post riforma del TUIR”*

RELATORE:

Chiar.mo Prof. Carlo Geronimo Cardia

CANDIDATO

Francesco Stefano Franzese

ANNO ACCADEMICO 2006/2007

INDICE

INTRODUZIONE	pag. 5
 CAPITOLO I: CONCETTO, STATUTO E STRUTTURA FISCALE DELLE IMPRESE MULTINAZIONALI	
1.1 Impresa Multinazionale di Gruppo e Unitaria (IMG e IMU)	pag. 8
1.2 Statuto giuridico e tributario della IMG	pag. 9
1.3 Cenni sulla struttura fiscale della IMG	pag. 9
 CAPITOLO II: CENNI SUL DIRITTO INTERNAZIONALE TRIBUTARIO, INTERNO, CONVENZIONALE E COMUNITARIO. LE FONTI DEL DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE	
2.1 Cenni sul Diritto Internazionale Tributario, Diritto Interno, Convenzionale e Comunitario	pag. 10
2.2 Fonti del Diritto Tributario Internazionale	pag. 11
2.3 Potestà impositiva ed il problema della doppia imposizione internazionale	pag. 12
 CAPITOLO III: ASPETTI GENERALI DELLA PIANIFICAZIONE FISCALE INTERNAZIONALE	
3.1 Scelte strategiche ed applicative della IMG in ambito di Pianificazione Fiscale	pag. 16
3.2 Struttura della Pianificazione Fiscale	pag. 16
3.3 Obiettivi e strumenti della pianificazione internazionale	pag. 18

CAPITOLO IV: STRUMENTI NAZIONALI E INTERNAZIONALI DI PIANIFICAZIONE

4.1	Strumenti nazionali di pianificazione:	
4.1.1	Participation Exemption (PEX)	pag. 22
4.1.2	Cenni sul Consolidato Nazionale	pag. 26
4.1.3	Cenni sul Consolidato Mondiale	pag. 27
4.1.4	Trasparenza	pag. 31
4.2	Strumenti internazionali di pianificazione: cenni sui Trattati internazionali in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio, sui redditi di impresa e sulla stabile organizzazione	pag. 32

CAPITOLO V: DIVIDENDI, INTERESSI E ROYALTIES NEL DIRITTO INTERNO, PATTIZIO E COMUNITARIO

5.1	Dividendi	pag. 37
5.2	Interessi	pag. 40
5.3	Royalties	pag. 42

CAPITOLO VI: ELUSIONE ED EVASIONE INTERNAZIONALE: NOZIONE E STRUMENTI UNILATERALI PER CONTRASTARLA

6.1	Nozione di residenza e suo trasferimento	pag. 45
6.1.1	La c.d. “esterovestizione”	pag. 46
6.2	Nozione di elusione ed evasione fiscale	pag. 48
6.3	Abuso dei trattati e finalità antiabuso	pag. 50
6.4	Legislazione sulle C.F.C. – “Controlled Foreign Companies”	pag. 53
6.5	Sottocapitalizzazione – “Thin capitalization”	pag. 56

6.6	Operazioni con Paesi R.F.P. ed indeducibilità dei costi	pag. 58
6.6.1	Regimi fiscali privilegiati nell'UE: il caso di Malta	pag. 60
6.7	Prezzi di Trasferimento – “Trasfer Pricing”	pag. 62
6.8	Lo scambio di informazioni	pag. 67
6.9	Ruling di standard internazionale	pag. 68

CAPITOLO

VII:

PROFILI ELUSIVI DEL DIVIDEND WASCHING ANTE E POST RIFORMA DEL TUIR

7.1	Premessa	pag. 70
7.2	Profili fiscali	pag. 73
7.3	Analisi di casistiche di Dividend Wasching nel regime IRPEG e IRES	pag. 78
7.4	Parallelo tra le norme di contrasto del fenomeno elusivo del Dividend Wasching nel regime IRPEG e IRES	pag. 87
	Bibliografia	pag. 101
	Siti Internet	pag. 102

INTRODUZIONE

Nel moderno scenario dei mercati internazionali, le imprese, di qualsiasi dimensione

esse siano, volgono, sempre più, la loro attenzione alla gestione dei costi derivanti dalla tassazione dei redditi prodotti, in quanto incidono, non poco, sui risultati d'esercizio e quindi sulle politiche di massimizzazione dei profitti, di sviluppo e di consolidamento.

In tale contesto, sarebbe, infatti, un errore considerare gli aspetti fiscali come un qualcosa di autonomo e completamente estraneo dalla generale gestione delle imprese. Le imposte costituiscono un costo che influisce sulla gestione e, pertanto, diventa indispensabile cercare di ridurlo, nel pieno rispetto delle norme vigenti, al fine di migliorare la redditività.

Alla *Pianificazione Fiscale* viene attribuito proprio questo compito, cioè quello di costituire uno valido strumento che consenta di sfruttare, in modo legittimo, le opportunità che il proprio Paese e quelli esteri offrono, al fine di migliorare la redditività e la competitività delle aziende coinvolte nel progetto.

Una buona pianificazione consente alle imprese di ottenere tali risultati agendo in modo corretto e coerente, utilizzando entità costituibili all'estero nel rispetto delle norme vigenti al fine di porre in essere operazioni che generino non solo un risparmio fiscale, ma che siano supportate da una giustificazione economica generale. Ogni progetto di internazionalizzazione deve essere in grado di indicare all'imprenditore la migliore soluzione fiscale ovvero quel complesso di scelte, societarie e giuridiche, che gli permetteranno di ridurre al minimo l'incidenza delle imposte.

Per operare in tal modo, attesa anche la complessità e la disarmonia della normativa fiscale internazionale, occorre avere una piena conoscenza dello scenario in cui ci si dovrà muovere. Infatti, solo così si potranno individuare in maniera adeguata le soluzioni che meglio si adattano alla specifica realtà che contraddistingue ogni singola impresa che, non dobbiamo dimenticare, ha come fine ultimo quello di massimizzare i profitti, sia di breve sia di lungo periodo, nell'ottica dello sviluppo e della creazione di valore.

Si dovranno, pertanto, prendere in considerazione diversi elementi tra cui l'attività svolta dall'impresa, le sue caratteristiche strutturali, i suoi obiettivi nel medio e lungo periodo, nonché la conoscenza diretta delle normative fiscali internazionali (norme interne, Convenzioni ecc.) e delle loro reali conseguenze in termini di onere fiscale gravante sugli operatori commerciali. Ciò servirà ad individuare gli strumenti della pianificazione internazionale più idonei al perseguimento degli obiettivi come: 1) le strutture societarie più convenienti, 2) la contrattualistica più efficace, 3) la residenza dei soggetti coinvolti nel soggetto, 4) i Paesi più utili in funzione dei trattati contro le doppie imposizioni, 5) le Convenzioni applicabili alla casistica in esame, 6) la forma più vantaggiosa di investimento estero (stabile organizzazione, società figlia, società autonoma).

Sulla scorta di tali considerazioni possiamo, quindi, definire la **Pianificazione Fiscale Internazionale** come la ricerca e la successiva applicazione delle disposizioni contenute nei Trattati e nelle Convenzioni internazionali alla gestione delle imprese al fine di consentire, nel rispetto delle norme vigenti, la minimizzazione dei costi fiscali, che in ambito internazionale viene definita **Tax Saving**.

In un contesto dove non sempre la minimizzazione dei costi fiscali è il frutto della rispettosa osservanza delle norme vigenti, dove il ricorso a fenomeni elusivi, agevolati dalla disarmonia fiscale internazionale e dalle lacune normative presenti nei vari ordinamenti, si sviluppa il presente studio che ha come obiettivo principale quello di analizzare, ante e post riforma del TUIR, i profili elusivi del c.d. **Dividend Washing** (risciacquo dei dividendi), altrimenti denominato **Dividend Stripping**.

Il fenomeno elusivo *de quò*, di cui si tratterà, dettagliatamente, nel capitolo VII del presente testo, sia attraverso l'esame di casi concreti, sia eseguendo un parallelo tra le norme di contrasto del fenomeno nel pregresso regime IRPEG e nell'attuale regime IRES, è una modalità alternativa di incasso dei dividendi che mira ad ottenere predeterminati benefici

fiscali utilizzando il c.d. arbitraggio delle plus/minusvalenze, sottostanti le operazioni di compravendita dei patrimoni azionari (*asset*) oppure attraverso il ricorso ad “impalcature finanziarie” con l’utilizzo di *strumenti derivati*.

In particolare, nel caso di specie, verranno esaminati gli effetti di un’operazione di *asset swap* su azioni realizzata attraverso il ricorso a contratti di *option* e *swap*.

Nei capitoli che precedono il VII, al fine di consentire una migliore comprensione del fenomeno oggetto del presente lavoro, verranno fornite definizioni, nozioni e disposizioni normative afferenti la materia in esame.

- CAPITOLO I -

CONCETTO, STATUTO E STRUTTURA FISCALE DELLE IMPRESE MULTINAZIONALI

1.1 Impresa Multinazionale di Gruppo e Unitaria

Prima di trattare, nel concreto, di Pianificazione Fiscale, dei suoi aspetti generali, della sua struttura, dei suoi obiettivi e delle scelte strategiche più idonee per il perseguimento di questi ultimi, appare utile fornire alcuni concetti e definizioni ad essa strettamente correlati.

L’*Impresa Multinazionale (I.M.)*, che può essere definita come un soggetto passivo d’imposta, con criteri di collegamento reali/personali con più di un ordinamento giuridico, è

caratterizzata da una natura transnazionale e da una specifica struttura interna che la porta ad essere distinta in:

- *impresa multinazionale unitaria (I.M.U.)*: è un soggetto che esercita attività produttive di reddito d'impresa su base transnazionale, mediante la commercializzazione dei propri prodotti e/o servizi avvalendosi di unità localizzate all'estero e prive di autonoma soggettività giuridica;
- *impresa multinazionale di gruppo (I.M.G.)*: sono due o più società, dotate di autonoma soggettività giuridica, variamente collegate fra di loro, che svolgono attività produttive di reddito d'impresa, con livelli più o meno intensi di collegamento funzionale e di integrazione determinata dalla sottoposizione della direzione unitaria della capogruppo.

Il processo di espansione di tale entità può avvenire tramite: 1) cessione di beni/servizi all'estero, 2) creazioni di Stabili Organizzazioni all'estero (d'ora in poi S.O.) dette anche «branch», 3) costituzione di società controllate all'estero (c.d. subsidiary) e 4) creazione di società operative e/o di controllo (c.d. holding e sub holding).

1.2 Statuto giuridico e tributario della I.M.G.

L'individuazione dello statuto giuridico delle I.M.U. è relativamente agevole in quanto sono applicabili, in via generale, le norme dell'ordinamento giuridico dello Stato della residenza dell'I.M., attinenti al reddito dalla stessa prodotto su base internazionale, unitamente alle norme pattizie e comunitarie.

Più complesso è, invece, l'identificazione di uno statuto giuridico unitario per le I.M.G. in quanto costituite da più società residenti in più Stati e quindi sottoposte alle diverse potestà impositive degli stessi.

Tale situazione, sotto il profilo tributario, non determina l'imputabilità delle attività

economiche ad un unico soggetto a causa della non autonoma soggettività tributaria delle singole unità componenti: il gruppo di società è sottoposto alle leggi tributarie dei diversi stati di appartenenza e pertanto ad un non omogeneo nucleo di disposizioni (norme interne, comunitarie e pattizie).

1.3 Cenni sulla struttura fiscale della IMG

Molteplici sono gli elementi fiscali e strutturali che caratterizzano la I.M.G., alcuni dei quali saranno oggetto di un esame più approfondito nel prosieguo del presente studio (S.O. ed utili d'impresa, flussi di reddito intragruppo - dividendi, interessi, royalties, regime della participation exemption, normativa dei paesi R.F.P., prezzi di trasferimento ecc.;

- CAPITOLO II -

CENNI SUL DIRITTO INTERNAZIONALE TRIBUTARIO, INTERNO, CONVENZIONALE E COMUNITARIO.

LE FONTI DEL DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE.

2.1 Cenni sul Diritto Internazionale Tributario, Diritto Interno, Convenzionale e Comunitario

Il *Diritto Internazionale Tributario* è composto sia da norme internazionali tributarie, sia dalle norme dei diversi diritti tributari internazionali.

Ha ad oggetto i metodi giuridici internazionali rilevanti per dirimere conflitti tra pretese impositive derivanti dall'interagire di diversi sistemi di diritto tributario internazionale.

Tra i metodi per la risoluzione di tali problematiche possiamo individuare: 1) la tassazione in base alla fonte effettiva del reddito; 2) criterio dell'utile mondiale (*worldwide taxation*), 3) territorialità del diritto tributario amministrativo, 4) eliminazione delle distorsioni fiscali agli investimenti internazionali, 5) ecc..

Secondo l'unanime dottrina, le fonti del Diritto Internazionale sono desumibili dal

contenuto dell'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale.

Il *Diritto Interno Tributario* è invece costituito dall'insieme di norme, formali e sostanziali, che regolamentano tale comparto.

Le c.d. *norme formali interne* hanno il compito di attribuire allo Stato della fonte o della residenza la titolarità della potestà impositiva, per la presenza di *criteri di collegamento personali o reali* della fattispecie, mentre le *norme sostanziali interne* sono quelle a cui le norme formali rinviano per la determinazione della tassazione, dell'esenzione o dell'esclusione.

Il *Diritto Convenzionale Tributario* fa capo all'ordinamento tributario italiano ed è l'insieme delle disposizioni concluse dall'Italia, le cui norme prevalgono rispetto alle norme del Diritto tributario Interno e variamente operano in combinazione tra esse. Le *norme formali convenzionali sulla residenza e sulla fonte* sono contenute all'interno delle singole convenzioni e presentano la stessa struttura di quelle interne.

Il *Diritto Comunitario* è costituito dalle norme di fonte comunitaria relative a fattispecie con elementi di estraneità.

Ha portata più ampia sia rispetto al Diritto Tributario Internazionale sia a quello Comunitario, disciplinando anche i settori dell'imposizione diretta.

2.2 Fonti del Diritto Tributario Internazionale

In passato le ripartizioni del Diritto Tributario erano costituite, prevalentemente, dal tipo di fonte. Oggi, superando la dicotomia tra norme positive interne ed internazionali sulla fonte, ci si deve rifare a vincoli di natura comunitaria, al diritto sovranazionale del Modello OCSE, ai vincoli interpretativi del Commentario al Modello OCSE ecc..

Il dualismo che contrappone il diritto interno e quello internazionale, ormai, diminuisce anche nelle questioni fiscali.

Il *Diritto Tributario Internazionale* (d'ora in poi D.T.I.) può essere considerato quella parte del diritto tributario costituito da norme di fonte interna, ma relative a fattispecie con elementi di estraneità che generano il c.d. *reddito transnazionale*.

In tale espressione l'aggettivo «internazionale» funge come qualifica ulteriore del diritto tributario interno; in tale prospettiva il D.T.I. appartiene al Diritto Statuale Estero.

2.3 Potestà Impositiva ed il problema della doppia imposizione internazionale

La *potestà impositiva* di uno Stato non è altro il potere giuridico che questi ha, in virtù di una legge idonea a produrre effetti giuridici, di tassare determinate fattispecie reddituali, indipendentemente dall'esercizio di potestà impositive di altri Stati.

La *legge tributaria*, invece, è l'espressione della potestà tributaria di un Stato, che avrà efficacia territoriale, coattivamente applicabile, in quello ed in altri Stati, sempre a patto che si riesca ad individuare un criterio di collegamento tra fattispecie e Stato estero, in virtù della c.d. *estensione ultraterritoriale*.

Il fenomeno della *doppia imposizione* è molto diffuso in ambito di fiscalità internazionale in quanto le Convenzioni fiscali non eliminano, del tutto, tale problema ma ne riducono, semplicemente, le casistiche rispetto alla concorrenza di norme formali interne.

La doppia imposizione può essere distinta in:

- *doppia imposizione economica*: è la duplice tassazione, in capo a soggetti diversi, di un reddito di identica natura economica (esempio: utili di società tassati in capo al socio e ritassato in capo allo stesso socio come dividendi);
- *doppia imposizione giuridica*: è la doppia tassazione, in capo ad uno stesso soggetto, dello stesso reddito giuridicamente qualificato.

Atteso che le potestà impositive unilaterali sono, per loro natura, concorrenti, si verifica doppia imposizione internazionale ogni volta che alla medesima fattispecie di

reddito transnazionale sono congiuntamente applicabili le norme impositive interne di due stati.

Per ovviare a tale problema le norme interne o convenzionali adottano i seguenti metodi:

- **metodo dell'esenzione**: lo S.R. non considera tassabili i redditi prodotti all'estero dai propri residenti ed attribuisce allo S.F. l'esercizio esclusivo della potestà impositiva. Naturalmente, non si verifica il meccanismo di esenzione quando, nei casi di potestà impositiva dello S.R., si ha anche esenzione dei redditi applicata dallo S.F. sugli stessi redditi.

Il Commentario, in relazione all'art. 2 del Mod. OCSE, dispone che il reddito da esentare da imposta da parte dello S.R. è lo stesso importo che sarebbe stato assoggettato a tassazione entro il suo Stato, secondo il suo ordinamento tributario, per quella stessa imposta. In sostanza, il reddito escluso dalla tassazione dello S.R. può differire da quello assoggettato ad imposta nello S.F. in base alle norme interne di quest'ultimo (il residente che produce "foreign income" sostiene un onere tributario superiore rispetto al residente che produce "domestic income" se l'aliquota dello S.F. è superiore a quella dello S.R.).

Il *metodo dell'esenzione in base alla fonte*, in ambito convenzionale, viene disciplinato dall'art. 23A del Mod. OCSE: il paragrafo 1 di tale articolo statuisce l'esenzione dei redditi/patrimoni prodotti in uno Stato Convenzionale della Fonte (d'ora in poi S.C.F. o S.C.R. per quello della residenza) da un residente nello S.C.R., il successivo paragrafo 2 prevede per il residente, che abbia redditi/patrimoni tassati nello S.C.F. una deduzione dell'imposta pari all'imposta pagata all'estero, mentre il paragrafo nr. 3 prevede la possibilità per lo S.C.R. di includere nella base imponibile del residente i redditi prodotti nello S.C.F. anche se questi sono considerati ivi esenti in forza di convenzione.

In ambito interno dobbiamo evidenziare che l'ordinamento tributario adotta, in via

generale, il criterio del credito d'imposta e, raramente, quello dell'esenzione.

Il *metodo dell'esenzione in relazione al computo dei redditi* può assumere sia la forma della c.d. *esenzione piena*¹, sia quella dell'*esenzione con progressività*². La prima forma di esenzione è più vantaggiosa della seconda in quanto oltre a non tassare il reddito prodotto all'estero consente una ulteriore riduzione della tassazione che può essere quantificata nell'ammontare dell'imposta calcolata sull'imponibile compreso tra la differenza di aliquota dei due livelli di reddito oggetto di tassazione nello S.R..

Tale metodo consente di perseguire l'obiettivo della c.d. *neutralità esterna*³.

- **metodo della deduzione**: lo S.R. consente di dedurre i tributi assolti all'estero dalla base imponibile a cui applicare l'aliquota per quantificare l'ammontare del tributo dovuto. In Italia non è prevista la deducibilità delle II.DD. ma la loro detrazione sotto forma di credito d'imposta del tributo dovuto. In alternativa è previsto il ricorso alle citate esenzioni.

Tale metodo consente allo S.R. di perseguire la c.d. *neutralità nazionale*⁴.

- **metodo del credito d'imposta**: consente al contribuente residente di detrarre, dall'imposta sul reddito italiana, le imposte assolate all'estero in via definitiva, sui redditi ivi prodotti.

All'ammontare del credito d'imposta vengono generalmente poste delle limitazioni da parte dei sistemi tributari degli Stati per evitare che questi ultimi debbano addossarsi, integralmente, l'eventuale eccedenza tra le imposte pagate all'estero e quelle pagate nello Stato.

¹ esenzione piena: quando il reddito estero è escluso a tutti gli effetti dalla base imponibile;

² esenzione con progressività: il reddito non è tassato nello Stato nel quale il soggetto è residente ma è comunque considerato nella determinazione dell'aliquota applicabile nello S.R.;

³ neutralità esterna: ai soggetti residenti, produttori di foreign income, è accordato dallo S.R. lo stesso trattamento tributario di quello adottato dallo S.F. ai soggetti che ivi producono domestic income;

⁴ neutralità nazionale: dalla prospettiva dello S.R., il saldo degli investimenti effettuati all'estero è determinato mediante detrazione delle imposte assolate dai propri residenti nello S.F.- deduzione imposte assolate all'estero dalla base imponibile);

Il metodo del credito d'imposta, a livello convenzionale, è disciplinato dall'art. 23B del Mod. OCSE il cui paragrafo 1 consente ai residenti di in uno S.C.R., che producono redditi/patrimoni imponibili in uno S.C.F, di fruire, entro certi limiti, di una deduzione dell'imposta sul reddito del residente pari all'ammontare dell'imposta pagato nello S.F. su tali redditi / patrimoni.

A livello OCSE, invece, viene utilizzato sia il *metodo dell'imputazione ordinaria* sia il c.d. "*Tax Sparing Credit*": il primo consente al residente, percettore di foreign income tassabili nello S.R, di fruire, in tale Stato, di un credito d'imposta pari alle imposte pagate all'estero su tali redditi. Tale credito non può superare la quota di imposta dello S.R. del beneficiario attribuibile ai redditi di fonte estera nella proporzione in cui gli stessi concorrono alla formazione del reddito complessivo. Il secondo prevede, invece, la possibilità per lo S.C.R. di includere nella base imponibile del residente i redditi/patrimoni prodotti nello S.C.F. anche se questi sono considerati ivi esenti in forza di convenzione.

Tale metodo consente allo S.R. di perseguire la c.d. *neutralità interna*⁵.

- CAPITOLO III -

ASPETTI GENERALI DELLA PIANIFICAZIONE FISCALE INTERNAZIONALE

3.1 Scelte strategiche ed applicative della IMG in ambito di Pianificazione Fiscale

L'I.M.G., per ottenere quel vantaggio competitivo indispensabile per estendersi ed affermarsi nei mercati esteri, deve effettuare delle corrette scelte strategiche a livello organizzativo, finanziario e di marketing.

Le modalità ottimali di attuazione delle scelte strategiche sono le c.d. *scelte applicative*

⁵ neutralità interna: ai soggetti residenti, produttori di foreign income, è accordato dallo S.R. lo stesso trattamento tributario dei soggetti che producono domestic income;

che hanno ad oggetto, tra l'altro, le norme tributarie applicabili alle I.M.G..

In quest'ottica, la pianificazione fiscale può essere considerata il classico esempio di scelta applicativa che mira ad ottenere, senza contravvenire alle disposizioni fiscali dei vari paesi interessati, la massima possibile riduzione del carico fiscale in capo alla I.M.G..

Quando le scelte fanno riferimento a norme di un unico ordinamento tributario ci troveremo a parlare di Pianificazione Fiscale Nazionale (P.F.N.) viceversa di Pianificazione Fiscale Internazionale (P.F.I), quest'ultima caratterizzata da uno schema tripartitico finalizzato al conseguimento di determinati *obiettivi* con una serie di *strumenti* normativi e *limitazioni* costituite da norme anti-elusive.

3.2 Struttura della Pianificazione Fiscale

Quando si effettua una P.F. bisogna prendere in considerazione una serie di fattori alcuni dei quali di carattere fiscale ed altri non.

Tra quelli di carattere fiscale possiamo individuare:

- comparazione, al netto delle imposte, dei diversi investimenti: riguarda le c.d. *imposte esplicite* cioè quelle effettivamente pagate a parità di investimento in un periodo comparabile e contemporaneo.

Per essere completa e più attendibile, la P.F. andrebbe integrata con la c.d. *analisi delle imposte implicite* gravanti sui vari investimenti ma, siccome tale analisi è piuttosto complessa e difficile, generalmente ci si limita alla sola comparazione delle imposte esplicite.

- “clientele effects”: sono strettamente correlati al concetto di imposta implicita in quanto possono generare imposte implicite in investimenti fiscalmente favoriti. Gli operatori attuano gli investimenti in base alla propria convenienza fiscale e non solo in relazione all'aliquota applicabile ai rendimenti di un certo investimento. Ad esempio soggetti

sottoposti ad una maggiore aliquota generano costi deducibili più elevati attuando una erosione della base imponibile che, nel complesso, porta ad applicazione di aliquote minori per il gruppo.

Per quanto concerne i fattori non fiscali possiamo individuare:

- incertezza: può distinguersi in *incertezza simmetrica*⁶ ed in *incertezza asimmetrica*, quest'ultima, a sua volta, suddivisibile in due forme la "hidden action " e la "hidden information"⁷. Il grado di incertezza può essere ridotto *ab initio* con le clausole di reversibilità del piano (riporto alla situazione iniziale del piano) e di modificabilità o tramite compensazioni;
- gestione dei costi transattivi: l'elaborazione della pianificazione ha dei costi amministrativi interni e di gestione che, in alcuni casi, riducono o eliminano del tutto il vantaggio fiscale.

3.3 Obiettivi e strumenti della Pianificazione Fiscale

Dopo aver fornito una definizione di P.F ed averne analizzato sinteticamente la struttura, possiamo ora ad illustrare, in via generale, quelli che sono i suoi obiettivi, fasi e strumenti:

- **obiettivi principali della P.F.:**
 - riduzione delle aliquote a livello globale entro il "perimetro" del gruppo, con riferimento alle aliquote effettive (esborso fiscale in relazione ad un investimento);
 - calcolo del rischio delle riprese fiscali: mira ad ottenere il massimo delle riduzioni

⁶ incertezza simmetrica: quando entrambi le controparti dispongono delle stesse informazioni sull'onere fiscale degli investimenti;

⁷ la hidden action si ha quando una delle parti ha informazioni su una certa situazione ed è in grado di controllarla, mentre la hidden information si ha quando una delle parti ha le informazioni su una situazione ma non può controllarla, mentre l'altro no;

delle aliquote effettive compatibili con la gestione del rischio di accertamenti e sanzioni;

- sospensione dell'imposizione (Tax Defferal): ha ad oggetto il differimento della tassazione dei redditi da un tempo "t-1" ad un tempo "t-2", successivo, sia a livello domestico che internazionale.

Il vantaggio ottenuto dalla sospensione è funzione dell'ammontare delle imposte sospese, delle differenze di aliquote effettive delle imposte estere e S.R., della durata della sospensione e dal tasso di interesse;

□ **fasi del processo di pianificazione:**

- analisi dei dati fiscali e non, con indicazioni di possibili soluzioni pianificatorie;
- progettazione della struttura con individuazione del piano, dei soggetti ed egli stati interessati alla pianificazione;
- valutazione delle strutture con l'analisi dei vantaggi e degli svantaggi fiscali e non;
- gestione della struttura pianificatoria che attiene l'erogazione delle risorse amministrative ed il monitoraggio dei costi per le eventuali modifiche e per la reversibilità del piano;

□ **strumenti della Pianificazione:**

- scelta del veicolo di investimento: a seconda della forma giuridica del veicolo di investimento si determinano regimi fiscali differenti in capo a tale veicolo ed al soggetto che lo controlla;
- localizzazione dei cespiti: de-localizzazione delle unità produttive in paesi a minori livelli di imposizione (profit division);
- erosione della base imponibile: consiste nel ridurre gli utili di una società localizzata in un paese a maggiore tassazione trasferendoli in società localizzate in paesi con minore pressione fiscale. L'erosione può essere attivata generando costi

(interessi, royalties ecc.) con *strutture commissionarie*⁸ o con *strumenti finanziari ibridi*⁹;

- utilizzo delle società intermedie: le società intermedie sono i veicoli societari o strutture collaterali alle holding su cui si articola la fiscalità delle I.M.G.. Le funzioni di tali società, nell'ambito della pianificazione I.M.G., sono collegate agli strumenti di erosione della base imponibile e "profit division" e consentono la riduzione globale delle aliquote effettive sotto forma di differimento della tassazione (Tax deferral).

Esempi di tali società sono le:

- società finanziarie: che consentono di accumulare e gestire la tesoreria del gruppo nonché di svolgere attività finanziarie ausiliarie come leasing, factoring ecc.. Con tali società si concentra il servizio del debito in paesi ad alta fiscalità e accumulazione degli interessi attivi in paesi a bassa fiscalità;
- captive insurance companies: società che all'interno del gruppo garantiscono la copertura di svariati rischi delle consociate e percepiscono da queste le fees utilizzando la tecnica dell'erosione basata su differenziali di aliquote;
- licencing companies: società costituite per la gestione dei flussi remunerativi di intangibles e sono destinatarie di royalties;
- società di trading internazionale: società intermedie di acquisto beni e servizi a cui non è applicabile il regime dei prezzi di trasferimento a condizione che sia parte terza rispetto ai propri fornitori e clienti;
- consolidamento: garantisce l'ottimizzazione delle perdite sostenute da soggetti economici entro un certo perimetro pre-definito con utili di altri soggetti sempre

⁸ strutture commissionarie: prevedono l'uso di tecniche di acquisizione con indebitamento, cioè il "veicolo" acquisisce una terza società e viene indebitato al fine di finanziare l'acquisizione per sfruttare la deducibilità del servizio del debito;

inclusi nello stesso perimetro;

- ottimizzazione del foreign tax credit: ha ad oggetto il corretto utilizzo delle disposizioni in materia di credito d'imposta, disciplinate, nel nostro paese, all'art. 165 del TUIR (detraibilità delle imposte estere);
- treaty planing: afferente l'utilizzo dei trattati;
- international tax arbitrage: è un sistema grazie al quale il contribuente trae beneficio dalle differenze tra sistemi fiscali nazionali in relazione al trattamento fiscale di una medesima fattispecie (esempi: un beneficio è concesso allo stesso soggetto sia nello stato A che B, oppure un costo è deducibile sia nello Stato A che in quello B). Tale sistema, a differenza dell'elusione, è lecito.

- CAPITOLO IV -

STRUMENTI NAZIONALI E INTERNAZIONALI DI PIANIFICAZIONE

4.1 Strumenti nazionali di pianificazione

⁹ strumenti finanziari ibridi: prevedono sia la deducibilità dei costi in uscita sia l'esenzione dei proventi in entrata;

4.1.1 Participation Exemption (PEX):

Con la riforma entrata in vigore il 1 gennaio 2004, il nuovo regime della PEX, applicabile ai dividendi (ex art. 89 TUIR) e alle plusvalenze conseguiti da soggetti passivi d'imposta sull'alienazione di partecipazioni qualificate (ex. art. 87 TUIR), prevede benefici analoghi a quelli vigenti negli Stati membri.

La riforma del 2004 ha sostituito il metodo del credito d'imposta con il beneficio dell'esenzione totale o parziale della PEX al fine di eliminare il problema della disparità di trattamento tra i soci residenti (e S.O in Italia), che fruivano del credito d'imposta per la distribuzione dei dividendi, ed i soci non residenti, che non avevano tale diritto. Analoghe disparità di trattamento esistevano per gli utili distribuiti da società residenti rispetto a quelli distribuiti da società non residenti.

L'art. 89, comma 2, prevede l'esenzione del 95% degli utili distribuiti dalle società di cui all'art. 73, comma 1, lett. a) e b) del TUIR, ovvero alle società di capitali, società cooperative, di mutua assicurazione residenti nel territorio ovvero dagli enti pubblici e privati residenti che esercitano, in via esclusiva o principale, le attività commerciali omissis ...

Il comma 3, invece, prevede il divieto di applicazione dell'esenzione di cui al comma 2 per gli utili distribuiti da società residenti in Stati a regime fiscale privilegiato, altrimenti definiti Stati R.F.P.¹⁰.

Analoga prescrizione è prevista dall'art. 47, comma 4 del TUIR in tema di dividendi percepiti da persone fisiche (d'ora in poi P.F.) esercenti attività commerciali per i quali concorrono integralmente alla formazione del reddito imponibile le plusvalenze relative a partecipazioni in società residenti in Paesi R.F.P..

Schematicamente possiamo così riassumere l'incidenza, sulla base imponibile, dei

¹⁰ Paesi R.F.P.: per maggiori dettagli veggasi capitolo VI – paragrafo 6.6;

dividendi corrisposti alle diverse tipologie di soggetti residenti:

□ distribuiti a soggetti IRPEF:

- da società/Enti IRES, residenti o non: sono esenti per il 60% del loro ammontare pertanto concorrono alla formazione del reddito complessivo per il loro 40%;
- da società residenti per partecipazioni non qualificate¹¹: si applica una *ritenuta a titolo d'imposta* pari al 12,5% sul valore normale dei beni, nel caso di utili in natura, sull'intero ammontare corrisposto nel caso di recessi, riduzione capitale esuberante ecc.;
- da società non residenti: l'intermediario alla riscossione effettua una *ritenuta d'ingresso* del 12,5%: 1) *a titolo d'imposta*, sull'intero importo degli utili corrisposti, in relazione a partecipazioni non qualificate, 2) *a titolo d'acconto* sulla quota imponibile degli utili per partecipazioni qualificate;
- nell'esercizio di imprese commerciali da P.F.: concorrono alla formazione del reddito totale per il loro 40% (esenti per il 60%) senza tassazione sostitutiva del 12,5% del loro ammontare per partecipazioni qualificate;
- da società localizzate/residenti in Paesi R.F.P.: concorrono integralmente alla formazione del reddito imponibile del percettore a meno che: 1) l'imposta non sia stata già assoggettata dal socio residente (tassazione delle società controllate/collegate estere), o che 2) la società residente/domiciliata nel Paese

¹¹ partecipazioni non qualificate: sono quelle inerenti il possesso di quote o azioni tali da non consentire di esercitare alcun tipo di controllo e che costituiscono, allo stesso tempo, un investimento durevole per l'azienda.

Le *partecipazioni qualificate*, invece, sono quelle in società controllate e/o collegate. Il concetto di *controllo* è legato alla detenzione della maggioranza dei voti esprimibili in assemblea ordinaria o in cui si detiene comunque il controllo in virtù di vincoli contrattuali – rispettivamente controllo di diritto e di fatto, mentre il concetto di *società collegate* fa riferimento a società per le quali si è in grado di esercitare almeno il 1/5 dei voti o 1/10 in caso di società quotate;

R.F.P. sia stata oggetto di *interpello favorevole*¹²;

□ distribuiti a soggetti IRES:

- l'art. 89, comma 2 del TUIR prevede l'esenzione del 95% degli utili distribuiti dalle società IRES residenti (ex art. 73, comma 1, lett. "a" e "b") e non (ex art. 73, comma 1, lett. "d") alle società/enti partecipanti senza essere subordinata ad alcuna delle condizioni di partecipazione minima o tempo minimo di possesso della partecipazione prevista dall'art. 87 del TUIR;
- l'art. 89, comma 3 del TUIR prevede che gli utili distribuiti da società residenti in paesi R.F.P. concorrano integralmente alla formazione del reddito complessivo del percettore ad esclusione dei due casi elencati al punto sub "utili distribuiti da società localizzate/residenti in Paesi R.F.P."

L'art. 87, comma 1, dispone che non concorrono alla formazione del reddito imponibile, in quanto esenti, le plusvalenze realizzate e determinate ex art. 86, commi 1, 2 e 3, e cioè rispettivamente da cessioni a titolo oneroso, assegnazione ai soci, ovvero la destinazione a finalità estranee all'esercizio di impresa.

Quantitativamente, il valore della plusvalenza considerata esente è data dalla differenza tra il valore corrisposto per l'acquisto della partecipazione ed il suo valore contabile (valore iniziale al netto degli ammortamenti).

L'art. 87 determina il c.d. *perimetro della PEX* individuando: 1) i requisiti dei partecipanti (soggetti IRES residenti di cui agli art. 73 e 5, ecc.), 2) requisiti dei partecipati (società di capitali, mutua assicurazione ecc ad esclusione delle alienazioni a società semplici ed enti ad esse equiparate), 3) requisiti per beneficiare dell'esenzione in relazione

¹² interpello favorevole: è una procedura grazie alla quale una società riesce a dimostrare che il reddito delle società localizzate nel paese R.F.P. è costituito, almeno per il 75%, da redditi prodotti in Stati non R.F.P. ed ivi interamente assoggettati a tassazione ordinaria;

alle caratteristiche del titolo e del partecipato (partecipazioni classificate nelle immobilizzazioni finanziarie al primo bilancio chiuso nel periodo di possesso; ininterrotto possesso della partecipazione dal primo giorno del dodicesimo mese precedente l'avvenuta cessione considerando cedute per prime le azioni acquistate in data più recente; residenza fiscale della partecipata in un paese diverso da R.F.P. o alternativamente residente in paese R.F.P. ma con ottenimento di interpello favorevole; esercizio della partecipata di un'attività commerciale).

Fondamentale differenza tra i succitati artt. 89 e 87 e che il primo, per l'applicazione del regime della PEX, non richiede la presenza indispensabile di alcune condizioni come: 1) periodo minimo di detenzione della partecipazione; 2) possesso di una partecipazione minima; 3) la società che distribuisce la partecipazione deve essere inserita in una c.d. *white list*; 4) assoggettamento ad imposta della società che distribuisce la partecipazione o degli utili distribuiti.

Collegato al principio di non tassabilità delle plusvalenze sancito dall'art. 87 troviamo il *principio dell'indeducibilità delle minusvalenze* sancito dall'art. 4 della L. 80/2003 incluso nell'art. 101, comma 1 TUIR.

4.1.2 Cenni sul Consolidato Nazionale

Il Consolidato Nazionale è un regime opzionale che consente la compensazione degli utili e delle perdite delle società residenti nonché di eliminare la doppia imposizione sui dividendi intragruppo.

Gli elementi caratterizzanti di tale regime sono: 1) applicazione del regime alle sole consolidate residenti; 2) individuazione di una unica controllante per ogni perimetro di consolidato; 3) esercizio congiunto dell'opzione da parte della controllante e di ogni

controllata; 4) irrevocabilità dell'opzione per tre periodi d'imposta; 5) somma algebrica degli imponibili fiscali delle società residenti ricomprese nel perimetro 6) ecc..

Nel Consolidato Nazionale l'esercizio dell'opzione ha come effetto: 1) la determinazione del reddito complessivo globale, 2) l'obbligo di apportare le c.d. “*rettifiche in consolidamento*¹³”, 3) l'accesso alle perdite fiscali, 4) la possibilità di effettuare, in esenzione d'imposta, pagamenti intragruppo compensativi, 5) ecc.

La tassazione di gruppo può cessare al verificarsi di alcune condizioni denominate *ipotesi di de-consolidamento* che determinano vari effetti sia in capo alla consolidante che in capo alla consolidata. Al verificarsi di tali condizioni la situazione fiscale della consolidante è riportata allo *status quo ante* mediante variazioni in aumento al reddito dalla stessa dichiarato (c.d. *de-consolidation recapture*) sia in relazione agli interessi dedotti in base al pro-rata sterilizzato nell'ambito del consolidamento che in relazione alle pregresse operazioni intragruppo attuate in regime di neutralità fiscale, mentre quella in capo alla consolidata è riportata allo status quo ante mediante la partecipazione finanziaria di esse alla reintegrazione effettuata dalla controllante dei versamenti.

4.1.3. Cenni sul Consolidato Mondiale

Il Consolidato Mondiale è un regime opzionale che consente sia la compensazione degli utili e delle perdite delle società non residenti all'interno del gruppo sia di eliminare la doppia imposizione sui dividendi intragruppo.

Con il riconoscimento fiscale del gruppo di imprese prende corpo una delle novità più rilevanti della riforma IRES che consente alla società controllante di consolidare fiscalmente i redditi delle società residenti controllate e, nell'ottica di una logica armonizzazione del sistema fiscale italiano, è prevista l'estensione della tassazione di gruppo anche alle

società/enti non residenti, sulla base degli stessi principi e criteri previsti per il consolidato nazionale.

L'esercizio dell'*opzione al consolidato mondiale*, la cui disciplina organica è contenuta negli articoli dal 130 al 142 del TUIR, è facoltativa e vincola, al contempo, i soggetti partecipanti alla tassazione di gruppo per un periodo di tempo non inferiore a cinque esercizi del soggetto controllante, fermo restando il requisito del controllo, come definito dall'articolo 133 del TUIR, salvo il verificarsi dell'interruzione della tassazione di gruppo prima del compimento del periodo di validità dell'opzione ex articolo 137, e la particolare ipotesi di revoca contemplata dall'articolo 4, comma 1, lettera m) del D. Lgs. 344/2003, connessa all'adeguamento ai principi contabili internazionali. Una volta ultimato il quinquennio di opzione, l'eventuale rinnovo produce effetti per un periodo non inferiore ai tre anni.

A differenza del consolidato domestico, che prevede l'opzione bilaterale della controllante con ciascuna società controllata, nel consolidato mondiale l'opzione è esercitata unilateralmente dalla società/ente controllante, derivandone che le controllate interessate al consolidamento non risultano obbligate a esercitare l'opzione.

Anche per il consolidato mondiale è richiesta, in linea generale, *l'identità dell'esercizio* sociale di ciascuna società controllata con quello della società/ente controllante, ma, al riguardo, è prevista una specifica eccezione¹⁴ connessa alla natura internazionale del consolidamento.

Il *principio all in all out* del consolidato mondiale implica la partecipazione di tutte le controllate non residenti, infatti, non risulta praticabile un consolidamento che investa solo alcune controllate trascurandone altre, principalmente poiché tale facoltà determinerebbe la

¹³ rettifiche in consolidamento: esenzione totale dei dividendi intragruppo, sterilizzazione del pro-rata, regime di neutralità per i trasferimenti intragruppo;

¹⁴ l'eccezione fa riferimento al caso in cui la coincidenza degli esercizi sociali non è consentita dalle legislazioni dei Paesi esteri in cui sono localizzate le società controllate;

realizzazione della tassazione di gruppo esclusivamente con i soggetti in perdita o che "sopportano" carichi fiscali maggiori rispetto a quelli applicati nel nostro Paese.

In sostanza, in ambito di consolidato mondiale possiamo formulare le seguenti considerazioni circa:

- società controllate: nel caso in cui la società residente detenga la partecipazione nella controllata in tutto o in parte per il tramite di un altro soggetto residente, per la validità dell'opzione per il consolidato mondiale è necessario che la controllante residente consolidi innanzi tutto i redditi delle controllate residenti (con il consolidato nazionale): solo in tal caso, risulta applicabile il consolidamento mondiale alle controllate estere¹⁵;
- società controllante: l'opzione può essere esercitata dalle società e dagli Enti di cui all'art. 73, comma 1, lettere a) e b), che controllino, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile, società o enti non residenti e rientranti nella definizione di cui all'articolo 133 del TUIR.

Sono ammessi al consolidato mondiale, in qualità di controllanti, esclusivamente le società e gli enti: 1) i cui titoli sono negoziati nei mercati regolamentati; 2) controllati ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, n. 1), del codice civile esclusivamente dallo Stato o da altri enti pubblici, da persone fisiche residenti che non si qualificano a loro volta, tenendo conto delle partecipazioni possedute da loro parti correlate, quali soggetti controllanti ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, numeri 1) e 2), del codice civile di altra società o ente commerciale residente o non residente.

¹⁵ nella relazione illustrativa al D. Lgs 344/2003, si evidenzia, in proposito, il seguente esempio: Holding Residente (A) 70%; Società Residente (B) 70%, società non residente (Y). In tal caso, il soggetto controllante A al fine di consolidare Y ha innanzi tutto l'obbligo di consolidare la società residente B determinando un'unica base imponibile in capo ad A (a seguito dell'obbligo di consolidato nazionale, A e B diventano fiscalmente equivalenti a un unico soggetto). Ne deriva che il consolidato nazionale ha il controllo della società non residente nella misura del 70 per cento e la società A può consolidare anche la società non residente (Y). Quindi, in caso di interposizione nella catena di controllo da parte di un soggetto residente, l'applicazione dell'effetto demoltiplicativo prodotto dalla catena societaria di controllo opera esclusivamente a partire dalla controllata residente di grado inferiore;

La controllante, in estrema sintesi, deve rappresentare la società di grado più alto della catena partecipativa e le relative partecipazioni devono essere detenute esclusivamente da persone fisiche residenti (escluso il caso della società quotata). Inoltre, la società controllante che si qualifica per l'esercizio dell'opzione non può quale controllata esercitare anche l'opzione per il consolidato nazionale.

- società controllate estere e requisito del controllo: possono assumere la qualifica di consolidate: 1) i soggetti controllati, di cui all'articolo 73, comma 1, lettera d), del TUIR, ovvero, 2) le società e gli enti di ogni tipo con o senza personalità giuridica non residenti nel territorio dello Stato.

Per quanto attiene al requisito del controllo, le azioni, quote, diritti di voto e di partecipazione agli utili della controllata devono essere posseduti direttamente o indirettamente dalla società o ente controllante per una percentuale superiore al 50%. Quest'ultima deve essere determinata relativamente alla società controllante e alle società controllate residenti di cui all'articolo 131, comma 2, del TUIR, tenendo conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo. A tal fine rilevano le partecipazioni sussistenti alla fine dell'esercizio del soggetto controllante. Tuttavia, il reddito prodotto dalle società cui tali partecipazioni si riferiscono è escluso dalla formazione della base imponibile di gruppo nel caso in cui il requisito del controllo di cui al comma precedente si sia verificato entro i sei mesi precedenti la fine dell'esercizio della società controllante.

Con riferimento, poi, alla convenienza a fare ricorso al consolidato mondiale per dedurre le perdite sofferte dalle società estere appartenenti al gruppo, corre l'obbligo di evidenziare che essa è tanto più alta quanto più consistenti siano le perdite sofferte dalle società appartenenti al gruppo non residenti, a meno che non si reputi conveniente far

circolare intragruppo le relative partecipazioni, al fine di realizzare minusvalenze o differenze negative fiscalmente deducibili, utilizzando ad hoc il doppio regime di circolazione delle partecipazioni ovvero procedere alla "trasformazione" delle società controllate non residenti (le c.d. subsidiaries) in stabili organizzazioni appartenenti a società residenti (le c.d. branches).

4.1.4. Trasparenza

Il D. Lgs 344/2003 ha introdotto, accanto alla possibilità di optare per la tassazione su base consolidata, sia a livello mondiale che nazionale, anche la possibilità di optare per un *regime di trasparenza*, al ricorrere di requisiti di partecipazione inferiori rispetto a quelli del consolidato.

Il regime della trasparenza, per opzione dell'Italia, ex art. 115 TUIR, in sostanza, consente di compensare gli utili e le perdite della partecipante e della partecipata in presenza di soglie di partecipazione meno significative di quelle previste dal consolidato nazionale.

In virtù di tale disposizione, si trovano a godere di tale beneficio anche i soci di una società residente che non hanno i requisiti per fruire del consolidato nazionale, in quanto privi del controllo.

L'art. 115, comma 5, prevede che, esercitando l'opzione di cui al comma 4, il reddito imponibile delle società di capitali residenti, al cui capitale sociale partecipano esclusivamente le società di capitali residenti, ciascuna con una percentuale di diritto al voto esercitabile in assemblea ricompresa tra il 10% ed il 50%, è imputato a ciascun socio, indipendentemente dall'effettiva percezione, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione.

Il regime, che presenta specifiche caratteristiche¹⁶, svolge diverse funzioni come: 1) eliminazione della doppia imposizione, nel caso in cui la partecipata che la partecipante abbiano conseguito utili; 2) integrazione del regime PEX spettante alle partecipanti con una forma di tassazione completa; 3) eliminazione degli effetti negativi derivanti dall'ineducibilità delle perdite su partecipazioni, nei casi in cui non sia possibile ricorrere al consolidato fiscale; 4) compensazione degli utili e delle perdite di partecipata e partecipante con un risultato simile a quello del consolidato; 5) estensione, anche alle partecipanti non residenti, dei benefici derivanti dalle citate compensazioni degli utili e delle perdite di partecipata e partecipante e dall'eliminazione della doppia imposizione.

Il regime di trasparenza può essere considerato alternativo al quello del consolidato ma, per altri versi, anche integrativo dello stesso al ricorrere di alcune condizioni, come nei casi in cui le società partecipate da soggetti che sono controllanti o controllati in un regime di consolidato adempiano i requisiti richiesti per trasparenza.

4.2 Strumenti internazionali di pianificazione: cenni sui Trattati internazionali in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio, sui redditi di impresa e sulla stabile organizzazione

Il Diritto Tributario Convenzionale, che fa capo all'Ordinamento tributario italiano, è l'insieme delle Convenzioni effettivamente concluse dall'Italia, le cui norme prevalgono sulle norme tributarie interne, a meno che queste ultime non siano più favorevoli per il contribuente (art. 169 TUIR).

Gli scopi principali di tali Convenzioni sono quelli di eliminare la doppia imposizione, risolvere le controversie e prevenire e combattere l'evasione fiscale.

Il processo di formazione delle Convenzioni è articolato in tre fasi:

¹⁶ caratteristiche: 1) presenza di una sola partecipata e più partecipanti all'interno del perimetro di trasparenza; 2) la partecipata cessa di essere soggetto passivo IRES; 3) il reddito imponibile della partecipata è fiscalmente imputato alle partecipanti, *pro quota*, secondo il modello di tassazione per trasparenza tipico delle società di persone;

- fase delle trattative: le parti si incontrano per la redazione della bozza del futuro trattato;
- fase dell'autenticazione: la Convenzione è definita nel suo testo ma non è ancora vincolante per le parti. Il Parlamento ha il potere di variare il contenuto del documento;
- fase dell'approvazione e della ratifica: il testo è sottoposto ad approvazione degli organi costituzionalmente preposti, poi si procede allo *scambio delle ratifiche* con le quali le parti si obbligano, reciprocamente, emettendo *dichiarazioni negoziali*. Le convenzioni fiscali vengono ratificate dal PDR in concorso con l'organo esecutivo e legislativo.

Le norme convenzionali contro la doppia imposizione, definite *self-executing*¹⁷, non possono creare nuovi presupposti di tassazione o nuove fattispecie impositive limitandosi esclusivamente ad allargare la base imponibile regolata dalla legge interna.

Secondo gli artt. 1 e 2 del mod. OCSE, le convenzioni si applicano alle P.F. e P.G. residenti in uno dei due stati contraenti ed a tutte le imposte indicate in una convenzione o a quelle identiche e/o analoghe che si aggiungono o sostituiscono ad esse in futuro.

Qualche problema di applicabilità sorge per le società di persone, infatti, se queste sono considerate *soggetti trasparenti* l'art. 1 non è applicabile, se sono, invece, considerati *soggetti passivi autonomi*¹⁸, come le *partnership*¹⁹, l'art. 1 è applicabile.

Il concetto convenzionale di S.O. è fornito dall'art. 5 del mod. OCSE nel quale, dal comma 1 al 4, viene fornita una definizione di Stabile Organizzazione Materiale²⁰ (S.O.M.) e dal combinato disposto dei commi 5 e 6 quella di Stabile Organizzazione Personale²¹

¹⁷ norme self-executive: complete negli elementi essenziali e quindi direttamente applicabili negli Stati;

¹⁸ soggetti passivi autonomi: il reddito è tassato in capo alla società ed i soci vengono tassati alla distribuzione di dividendi;

¹⁹ l'art. 89, comma 3, del TUIR prevede la non tassazione delle partnership non residenti per i redditi prodotti in Italia;

²⁰ SOM: si integra quando un'impresa non residente pone in essere in uno Stato estero tutta o parte della sua attività organizzandovi direttamente una serie di elementi materiali idonei a tale scopo;

²¹ SOP: si configura quando una persona, diversa da un agente che goda di uno status indipendente, ha il potere di concludere, abitualmente, nell'altro Paese contraente, contratti in nome dell'impresa di appartenenza;

(S.O.P.). In ambito interno il concetto di S.O.P. è disciplinato dall'art. 162, commi 6 e 7, del TUIR.

Il paragrafo 7, dell'art. 5 del mod. OCSE, costituisce la c.d. “*anti-single entity clause*” che consente di evitare che la controllata possa essere considerata dallo S.F., unitamente alla controllante, una single unity e quindi possa incorrere, in presenza di specifiche condizioni, nella c.d. “riqualificazione” delle società controllate come S.O. delle società estere controllanti.

Nel diritto interno, la “*anti-single entity clause*” è disciplinata dall'art. 162, comma 9, il quale dispone che non è motivo sufficiente per considerare una impresa S.O. dell'altra se una di queste imprese non residenti, con o senza S.O., controlli un'impresa residente, ne sia controllata, o che entrambe siano controllate da un terzo soggetto esercente, o non, attività d'impresa.

Il caso Philip Morris è un classico esempio nel quale una società multinazionale è stata considerata come una *stabile organizzazione plurima* di società estere appartenenti allo stesso gruppo e perseguiti una strategia unitaria.

Gli *utili d'impresa transnazionali*, ovvero redditi d'impresa (ex artt. 55 e 81 e segg. del TUIR), sono redditi aventi fonte in un certo Stato ma percepiti ed imputabili, in modo diretto, ad un soggetto residente in uno Stato diverso dallo S.F.

Nell'ordinamento italiano gli utili d'impresa transnazionali si dividono in: 1) quelli prodotti in Italia, da un soggetto non residente e 2) quelli prodotti all'estero, da soggetti residenti, tramite S.O. in Italia e S.O. all'estero. In virtù di ciò non può mai verificarsi la circostanza che un soggetto non residente produca redditi in Italia con una struttura isolata avente la propria fonte in Italia diversa da una S.O..

L'art. 7, paragrafo 1, del mod. OCSE, sancisce il principio della potestà impositiva dello S.R. in assenza di S.O. nello S.F..

La presenza di S.O. nello S.F. determina una potestà impositiva concorrente e quindi un problema di doppia imposizione internazionale che viene risolto con le disposizioni di cui agli artt. 23A e 23B del modello OCSE.

L'art. 23 del TUIR dispone che il reddito della S.O. in Italia di soggetti non residenti va individuato separatamente da quello prodotto dall'impresa madre in virtù delle disposizioni dell'art. 14 del DPR 600/73.

Sempre in tema di S.O., il paragrafo 2, dell'art. 7, stabilisce, in sintesi, che i redditi derivanti dai rapporti tra S.O. e casa madre vadano disciplinati secondo le norme del transfer pricing. In sostanza le due entità vengono sempre considerate indipendenti fra di loro ad eccezione di quanto stabilito dal successivo paragrafo 3 in merito alle c.d. *spese di regia*.

La c.d. ***forza di attrazione della S.O. in Italia del non residente***, ovvero *regime differenziato del trattamento isolato dei redditi d'impresa*, che comporta la modifica dei redditi derivanti da altre attività da redditi isolatamente considerati a redditi d'impresa, si suddivide in:

- forza di attrazione piena: tutti i redditi diversi da quelli d'impresa vengono allo stesso attratti e pertanto non sono oggetto di trattamento isolato;
- forza di attrazione limitata: vengono distinti i redditi che effettivamente derivano dall'esercizio di attività produttive di reddito d'impresa e quelli che non ne derivano, per i quali continua ad operare il trattamento isolato di cui all'art. 23 del TUIR.

Il trattamento isolato opera quindi se: 1) la forza di attrazione della S.O. è limitata e se 2) non esiste S.O. in Italia di soggetti residenti all'estero.

A tal proposito va comunque rilevato che la presenza della S.O. in Italia da sola non basta per applicare il principio di attrazione limitata, bisogna, infatti, verificare che vi sia

un nesso tra le attività e la S.O., in difetto del quale si applica il trattamento isolato.

I soggetti non residenti, privi di S.O. in Italia, non sono tenuti a presentare la dichiarazione dei redditi se non produttivi di redditi d'impresa o produttivi di redditi esenti o soggetti a tassazione alla fonte.

- CAPITOLO V -

**DIVIDENDI, INTERESSI E ROYALTIES NEL
DIRITTO INTERNO, PATTIZIO E COMUNITARIO**

5.1 Dividendi: regime convenzionale e interno

L'art. 10, paragrafo 3, del mod. OCSE fornisce una definizione generica di dividendi definendoli redditi derivanti da azioni, diritti di godimento, certificati di godimento, nonché da altri diritti sulla percezioni degli utili, ecc., mentre la norma convenzionale, per la definizione di dividendi, rinvia alle singole legislazioni nazionali.

Nell'ordinamento tributario italiano non esiste una definizione specifica di *dividendi* i quali possono essere considerati come “utili di partecipazioni in società o enti” nei quali rientrano tutte le tipologie delle c.d. “distribuzioni occulte di utile”.

Per quanto concerne la tassazione dei dividendi, il combinato disposto del paragrafo 1 e 2 dell'art. 10 del mod. OCSE prevede che lo S.R. del soggetto che paga i dividendi (S.F. di tali redditi), abbia la facoltà di prelevare una ritenuta sui dividendi mentre lo S.R. del percettore, mantiene la propria potestà impositiva. Ciò determina una potestà impositiva concorrente.

L'art. 10, paragrafo 2, prevede, infatti, che i dividendi in uscita possano essere tassati dallo S.R., entro certi limiti convenzionalmente stabiliti, in conformità alle leggi di detto Stato, se la persona che percepisce i dividendi ne è l'effettivo beneficiario.

Va evidenziato che le norme convenzionali in materia di dividendi si applicano a tutte le fattispecie ad essi relative (entrata e uscita) che non sono oggetto della direttiva Madre-Figlia.

Dal punto di vista del nostro ordinamento, i dividendi si ripartono in:

- dividendi in uscita: corrisposti da un soggetto residente in Italia ad un soggetto non residente (l'Italia è S.F. dei redditi e l'altro Stato è S.R. del percettore).

L'art. 27, comma 3, del DPR 600/73 (*sistema della ritenuta*) impone l'applicazione di una ritenuta a titolo d'imposta del 27% sugli utili corrisposti dall'Italia (S.F.) a soggetti non residenti in relazione a partecipazioni non relative a S.O. in Italia. L'aliquota è ridotta al 12.5% in caso di utili distribuiti ad azionisti di risparmio.

Ai percettori di tali redditi è riconosciuto un rimborso pari ai 4/9 della ritenuta qualora dimostrino di averla assolta in via definitiva.

Il paragrafo 4, dell'art. 10, (*forza di attrazione della S.O. in Italia del non residente*) prevede la non applicazione delle ritenute per i dividendi in uscita dall'Italia corrisposti a soggetti non residenti, che siano beneficiari effettivi, che esercitano attività in Italia tramite S.O..

Il successivo paragrafo 5, non ammette la c.d. "*tassazione extra-territoriale dei dividendi*", ovvero la pratica per cui gli Stati tassano i dividendi attribuiti ai non residenti, da una società non residente, solo perché gli utili d'impresa, con cui si procede alla distribuzione, traggono origine nel loro territorio (ad esempio con S.O. ivi situate).

Per la tassazione dei dividendi erogati dalla società residente, al socio non residente, è

prevista per quest'ultimo la possibilità di chiedere il *rimborso del credito d'imposta* presentando domanda all'A.F. entro 48 mesi dal pagamento del dividendo. La *clausola anti abuso* prevede il diniego del rimborso quando l'acquisizione delle partecipazioni è effettuato al solo scopo di fruire del credito.

Quasi tutte le convenzioni stipulate dall'Italia si conformano alle disposizioni dei succitati paragrafi 4 e 5.

- dividendi in entrata: corrisposti da un soggetto non residente ad un soggetto residente in Italia (l'Italia è S.R. del percettore dei redditi mentre l'altro Stato è S.F. dei redditi).

L'art. 47, comma 1, del TUIR prevede che gli utili distribuiti dai soggetti IRES non residenti a soggetti IRPEF residenti, non esercenti attività d'impresa, concorrano alla formazione del reddito complessivo nella misura del 40% (esenti per il 60%). Per tali redditi, secondo quanto sancito dall'art. 27, commi 1 e 4, del DPR 600/73, va operata una ritenuta d'ingresso, al netto di quelle applicate dallo Stato estero, pari al 12.5% degli utili corrisposti a P.F. residenti in relazione al possesso di partecipazioni non relative all'impresa. Se la P.F. che percepisce tali redditi lo fa in virtù del possesso di partecipazioni qualificate ha diritto a fruire del credito per le imposte assolate all'estero. In caso di possesso di partecipazioni non qualificate tale beneficio decade.

Il comma 4 di tale articolo prevede l'intera tassazione dei dividendi distribuiti da soggetti localizzati in paesi R.F.P..

L'art. 59 del TUIR prevede l'imponibilità del 40% degli utili distribuiti da soggetti IRES non residenti a P.F. residenti esercenti imprese commerciali.

L'art. 89, comma 1, prevede che gli utili distribuiti, sotto qualsiasi forma, a soggetti IRES residenti concorrano alla formazione del reddito per il loro 5% (esenti per il 95%).

Il comma 3 di tale articolo prevede l'intera tassazione dei dividendi distribuiti da soggetti localizzati in paesi R.F.P..

L'ultima tipologia di dividendi da esaminare è quella Comunitaria, disciplinata dalla Direttiva 90/435/CEE, denominata *Direttiva Madre-Figlia*.

Tale Direttiva ha il grosso vantaggio di eliminare sia la doppia imposizione giuridica sia quella economica sui dividendi, disponendo, al ricorrere di specifiche condizioni oggettive²² e soggettive²³, che la tassazione dei dividendi distribuiti dalle società avvenga soltanto in capo al soggetto che li ha prodotti e non anche in capo ai percettori, all'atto della loro distribuzione.

Anche i dividendi comunitari si dividono in dividendi comunitari in entrata e dividendi comunitari in uscita.

5.2 Interessi

A livello comunitario gli interessi, definiti in modo autonomo rispetto a quello interno, sono considerati "redditi da crediti di ogni tipo" a cui si aggiungono i redditi derivanti da titoli del debito pubblico, da buoni obbligazionari ecc..

Dal punto di vista interno gli interessi si dividono in *interessi in uscita* ed *interessi in entrata*.

Ulteriori categorie di interessi sono gli *interessi comunitari*, disciplinati dalla Direttiva Interessi-Canoni e gli *interessi comunitari da risparmio*.

Gli ordinamenti adottano per gli interessi tre sistemi impositivi denominati: *criterio del percipiente, del pagante e dell'effettivo utilizzo del capitale*.

L'art. 11 del mod. OCSE adotta come criterio generale di tassazione quello del

²² condizioni soggettive: 1) pagante e percettore dei redditi sono entrambi localizzati in Paesi UE e 2) il titolare dei benefici deve essere una delle società indicate nella Direttiva;

perceutore e solo in alcuni casi quello del pagante, con limitazioni convenzionalmente stabilite dell'ammontare del prelievo.

Tale articolo, in sostanza, riconosce il diritto di tassare gli interessi sia allo S.R. che allo S.F. (stato in cui risiede chi li paga). Quest'ultimo però potrà farlo, se previsto dalla propria legislazione, in misura non superiore al 10% dell'ammontare lordo degli utili corrisposti se il beneficiario è quello effettivo.

Al comma 4 di tale articolo è previsto l'utilizzo del criterio dell'effettivo utilizzo del capitale quando il beneficiario degli interessi, residente in uno Stato contraente, opera nell'altro Stato contraente, dal quale provengono gli interessi, mediante S.O. ivi situata o svolge in detto Stato una libera professione da una base fissa ivi situata ed il credito cui si collega l'interesse pagato è effettivamente connesso con tale S.O. o base fissa. Ciò al fine di evitare il c.d. fenomeno dell'erosione della base imponibile.

Per quanto concerne la tassazione degli interessi in uscita, l'art. 26 del DPR 600/73 impone alle società ed Enti che emettono obbligazioni o titoli simili di operare una ritenuta del 12,5%, con obbligo di rivalsa, sugli interessi, premi e altri frutti corrisposti ai possessori, a meno che gli stessi non siano esenti dalle imposte sul reddito.

In materia di interessi, pur operando il concorso di potestà impositive, frutto del concorso delle norme formali interne e convenzionali, possono verificarsi circostanze in presenza delle quali si determina la potestà esclusiva dello S.R. del perceutore degli interessi. Nel nostro Paese, esempio classico di tali circostanze sia ha quando l'Italia pur essendo S.F. in base alle norme formali convenzionali (N.F.C.) non si qualifica come tale in base alle norme formali interne (N.F.I.).

La tassazione degli interessi in entrata è disciplinata dagli artt. 44, 45, 55 del TUIR.

Nel regime UE la tassazione degli interessi è disciplinata dalla Direttiva Interessi-

²³ condizioni oggettive: 1) partecipazione non inferiore al 25% del capitale sociale e 2) periodo ininterrotto di

Canoni che presenta la caratteristica di eliminare la sola doppia imposizione giuridica sugli interessi corrisposti a livello UE tra società consociate abolendo la ritenuta alla fonte ed attribuendo la potestà impositiva allo S.R. del percettore qualora questi sia l'effettivo beneficiario. (art. 1, paragrafo 1).

La doppia imposizione economica non viene eliminata in virtù di quanto disposto all'art. 1, comma 9 con il quale si lascia impregiudicata la facoltà per uno Stato membro di tenere conto, nell'applicazione della propria legislazione, degli interessi canoni percepiti dalle proprie società, dalle S.O. delle proprie società situate in detto Stato.

Per l'applicazione dell'esonero da ritenuta sugli interessi, previsto dalla Direttiva Interessi-Canoni, sono richieste, in capo alle società che effettuano i pagamenti, alcune condizioni oggettive ed altre soggettive²⁴.

5.3 Royalties

L'ordinamento interno non prevede una definizione specifica di royalties (canoni), per la quale si rinvia ad ogni singolo caso.

A livello comunitario una definizione di royalties è contenuta all'art. 12 del modello OCSE nel quale vengono definite come compensi di qualsiasi natura corrisposti per l'uso o la concessione in uso di un diritto d'autore ecc..

Questa tipologia di proventi, da un punto di vista economico-finanziario, possono essere definiti come una distribuzione di benefici economici tra il soggetto che utilizza il bene ed il soggetto che lo ha creato. Tali benefici, percepiti da un soggetto in Italia, possono avere natura di redditi d'impresa, di lavoro autonomo e di redditi diversi.

²⁴ possesso della partecipazione di due anni;
condizioni soggettive prevedono che le società devono: 1) essere fiscalmente residenti nello Stato, 2) devono essere assoggettate, senza esonero, all'imposta sul reddito delle società, 3) devono rivestire una delle forme previste dalla Direttiva (indicate nell'art. 26 *quater*, comma 1, lett. a) del DPR 600/73). Le condizioni oggettive, invece, sono riconducibili alla definizione di interessi, fornita dall'art. 26 *quater*,

Le royalties, come i dividendi e gli interessi, possono essere divise in royalties in entrata e royalties in uscita (regime interno) e royalties comunitarie (regime comunitario).

Il mod. OCSE, all'art. 12, paragrafo 1, adotta il principio della tassazione esclusiva delle royalties nello S.R. del beneficiario e della esenzione delle stesse nello Stato del pagante (S.F. delle royalties).

Il successivo paragrafo 3 prevede la non operatività del regime dell'esenzione nello S.F. se il beneficiario effettivo delle royalties, risiedente in uno Stato convenzionale, esercita nello S.F. un'attività commerciale o industriale per mezzo di una S.O. ivi situata ed i redditi o beni generatori di royalties sono effettivamente connessi ad essa. In tal caso per la tassazione è applicato l'art. 7 del modello relativo alla tassazione dei redditi d'impresa.

Le convenzioni stipulate dall'Italia, in ambito UE, prevedono un paragrafo aggiuntivo a quelli presenti nel modello OCSE, e cioè il paragrafo 2 che prevede la tassazione nello S.F. delle royalties, secondo la legislazione S.F., entro limiti convenzionalmente stabiliti, se la persona che percepisce i canoni ne è l'effettivo beneficiario.

Per quanto concerne le *royalties in uscita* la normativa interna dispone che sono tassabili in Italia secondo il criterio del pagante, introdotto dal DPR 897/80, se corrisposte da soggetti residenti, dallo Stato o da S.O. in Italia di soggetti esteri a soggetti esteri: l'art. 25 del DPR 600/73 dispone l'applicazione di una ritenuta d'imposta del 30% sull'imponibile lordo derivante da tali compensi.

Le *royalties in entrata*, come già accennato, a seconda dei casi, possono essere qualificate come:

- royalties da redditi di lavoro autonomo: se non conseguiti nell'esercizio di imprese commerciali, concorrono a formare la base imponibile al netto di una deduzione pari al 25% del loro ammontare;

comma 3, lett. b) del DPR 600/73 che li considera "redditi di qualsiasi natura garantiti, o non, da ipoteca ed

- royalties da redditi d'impresa: se conseguiti nell'esercizio di imprese commerciali;
- royalties come redditi diversi: se conseguiti da P.F./Enti commerciali residenti non nell'ambito dell'attività di impresa, arti o professioni. La deduzione del 25% opera solo se i diritti sono stati corrisposti a titolo oneroso.

Le *royalties comunitarie* sono disciplinate dalla Direttiva Interessi-Canoni con la quale il legislatore comunitario ha prevenuto la doppia imposizione abolendo la ritenuta alla fonte ed attribuendo la potestà impositiva allo S.R..

- CAPITOLO VI -

ELUSIONE ED EVASIONE INTERNAZIONALE: NOZIONE E STRUMENTI UNILATERALI PER CONTRASTARLA

6.1 Nozione di residenza e suo trasferimento

La residenza è il criterio di collegamento personale prescelto dal nostro Ordinamento giuridico per l'assoggettamento a tassazione di un soggetto per i redditi, dallo stesso, ovunque prodotti (art. 53 della Costituzione).

La nozione di *residenza fiscale* è stabilita dagli artt. 2 e 73 del TUIR, rispettivamente per le persone fisiche e giuridiche, mentre quella di nazionalità dall'art. 25 della L. 218/95.

i redditi da titoli, obbligazioni, compresi gli altri proventi derivanti dai suddetti titoli”;

L'art. 2, comma 2 dispone che le persone fisiche si considerano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato se per la maggior parte del periodo d'imposta hanno ivi localizzata la residenza anagrafica, civilistica o il loro domicilio²⁵.

L'art. 2, comma 2 *bis*, invece, reca una *presunzione legale relativa* secondo cui si considerano comunque residenti nel territorio dello Stato coloro che trasferiscono la loro residenza in un paese a fiscalità privilegiata individuato con decreto.

L'onere probatorio della residenza, salvo quanto disposto dal comma 2 *bis*, grava sull'A.F..

Per le persone giuridiche, l'art. 73, comma 3, dispone che si considerano residenti nel territorio dello Stato le società e gli Enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno, nel territorio dello Stato, la loro *sede legale*²⁶, dell'*amministrazione*²⁷ o l'*oggetto principale dell'attività*²⁸.

L'art. 166 del TUIR disciplina il trasferimento all'estero di società che comporta la perdita della residenza ai fini delle imposte sui redditi. Tale articolo statuisce che al verificarsi delle citate condizioni il trasferimento costituisce realizzo, al valore normale, dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale salvo che essi non siano confluiti in S.O. situata nel territorio dello Stato.

La determinazione della residenza in ambito convenzionale avviene in base al *metodo del rinvio* alla legge interna di ogni Stato. Qualora si verificano casi in cui, in virtù delle singole norme formali interne, un'impresa sia considerata residente in due Stati, bisognerà fare riferimento alla sede della direzione effettiva della società o dell'Ente.

²⁵ domicilio: luogo ove si stabilisce la sede principale dei propri affari e/o interessi economici, familiari, sociali;

²⁶ sede legale: bisogna fare riferimento al concetto di sede formale o sede effettiva;

²⁷ sede dell'amministrazione: è il luogo ove gli organi a cui istituzionalmente è demandato tale compito svolgono le attività direzione e controllo dell'attività economica sociale indipendentemente dalle attività gestionali;

²⁸ principalità dell'oggetto: bisogna fare riferimento a quanto indicato nell'atto costitutivo. In difetto di tali indicazioni bisogna fare riferimento all'attività effettivamente esercitata;

6.1.1 La c.d. “esterovestizione”

Il Decreto Bersani ha modificato l’articolo 73 del TUIR inserendo i commi 5 *bis* e 5 *ter*²⁹, i quali hanno introdotto una *presunzione legale relativa di localizzazione in Italia della sede dell’amministrazione* e, quindi della residenza, di società ed enti, invertendo a loro carico l’onere della prova³⁰.

Lo spirito della norma è quello di scoraggiare ed inibire il fenomeno delle c.d. “*esterovestizioni*”, consistenti nella localizzazione della residenza fiscale delle società in Stati esteri al prevalente scopo di sottrarsi agli obblighi fiscali previsti dall’ordinamento di appartenenza.

Tale disposto di legge, che sembra portare al definitivo superamento del dibattito tra società fittiziamente o realmente interposte, permette all’A.F. di presumere l’esistenza nel territorio dello Stato della sede dell’amministrazione di società ed enti che detengono direttamente partecipazioni di controllo in società di capitali ed enti commerciali residenti quando, alternativamente:

- ❑ sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell’articolo 2359 c.c., 1 comma, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;
- ❑ sono amministrati da un consiglio di amministrazione o altro organo di gestione equivalente, formato in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

²⁹ comma 5 *ter*: ai fini della verifica della sussistenza del controllo, si rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell’esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato. Per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all’articolo 5, comma 5 del TUIR;

³⁰ con l’inversione dell’onere della prova, adesso, tocca al contribuente dimostrare che la sede di direzione effettiva della società non è nel territorio italiano, bensì all’estero. In particolare in base alla Circolare 4 agosto 2006 nr. 28/E, il contribuente dovrà dimostrare l’esistenza di elementi di fatto e di situazioni od atti idonei a provare un concreto radicamento della direzione effettiva nello Stato estero. Si renderà necessario conservare le prove documentali relative all’attività esercitata presso la sede sociale. Molto importante diventerà anche tenere effettivamente all’estero le assemblee sociali;

Un problema rilevante, che nasce dall'applicazione della normativa sull'esteroinvestizione, riguarda l'applicazione delle norme strumentali alla determinazione del reddito, trattandosi di società che, laddove ritenute fiscalmente residenti, diverrebbero titolari di reddito d'impresa. Infatti, si ricorda che, in applicazione della citata normativa, il soggetto estero si considera, ad ogni effetto, residente in Italia e sarà quindi soggetto a tutti gli obblighi strumentali e sostanziali che l'ordinamento prevede per le società e gli enti residenti. Ci si chiede al riguardo se si debba e da quale data, istituire un sistema di scritture contabili analogo a quello previsto per le società italiane e anche se scatti la qualifica di sostituto d'imposta nei confronti di percipienti residenti in Italia. Il rischio, pertanto, è quello per le società estere, in caso di adesione alla norma, di avere comunque omesso adempimenti e formalità già applicabili sin dal 4 luglio 2006.

6.2 Nozione di elusione ed evasione fiscale

Prima di trattare delle norme preposte a contrastare il fenomeno dell'elusione fiscale, particolarmente diffuso a livello nazionale ed internazionale, come metodo per la riduzione del carico fiscale in capo alle imprese, appare doveroso fornirne una definizione.

L'*elusione fiscale* può essere definita come il comportamento del contribuente finalizzato ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario. In questo caso in diritto si è soliti definire questa situazione comportamentale *extra legem*.

A differenza dell'elusione, l'*evasione fiscale* può essere definita come quel comportamento del contribuente che si estrinseca nel sottrarsi, in tutto o in parte, all'obbligo di pagare le tasse (evasione totale o parziale) infrangendo una norma dell'ordinamento. In diritto si parla anche di comportamento *contra legem*.

Tra le norme antielusive, a portata generale, contenute nel nostro Ordinamento giuridico, quella che trova maggiore applicazione è l'art. 37 *bis* del DPR 600/73.

Tale articolo, applicabile anche al di fuori del territorio italiano, a condizione che le fattispecie producano effetti in Italia in termini di indebito risparmio d'imposta, in sostanza, disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante atti, fatti, negozi, ancorché collegati fra loro, privi di *valide ragioni economiche*, diretti ad aggirare norme e divieti previsti dall'Ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi altrimenti indebiti (ipotesi di cui al comma 3) anche nelle ipotesi elusive a carattere transnazionale.

La fattispecie elusiva disciplinata dall'articolo in parola si concretizza con la concomitanza di una serie di fattori come:

- il risparmio d'imposta;
- operazione diretta ad aggirare obblighi e divieti previsti dall'Ordinamento;
- assenza di valide ragioni economiche. A tal proposito corre l'obbligo di evidenziare che non è escluso che vi sia elusione anche in presenza di valide ragioni economiche che hanno come risultato quello di apportare un beneficio fiscale contrario ai principi del nostro Ordinamento tributario.

L'*elusione soggettiva* consente alla I.M. di ridurre il proprio carico fiscale complessivo utilizzando dei soggetti intermediari attraverso i quali vengono canalizzati flussi transnazionali di reddito.

L'*interposizione* a cui si fa riferimento può essere distinta in:

- interposizione reale: il negozio giuridico, articolato in due fasi, prevede che nella prima l'interposto (reale) acquista da un terzo un bene per poi, nella seconda, trasferirlo definitivamente all'interponente (reale);

- interposizione fittizia: l'interposto (fittizio) conclude, apparentemente, il negozio giuridico con un terzo ma il negozio, in realtà, interviene tra il terzo e l'interponente che resta occulto al terzo.

A tal proposito è fondamentale rilevare che fin quando non viene evidenziata la *simulazione soggettiva del negozio giuridico* posta in essere dall'interponente, questi non acquista né la titolarità del cespite, né la disponibilità giuridica del reddito che da tale cespite deriva. In sostanza individuare la figura dell'interponente è fondamentale per poter imputare, soggettivamente, allo stesso il reddito sottratto a tassazione e quindi procedere agli adempimenti di legge.

6.3 Abuso dei trattati e finalità antiabuso

Nel modello OCSE non esiste una definizione specifica di *abuso*. Esso può essere, genericamente, definito come l'esercizio, antisociale, da parte di un soggetto, dei suoi diritti soggettivi che recano nocimento ad altri.

L'*abuso delle Convenzioni contro le doppie imposizioni* può essere, sostanzialmente, definito come quel fenomeno in cui un soggetto, al fine di ottenere un risparmio d'imposta, richiede benefici in un regime convenzionale di cui non avrebbe diritto in virtù della sua situazione sostanziale.

Le norme antiabuso contenute nel Diritto Comunitario consentono alle Autorità nazionali di sospendere i benefici previsti in ogni situazione di indebito ottenimento degli stessi.

Classico esempio di norma antiabuso è l'art. 11 della Direttiva 90/434/CEE, in materia di riorganizzazione transfrontaliere, che prevede la disapplicazione, in tutto o in parte, della Direttiva, oppure la revoca dei previsti benefici, qualora nell'ambito di operazioni di fusione, scissione, conferimento attivo e scambio di azioni si verificano alcune condizioni tra cui

quella che l'operazione ha come intento finale quello della frode o dell'evasione fiscale.

In merito ai rapporti fra norme antielusive interne, comunitarie e convenzionali possiamo dire che: 1) gli abusi delle disposizioni di una Convenzione costituiscono anche abusi alla legislazione nazionale; 2) non vi è conflitto tra norme antielusive interne e quelle convenzionali; 3) le norme convenzionali non possono violare il Diritto Comunitario, se applicate tra Stati membri e non tra uno Stato UE ed uno terzo.

Tra le tipologie di abuso più diffuse possiamo annoverare:

- *Treaty shopping*: si verifica quando un interposto (Conduit Company), che risiede in uno Stato diverso rispetto al formale percettore interponente (S.F.), si inserisce nel rapporto tra interponente e terzo erogatore del reddito. Se vengono utilizzati più interposti si hanno le c.d. “Stepping stone strategies”.

A livello Comunitario il Treaty Shopping viene combattuto con cinque diversi approcci:

- approccio “Look-Trouth”: non si applicano i benefici convenzionali nei confronti di soggetti residenti in Stati Membri (d’ora in poi S.M.) se controllati da soggetti in Stati terzi non contraenti;
- approccio “Chanel”: non si applicano i benefici convenzionali ai redditi che una società residente in un paese A riceve da una società residenti in un paese B nell’ipotesi in cui tali redditi servano a pagare, per più del 50% de loro ammontare, componenti negativi di reddito di soci non residenti in A che abbiano il controllo della società residente in A sotto forma di influenza dominante o controllo del capitale;
- approccio “subject to tax”: i benefici del trattato spettano solo se i redditi erogati dalla società residente nello S.F. vengono tassati nello S.R. dalla società percipiente;
- approccio “exclusion”: non si applicano le convenzioni a coloro che fruiscono di

regimi fiscali agevolati;

- Triangular cases: riguarda le pretese tributarie di tre Stati in relazione ad una fattispecie reddituale che coinvolge solo due soggetti. In tali circostanze nell'operazione non figura un interposto ma una S.O., priva di personalità giuridica, autonoma rispetto alla casa madre;
- Rule shopping (abuso oggettivo): si pianifica una situazione fiscale che consente l'applicazione di una convenzione altrimenti non applicabile.

Esempi tipici di “rule shopping” riguardano il regime dei dividendi: 1) quando nel passaggio tra controllata e controllante vengono riqualificati come interessi per evitare le ritenute dello S.F. (c.d. *hybrid investment*) oppure quando 2) vengono effettuate alienazioni di partecipazioni quando i dividendi sono già certi e non ancora divisi. Ciò consente l'applicazione del capital gain che prevede la tassazione nel solo S.R. del soggetto che lo realizza (c.d. *dividend stripping*);

6.4 Legislazione sulle C.F.C. - Controlled Foreign Companies

Le disposizioni della normativa in esame si sostanziano nell'imputazione dei redditi dei soggetti partecipati, situati in paesi R.F.P., direttamente a soggetti partecipanti, prescindendo dall'effettiva distribuzione dei redditi.

Gli artt. 167 e 168 del TUIR, che disciplinano i redditi delle C.F.C., hanno una struttura determinata che prevede la:

- verifica che la partecipante residente e la partecipata non residente sono soggetti inclusi nel perimetro C.F.C.: relativamente al perimetro C.F.C. i soggetti partecipanti sono individuati sia in quelli produttivi di redditi d'impresa che nelle ditte individuali non

produttive di tali redditi;

- verifica della sussistenza del requisito del controllo, ex art. 167: detenuto direttamente o indirettamente, si deve far riferimento a quanto disciplinato dall'art. 2359 cc (controllo di diritto, di fatto tramite accordi contrattuali).

Tra le varie casistiche di controllo abbiamo:

- *controllo indiretto eseguiti attraverso sub-holding* l'imputazione dei redditi opera attraverso il *principio della demoltiplicazione* (se la società A ha l'80% del controllo di B e questa il 51% di C, ad A andrà imputato il 40,8% del reddito di C, in sostanza 80% del 51%;
- se una società controlla indirettamente una C.F.C. con altre società residenti in Italia il reddito della C.F.C. va imputato alle società residenti che la controllano ma non alla controllante madre;
- *controllo congiunto di una C.F.C.*, in tal caso il reddito va imputato ad ogni controllante in funzione della percentuale di partecipazione.

Il momento rilevante ai fini della verifica del controllo è quello della data di chiusura del bilancio del soggetto partecipato.

Al fine di contrastare i fenomeni elusivi la normativa italiana prevede il potenziale disconoscimento dei comportamenti posti in essere per il frazionamento simulato del controllo o perdita temporanea dello stesso in prossimità del periodo di chiusura dell'esercizio della controllata estera e del successivo riacquisto.

- verifica che il partecipato sia residente o localizzato in un paese R.F.P.;
- determinazione dei redditi delle C.F.C. in base alle norme italiane: viene effettuata, per le C.F.C. controllate, in base alle disposizioni dell'art. 167, comma 6³¹ e, per le C.F.C.

³¹ art. 167, comma 6: il calcolo dei redditi va fatto in base alle disposizioni del Titolo I, Capo VI: all'imposta dovuta sono ammesse in detrazione, ex art. 165, le imposte pagate all'estero a titolo definitivo. L'utile

collegate, in base alle disposizioni dell'art. 168, comma 2³²;

- imputazione pro-quota dei redditi delle C.F.C. al soggetto residente ai fini della tassazione separata: dopo il suo calcolo il reddito delle C.F.C. va imputato in capo alla partecipante residente:
- se il controllo è indiretto, di diritto o di fatto: i redditi della C.F.C. sono imputati in proporzione alla quota di partecipazione;
 - se il controllo è indiretto ed è esercitato da un soggetto residente attraverso altri residenti: il reddito della C.F.C. è imputato a tali soggetti residenti rispetto alle quote detenute;
 - se il controllo è indiretto ed è esercitato da un soggetto residente tramite non residenti: il reddito della C.F.C. è imputato al residente. Se poi tale soggetto è controllato da altri residenti il reddito C.F.C. resta imputato sempre al soggetto residente più basso della catena di controllo;
 - se il controllo è di fatto esterno: il reddito della C.F.C. è imputato a detto soggetto ma soltanto in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili;

L'imputazione del reddito avviene alla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione della C.F.C..

Il comma 7, dell'art. 167, dispone che i dividendi distribuiti dalla C.F.C. sono esenti, cioè non concorrono alla formazione del reddito imponibile dei residenti, fino all'ammontare del reddito assoggettato a tassazione per trasparenza anche negli esercizi precedenti.

L'art. 167, comma 6, dispone che i redditi della C.F.C., imputati per trasparenza, sono

³² civilistico calcolato in base alle norme del paese di localizzazione della C.F.C. deve essere rettificato, in aumento o in diminuzione, per la determinazione del reddito della C.F.C. in base alle norme del TUIR; art. 168, comma 2: il reddito è pari al maggiore tra l'utile prime delle imposte risultante dal bilancio della C.F.C. ed un reddito induttivamente calcolato sulla base dei coefficienti di rendimento riferiti alle categorie di beni che compongono l'attivo patrimoniale;

assoggettati a tassazione separata con aliquota media applicata al reddito complessivo del residente e non inferiore al 27%.

L'art. 167, comma 5, tratta delle c.d. *esimenti* al verificarsi, alternativo, delle quali non si applica la normativa C.F.C.: 1) la società o l'ente non residente svolge un'effettiva³³ attività industriale o commerciale come sua attività principale³⁴ nello stato o nel territorio nel quale ha la sede, ovvero 2) dalle partecipazioni non consegue la localizzazione di redditi in Stati o territori sottoposti ad R.F.P..

L'*interpello preventivo* è una procedura grazie alla quale il soggetto residente chiede all'Amministrazione finanziaria (d'ora in poi A.F.), entro la presentazione della dichiarazione, con apposita domanda corredata di specifiche informazioni, di essere esonerata dall'applicazione della normativa C.F.C. per la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 167, comma 5.

Per eliminare il problema della doppia imposizione sui redditi esteri della C.F.C. viene utilizzato l'*Istituto del credito*³⁵.

L'art. 165, comma 10, dispone che se l'utile realizzato dall'impresa partecipata è tassato all'estero per il suo intero ammontare, mentre al soggetto controllante è imputata solo una parte del reddito, le imposte pagate all'estero, a titolo definitivo, devono essere proporzionalmente ridotte.

Per le controllanti la determinazione delle imposte deve avvenire separatamente per ogni C.F.C. anche nel caso in cui in uno Stato siano localizzate più C.F.C. controllate dallo stesso soggetto (*Per Company Limitation*).

³³ l'effettività dell'attività industriale può essere dimostrata con il possesso di una idonea struttura volta allo svolgimento di tale attività;

³⁴ la principalità dell'attività va desunta in termini quantitativi;

³⁵ istituto del credito: l'art. 167, comma 6, ultimo periodo, prevede che sono ammesse in detrazione, ex art. 165, dalle imposte dovute dal residente per i redditi prodotti dalla C.F.C. controllata/collegata, le imposte

6.5 Sottocapitalizzazione – “Thin capitalization”

Nel TUIR le tre norme relative alla deducibilità degli interessi sono costituite dai seguenti articoli:

- art. 96, comma 1: diretto ad impedire la deduzione in presenza di interessi esenti;
- art. 97: diretto ad impedire la deduzione degli interessi passivi dovuti in relazione a finanziamenti contratti per acquisire partecipazioni suscettibili di generare plusvalenze esenti;
- art. 98: diretto ad impedire la deducibilità degli interessi passivi sui finanziamenti dei soci che eccedono un rapporto predefinito minimo tra debito e capitale, cioè quegli interessi che eccedono il c.d. *indebitamento fisiologico*.

L'utilizzo delle disposizioni di cui all'art. 98 del TUIR si è reso necessario per limitare il sempre crescente ricorso all'indebitamento rispetto al quello del capitale, giustificato dalla deducibilità fiscale dei costi del primo rispetto al secondo.

La regola dell'indeducibilità degli interessi passivi di cui all'art. 98 opera al ricorrere di condizioni soggettive³⁶ ed oggettive³⁷.

L'art. 98 ha una sua struttura predeterminata e prevede le seguenti fasi applicative:

- individuazione del perimetro Thin Cap: si individua il *soggetto finanziato* (debitore), il *socio qualificato* (detentore di partecipazioni qualificate) e le *parti correlate* (società o persone fisiche);

assolte dalla C.F.C. all'estero a titolo definitivo. Siccome tale rapporto nel caso delle C.F.C. è pari ad uno la detrazione è sempre ammessa nei limiti dell'imposta dovuta in Italia sui redditi assoggettati a tassazione;

³⁶ condizioni soggettive: i finanziamenti devono provenire dai soggetti compresi nel perimetro della Thin Cap;

³⁷ condizioni oggettive: l'indebitamento complessivo deve eccedere il capitale, ovvero il Patrimonio Netto Contabile (d'ora in poi P.N.C.) costituito dal Patrimonio Netto debitamente rettificato del socio finanziatore e delle parti correlate, per un rapporto di “quattro a uno”;

- quantificazione dell'indebitamento e del capitale: rispettivamente costituiti dai finanziamenti dei soci qualificati erogati/garantiti e della quota del P.N.C. di pertinenza del socio e delle parti correlate;
- individuazione del rapporto di indebitamento: calcolato l'indebitamento ed il capitale viene calcolata la consistenza media dei finanziamenti durante il periodo d'imposta e la quota di P.N.C. di pertinenza del socio e delle sue parti correlate e di conseguenza si individuano i finanziamenti eccedenti di cui al comma 4.
- verifica preliminare del rapporto di indebitamento riferibile a tutti i soci qualificati: se l'ammontare complessivo dei finanziamenti dei soci non eccede quattro volte il P.N.C. globale non si applica la regola base dell'art. 98, comma 1, e non opera l'indeducibilità degli interessi passivi dal reddito imponibile del soggetto finanziato nemmeno con riguardo a uno o più soci qualificati nei confronti dei quali il rapporto tra consistenza media dei finanziamenti, nel periodo d'imposta, e quota del P.N.C. di pertinenza del socio/parti correlate sia superiore al limite di "quattro a uno".

Nel caso in cui il rapporto di indebitamento eccede il limite stabilito opera l'indeducibilità degli interessi passivi dal reddito imponibile del soggetto finanziato.

L'ammontare degli interessi indeducibili dal reddito imponibile del soggetto finanziato è ottenuto applicando alla quota eccedente il limite di quattro a uno dei finanziamenti la "remunerazione dei finanziamenti eccedenti".

La remunerazione di finanziamenti eccedenti viene riqualificata come "utili distribuiti" (Deemed Dividend) e tassata ex art. 89 o art. 47 del TUIR.

6.6 Operazioni con Paesi R.F.P. ed indeducibilità dei costi

Per paesi R.F.P., in via generale, si intendono quelli in cui non si ha imposizione sui

redditi delle P.F. e P.G., ovvero si ha un'imposizione molto limitata o che hanno un sistema impositivo sostanzialmente normale con particolari esenzioni e vantaggi per alcune categoria di redditi di società.

In assenza di una specifica definizione, i Paesi R.F.P., vengono individuati con riferimento ad una serie di elementi come: 1) l'assenza o il basso livello di imposizione; 2) privilegi finanziari e commerciali non presenti in omologhi Paesi industrializzati; 3) sicurezza politica ed economica; 4) costi di costituzione di società, norme antielusive, 5) ecc..

La maggior parte dei paesi industrializzati, tra cui l'Italia³⁸, individuano i Paesi R.F.P. sulla scorta di definizioni, improntate su criteri generali, che vengono integrate da elenchi normativi di paesi considerati come tali.

Nel nostro ordinamento tributario i commi 10, 11 e 12, dell'art. 110 del TUIR disciplinano i rapporti tra le imprese residenti e quelle domiciliate fiscalmente in Paesi R.F.P., non appartenenti all'U.E..

Il comma 10, prevede che non sono ammesse in deduzione le spese e gli altri componenti negativi di reddito derivanti da operazioni intercorse tra imprese residenti³⁹ e società domiciliate fiscalmente in Stati o territori non appartenenti all'Unione europea aventi regimi fiscali privilegiati.

A norma di tale articolo sono qualificati come stati R.F.P. quelli che: 1) hanno un regime di tassazione inferiore⁴⁰ a quello praticato in Italia; 2) ovvero privi di un adeguato

³⁸ L'Italia adotta il modello delle liste tassative, ovvero le c.d. "Black list" introdotte dal D.M. 23/01/2002 che vanno ad integrare una definizione legislativa di Paese R.F.P.. Si considerano privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori individuati, con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ovvero della mancanza di un adeguato scambio di informazioni, ovvero di altri criteri equivalenti;

³⁹ sono considerate residenti le imprese titolari di reddito d'impresa indipendentemente dalla forma giuridica che rivestono. Le S.O. in Italia di soggetti non residenti non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 110, comma 10, in quanto non può essere considerata residente in Italia. Il riferimento dell'articolo alle imprese domiciliate fa sì che la S.O. possano rientrare nel computo di tale articolo;

⁴⁰ regime di tassazione inferiore a quello praticato in Italia: si intende quello che si discosta almeno per il 30% del livello medio di tassazione applicato in Italia anche con riferimento alle caratteristiche del tributo;

scambio di informazioni e 3) altri criteri equivalenti.

Il comma 11 (esimente), prevede che le disposizioni del comma 10 non si applicano qualora le imprese residenti in Italia forniscano la prova che: 1) le imprese estere svolgono prevalentemente⁴¹ un'attività commerciale effettiva, ovvero che 2) le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico⁴² e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione.

In merito, giova evidenziare che l'A.F., prima di procedere ad un'eventuale emissione di un avviso di accertamento di imposta o maggiore imposta nei confronti del contribuente residente, deve provvedere ad inviare allo stesso un avviso preventivo affinché questi abbia la possibilità di fornire le prove delle esimenti di cui al comma 11. Nel caso in cui entro 90 gg dalla notifica di tale avviso il contribuente non abbia provveduto a fornire le prove in argomento, ovvero qualora queste vengano considerate non idonee dall'A.F., quest'ultima procederà all'emissione di avviso di accertamento.

A seguito della modifica introdotta dall'art. 1 del D.L. 262/2006, in vigore dal 29/11/2006, dopo il comma 12 dell'articolo 110 del TUIR e' inserito il seguente: "*12-bis: le disposizioni dei commi 10 e 11 si applicano anche alle prestazioni di servizi rese dai professionisti domiciliati in Stati o territori non appartenenti all'Unione europea aventi regimi fiscali privilegiati*".

Ne consegue, quindi, che anche i costi relativi a tali prestazioni professionali, fruite da imprese residenti, saranno indeducibili, fatta salva la dimostrazione della prova di cui al comma 11 dell'articolo 110 del TUIR.

6.6.1 Regimi fiscali privilegiati nell'U.E.: il caso di Malta

Tra i Paesi qualificati come R.F.P. ve ne sono alcuni (Madeira, Antille Olandesi, Cipro e Malta) che sono localizzati nel territorio dell'Unione Europea per i quali ci si chiede se

⁴¹ la prevalenza va valutata sempre con riferimento all'attività effettivamente svolta in relazione alla struttura organizzativa e non a quella indicata nell'atto costitutivo;

⁴² l'effettivo interesse economico delle operazioni va valutato in funzione del comportamento dell'impresa residente e cioè se sia "economicamente normale" ovvero "imprenditorialmente vantaggiosa;

siano, o meno, applicabili le disposizioni che regolano i rapporti tra società residenti e società localizzate in paesi R.F.P..

Con particolare riferimento a Malta, va evidenziato che le precisazioni⁴³ dall’Agenzia delle Entrate, fornite con la Risoluzione 170/E del 12 dicembre 2005, a seguito di interpello formulato da una S.p.A.⁴⁴ italiana, sanciscono che tale Paese, anche dopo l’ingresso nella U.E., deve continuare ad essere considerato come paradiso fiscale, anche se non espressamente rientrante nei Paesi di cui all’art. 3 della “*black list*”. Pertanto, una società di diritto maltese⁴⁵, i cui proventi affluiscono da fonti estere, va comunque ricompresa nell’ambito applicativo della norma in argomento.

L’Agenzia ha altresì fornito chiarimenti in ordine all’inquadramento tributario delle somme rimborsate dall’Amministrazione finanziaria estera al socio, a seguito della distribuzione dei dividendi da parte della controllata non residente, escludendo che tali somme possano essere qualificate come distribuzione di utili e, come tali, avere l’esclusione parziale dalla formazione del reddito imponibile (articolo 89 TUIR).

Per l’Agenzia, infatti, queste somme costituiscono proventi derivanti da altri rapporti aventi per oggetto l’impiego del capitale, di cui alla lettera h), comma 1 dell’art. 44 del TUIR,

⁴³ precisazioni concernenti la portata applicativa dell’articolo 3, comma 1, n. 10 del D.M. 21 novembre 2001, che individua l’elenco dei Paesi e territori a regime fiscale privilegiato;

⁴⁴ la S.p.A. intendeva costituire una *International Trading Company* (ITC) a Malta, controllata al 100 per cento, il cui oggetto sociale era lo svolgimento delle attività di trasporto passeggeri e merci in ambito marittimo e internazionale. L’oggetto dell’interpello era la qualificazione reddituale delle somme rimborsate dall’Amministrazione finanziaria maltese a seguito della distribuzione dei dividendi da parte della ITC maltese;

⁴⁵ tralasciano quelle che sono le caratteristiche fiscali dei regimi delle ITC (*International Trading Companies*) e delle IHC (*International Holding Companies*) maltesi, possiamo dire che ai fini fiscali, le società non residenti a Malta sono generalmente tassate mediante l’applicazione di un’aliquota pari al 35% sui redditi prodotti nel Paese, ovvero, sui redditi esteri (esclusi i capital gain) ricevuti a Malta. In ogni caso gli interessi e le royalties percepiti da società non residenti sono esenti da imposizione se ottenuti al di fuori di una stabile organizzazione in Malta. Le società non residenti che percepiscono dividendi di origine maltese non sono assoggettati ad alcuna imposizione alla fonte o ad altro onere fiscale. In particolare, rispetto ai dividendi pagati da società maltesi a società non residenti, il percettore ha il diritto di godere di diverse tipologie di rimborso delle imposte scontate a Malta. Nel caso di dividendi di fonte estera incassati da una società maltese e versati ai propri soci non residenti quali dividendi, questi ultimi beneficeranno del rimborso dei 2/3 delle imposte maltesi pagate sugli utili ricevuti (gli eventuali crediti d’imposta goduti andranno considerati in diminuzione all’ammontare rimborsabile). L’ammontare dei 2/3 è aumentato al

e tassati secondo il criterio di cassa. Naturalmente, essendo, nel caso di specie, percepite da una S.p.A., le stesse saranno trattate alla stregua di componenti di reddito di impresa.

6.7 Prezzi di Trasferimento – “Transfer Pricing”

L’introduzione di tale disciplina si è resa necessaria per consentire alle AA.FF. di regolamentare i rapporti commerciali tra imprese appartenenti al medesimo gruppo, le quali, per problematiche connesse alla riduzione del carico fiscale, potevano porre in essere operazioni commerciali intragruppo che davano origine al citato fenomeno dell’erosione della base imponibile.

Nel caso di operazioni intragruppo, infatti, le Amministrazioni di ogni Stato effettuano un controllo sulle stesse per verificarne la congruità con il c.d. *valore normale del bene e/o del servizio*.

La nozione di valore normale si basa sul principio della libera concorrenza (*Dealing at arm’s length*) che fa riferimento, nella determinazione del reddito imponibile, al prezzo che sarebbe stato pattuito tra soggetti indipendenti.

In ambito nazionale e comunitario quando ci si riferisce al “valore normale” bisogna fare riferimento, rispettivamente, all’art. 110, comma 7, del TUIR e agli art. 7, paragrafo 2, e art. 9, paragrafi 1 e 2, del Mod. OCSE.

I metodi tradizionali dell’*arms length* prevedono la comparazione della c.d. “operazione in verifica” con una “operazione campione”, quest’ultima, individuata mediante la c.d. “analisi di comparabilità”⁴⁶.

In sostanza, l’applicazione di tale metodologia, consente alle AA.FF. di procedere alla

100% nel caso in cui la partecipazione nella società estera da parte della società maltese superi il 10% o il relativo valore di costo superi le 500.000 lire maltesi;

⁴⁶ analisi di comparabilità: è un processo logico mentale grazie al quale si determina se l’operazione in verifica e quella campione sono comparabili. In caso affermativo, qualora vengano, anche, riscontrate delle differenze, sono apportati degli aggiustamenti alle operazioni a confronto tali da renderle comparabili anche

rettifica del prezzo in verifica qualora l'operazione campione e quella in verifica siano simili ed abbiano differenze di prezzo. Ciò può avvenire, inoltre, in presenza di particolari condizioni sia di tipo soggettivo (operazioni poste in essere da imprese, di qualunque genere, anche S.O., appartenenti allo stesso gruppo, che esercitino un'attività d'impresa ex art. 2082 cc) sia di tipo oggettivo (operazioni soggette a prezzi di trasferimento).

Tutti i metodi di comparabilità utilizzati per individuare l'operazione campione, ad eccezione di quello del confronto del prezzo, dove vengono prese in considerazione le qualità intrinseche dei beni, sono fondati sul *confronto dei margini di profitto* che richiede la c.d. *analisi funzionale*⁴⁷ delle operazioni.

I metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento sono:

- metodo del confronto del prezzo: per determinare il valore normale è necessario confrontare il prezzo dell'operazione in verifica con quello desunto da un'operazione ad essa comparabile che sia intervenuta tra un soggetto appartenente al gruppo ed uno indipendente (c.d. *confronto interno*), ovvero tra soggetti indipendenti (c.d. *confronto esterno*).

L'utilizzo di tale metodo è auspicabile quando un'impresa vende lo stesso prodotto sia a società del gruppo che a società terze.

Se le differenze tra il prezzo dell'operazione in verifica ed il prezzo dell'operazione campione sono troppo evidenti può essere difficile effettuare correzioni tali da eliminare l'effetto sul prezzo.

Affinché i metodi utilizzati diano risultati attendibili, bisogna tenere in debita considerazione due fattori costituiti dal “mercato rilevante” e dalla “similarità delle operazioni”.

in presenza di differenze; a comparabilità raggiunta le due operazioni vengono confrontate per consentire, alle AA.FF., l'eventuale rideterminazione dei prezzi di trasferimento;

- metodo del prezzo di rivendita: viene utilizzato quando non si può ricorrere al metodo del confronto del prezzo perché, per esempio, non si riesce ad individuare un'operazione simile con la quale effettuare la comparazione.

In base a tale sistema, il valore normale del bene/prestazione equivale al prezzo al quale tali beni/servizi, acquistati da un soggetto del gruppo, vengono da questo rivenduti ad un soggetto indipendente, diminuiti di un margine di utile lordo⁴⁸. Se nell'ultima operazione il bene è rivenduto dall'ultimo soggetto del gruppo ad un soggetto terzo si può applicare il *metodo del prezzo di rivendita interno*. Nel caso in cui nell'ultima operazione il bene venga rivenduto ad un soggetto interno al gruppo per trovare il valore normale bisogna fare obbligatoriamente riferimento al *metodo del prezzo di rivendita esterno*, secondo il quale il valore normale del bene è quello che si sarebbe avuto tra rivendite avvenute tra soggetti indipendenti per beni simili all'operazione in verifica.

Per la corretta applicazione di questo metodo è richiesta, oltre che la similarità dell'operazione, anche l'analisi delle funzioni e del mercato di riferimento.

- metodo del costo maggiorato (cost plus): generalmente vi si ricorre quando i due precedenti metodi non possono trovare applicazione.

È particolarmente idoneo alla determinazione del valore normale quando un bene/servizio viene venduto ad un soggetto del gruppo il quale provvede a trasformarlo, incorporarlo aumentandone il valore.

Secondo tale metodo, il valore normale è determinato dal costo di produzione⁴⁹ del bene oggetto dell'operazione in verifica, aumentato di un margine di utile lordo.

⁴⁷ analisi funzionale: mira a sintetizzare il ruolo svolto da ciascuna impresa nella catena di valore del gruppo evidenziando le funzioni svolte, i rischi sostenuti e gli assets impiegati. In sostanza serve a quantificare in termini di costi le funzioni poste in essere dall'impresa;

⁴⁸ utile lordo: costituito dall'utile del rivenditore più i costi dallo stesso sostenuti per ogni funzione espletata;

⁴⁹ i costi di produzione vanno individuati con il metodo dei costi standard, dei costi marginali ovvero con il metodo dei costi complessivi di produzione;

- metodi alternativi⁵⁰: la loro utilizzazione è sussidiaria ai metodi precedentemente illustrati. Vengono utilizzati quando l'applicazione dei metodi tradizionali è complessa o impossibile.

Per quanto argomentato appare evidente che ogni singola metodologia illustrata trova un migliore utilizzo rispetto ad un'altra a seconda delle diverse tipologie di operazioni intragruppo oggetto di analisi. Ad esempio per le cessioni di beni è consigliabile l'utilizzo del metodo del confronto del prezzo e del prezzo di rivendita, mentre il metodo del costo maggiorato va usato solo in caso di catene di produzione. Nel caso, invece, di prestazioni di servizi è consigliabile l'utilizzo del metodo del confronto del prezzo o del costo maggiorato, mentre per le operazioni di finanziamento è consigliabile l'utilizzo del metodo del confronto del prezzo. Il metodo del costo maggiorato, in tale ultimo caso, non è applicabile mentre quello del prezzo di rivendita è consigliabile solo se il mutuatario è a sua volta mutuante in un rapporto con un'impresa indipendente. Il *saggio d'interesse normale* sarà quello che non si discosta da quello praticato in un'operazione simile tra due soggetti indipendenti. Come mercato di riferimento va preso quello del mutuante in quanto le condizioni di prestito non variano, generalmente, in funzione delle caratteristiche del mutuatario.

In materia di prezzi di trasferimento la doppia imposizione internazionale si verifica in dipendenza delle possibili rettifiche al valore normale effettuate dalle AA.FF. nazionali, in relazione ad operazioni intragruppo, qualora la rideterminazione attuata nello S.R. non vengano accettate dallo S.R. dell'altro soggetto coinvolto nell'operazione.

Per meglio comprendere la problematica prendiamo ad esempio una società residente in Italia "ITA" che cede ad una società intragruppo residente in Francia "FR" un bene ad un prezzo superiore al valore normale. L'Italia, dal canto suo, non avrà alcun interesse ad

⁵⁰ metodi alternativi: ripartizione dei profitti globali, redditività del capitale investito, metodo dei margini lordi

effettuare un accertamento in rettifica in quanto la società “ITA” ha prodotto un utile superiore a quello che avrebbe prodotto applicando un prezzo pari a quello del valore normale. Ciò determinerà un maggior utile da sottoporre a tassazione e quindi un maggior gettito fiscale per l’erario. La Francia, invece, interessata a rettificare in diminuzione il valore dell’operazione posta in essere, in quanto ciò determinerebbe una diminuzione di costi che si tramuterebbe in una maggiore base imponibile ed un maggior gettito fiscale, disporrà l’indeducibilità dei costi pari alla differenza tra il prezzo praticato ed il suo valore normale. Se alla ripresa di tassazione del costo indeducibile operato dall’A.F. francese non corrisponderà un *aggiustamento correttivo* del componente positivo in capo alla cedente “ITA” da parte dell’A.F. italiana si verificherà una doppia tassazione internazionale.

Le modalità per evitare il fenomeno della doppia imposizione internazionale sono costituite: 1) da clausole contenute nella normativa OCSE, 2) da una *procedura amichevole* e 3) da disposizioni della Convenzione CEE 436/90 ⁵¹.

6.8 Lo scambio di informazioni

Lo scambio di informazioni, previsto dall’art. 26 del Mod. OCSE, favorisce l’efficacia delle misure anti-elusive e delle verifiche fiscali.

Lo scambio di informazioni, che si suddivide in scambio su richiesta, scambio automatico e scambio spontaneo, presenta alcuni limiti legati a: 1) obbligo di svolgere un’attività istruttoria; 2) tutela della privacy, 3) tutela della riservatezza del contribuente e 4) rilevazioni dei segreti commerciali.

L’art. 26, paragrafo 2, del modello OCSE dispone, inoltre, che lo scambio di informazioni non può imporre, ad uno Stato contraente, l’obbligo di adottare provvedimenti

del settore ecc.;

⁵¹ la Convenzione prevede la risoluzione di eventuali controversie tra le AA.FF. con l’emissione di pareri vincolanti di una commissione istituita *ad hoc*;

amministrativi che derogano la propria legislazione o la propria prassi amministrativa, così come non può essere richiesto di fornire informazioni all'altro Stato che non potrebbero essere fornite in base alla propria legislazione o prassi amministrativa.

In tale contesto non è consentito lo *scambio triangolare* secondo il quale se, per esempio, lo stato A è in convenzione con quello B ed a sua volta quello B è in convenzione C, nell'ipotesi in cui A richieda informazioni a C, quest'ultimo non è tenuto a fornirle in quanto non è direttamente in convenzione con A.

Le *convenzioni multilaterali*, come quella del Consiglio d'Europa, hanno il pregio, rispetto a quelle bilaterali, di legare più Stati con una disciplina uniforme. Tale Convenzione, che nel suo ambito applicativo comprende sia lo scambio di informazioni sia la collaborazione nelle fasi della riscossione, si fonda su tre principi: 1) principio di equivalenza (lo Stato destinatario della richiesta non è tenuto a fornire assistenza allo Stato richiedente maggiore di quella ottenibile da questi nei procedimenti nazionali), 2) principio di reciprocità (si può richiedere assistenza solo se si è in grado di fornirla) e 3) principio di sussidiarietà (si possono formulare domande di assistenza solo dopo aver eseguito indagini preliminari a livello nazionale. La richiesta può comunque essere formulata, anche senza aver esaurito le indagini interne, se queste sono più onerose rispetto alle indagini che il paese destinatario deve compiere).

6.9 Ruling di Standard internazionale

È una procedura amministrativa, introdotta dall'art. 8 del D.L. 269/2003, convertito nella L. 326/2003, grazie alla quale le imprese residenti, che esercitano attività d'impresa a livello internazionale, possono, previa presentazione di una istanza, giungere ad un accordo di massima con l'Ufficio di Ruling Internazionale, competente per territorio (con sedi a Milano e Roma), per definire i metodi ed i criteri di calcolo del valore normale delle

transizioni oggetto di Ruling.

L'accordo acquista efficacia vincolante per le sole parti e non anche per l'autorità estera che non è obbligata a conformarsi all'accordo. Qualora venga accertata la mancata osservanza dell'accordo, che comunque può essere variato su richiesta di una delle parti, lo stesso si considera risolto.

- CAPITOLO VII -
PROFILI ELUSIVI DEL DIVIDEND WASCHING,
ANTE E POST RIFORMA DEL TUIR

7.1 Premessa

L'investimento in *strumenti finanziari*⁵², rappresentativi di capitale di rischio, è suscettibile di generare due fondamentali tipologie di proventi: 1) i dividendi, cioè la parte di utili di cui l'assemblea dei soci delibera la distribuzione e 2) le plusvalenze (*capital gain*), cioè il maggior valore acquisito dalle partecipazioni per effetto di favorevoli condizioni di mercato, dell'avviamento dell'azienda (c.d. *goodwill*), di manovre speculative e, non da ultimo, degli utili prodotti.

In alcuni casi, tuttavia, l'investimento nei predetti strumenti finanziari può: 1) non generare alcun dividendo, quando l'assemblea dei soci non delibera la distribuzione degli utili sia quando la società non produce utili, 2) ovvero generare minusvalenze (*capital losses*) derivanti da particolari condizioni legate a sfavorevoli condizioni di mercato, all'avviamento negativo dell'azienda, a manovre speculative, a oneri su derivati e all'incasso di dividendi che, a parità di condizioni, depauperano la società delle relative risorse finanziarie o beni in natura distribuiti.

⁵² strumenti finanziari: la loro nozione è stata introdotta per la prima volta nell'Ordinamento italiano dal c.d. "Decreto Eurosim" in sostituzione della definizione di "valore mobiliare". L'art. 1 del T.U.FIN., prevede un'elencazione tassativa di tipologie di prodotti finanziari che possono essere considerati strumenti finanziari: 1) [azioni](#) e gli altri titoli rappresentativi di capitale di rischio, 2) [obbligazioni](#), i [Titoli di Stato](#) e gli altri titoli di debito negoziabili sul mercato dei capitali, 3) gli strumenti previsti dal codice civile agli artt. 2346 e 2349; 4) le quote di [fondi comuni di investimento](#), 5) i titoli del mercato monetario, 6) qualsiasi altro titolo che permette di acquisire quelli indicati nei punti precedenti, 7) i contratti [futures](#), 8) i contratti [swap](#) (pronti contro termine), 9) i contratti a termine, 10) i contratti di [opzione](#) e 11) la combinazione di contratti e titoli indicati nei punti precedenti. Sono, genericamente, così denominati i titoli emessi da organismi sovranazionali (BEI BIRS CECA), dallo Stato, da Enti pubblici e privati o società e possono rappresentare una quota del capitale della società stessa o una quota di un prestito. La loro principale funzione economica è di servire da tramite tra le unità in avanzo di bilancio (le famiglie), ma che non sa investire direttamente, e chi pur sapendo come investire non è in avanzo di bilancio. Sostanzialmente si dividono in due categorie: i titoli azionari ed i titoli obbligazionari; i primi sono parte del capitale dell'azienda, cioè costituiscono l'azienda stessa, i secondi sono rappresentativi di un debito contratto dall'azienda. Presentano i seguenti vantaggi: 1) la facilità del trasferimento della titolarità, possono essere anche convertiti in liquidità vendendoli sul mercato, più o meno agevolmente, a seconda della diffusione del titolo stesso; 2) i titoli offrono un reddito fisso o variabile a seconda della categoria di appartenenza considerando come tale anche l'eventuale plusvalenza sul capitale investito. I [mezzi di pagamento](#) quali ad esempio gli [assegni bancari](#) o la [moneta](#) non costituiscono strumenti finanziari secondo la definizione codicistica;

In pratica, il ricorso alla tecnica del *Dividend Washing*, altrimenti denominata *Dividend Stripping*, non è altro che una modalità alternativa di incasso dei dividendi finalizzata ad ottenere predeterminati benefici fiscali.

Sul punto, si osserva che il fenomeno elusivo *de quo* può essere realizzato:

- con il “classico” arbitraggio delle plus/minusvalenze, sottostanti le operazioni di compravendita dei patrimoni azionari (*asset*);
- attraverso il ricorso ad “impalcature finanziarie” con l’utilizzo di *strumenti derivati*⁵³ come i “TRES - *Total return equity swap*”, oppure ad *operazioni di asset swap* su azioni originate da *contratti di option*⁵⁴ con sottostanti *contratti di swap*⁵⁵.

⁵³ gli strumenti derivati: sono strumenti finanziari costituiti dai contratti a termine, dai futures, dalle opzioni (call e put) e dalle swap. Vengono utilizzati per effettuare tre tipologie di operazioni finanziarie: 1) *operazioni di copertura*: le variazioni dei prezzi delle merci, delle valute, delle attività finanziarie e dei tassi d'interesse possono ridurre il rendimento atteso di un investimento, fino all'estrema conseguenza di generare una perdita. Per questo motivo alcuni operatori, che si trovano a dover fronteggiare il rischio legato al prezzo di un'attività, possono sentire il bisogno di prendere delle precauzioni per diminuire il grado di incertezza. I derivati possono essere degli utili strumenti per mettersi al riparo da tali rischi, 2) *attività speculativa*: gli speculatori scommettono su variazioni dei prezzi delle merci, delle valute, dei tassi d'interesse e di altre attività finanziarie allo scopo di ricavarne un profitto. La tecnica è quella di acquistare ad un prezzo per rivendere ad un prezzo più elevato. 3) *arbitraggi con i derivati*: acquisto e vendita della stessa attività su due diversi mercati, con l'obiettivo di conseguire un profitto garantito da discrepanze tra i due prezzi. I titoli derivati sono strumenti finanziari che si distinguono per il fatto, che il loro valore dipende da altre variabili, definite *attività sottostanti*. Le variabili sottostanti i titoli derivati possono avere diversa natura. Il valore di un derivato può dipendere da un altro titolo (un'azione, un'obbligazione ecc.) Esistono anche derivati, la cui variabile sottostante è un altro derivato. Il valore di uno strumento derivato può dipendere anche dal valore di una merce: ad esempio, esistono derivati sul grano, sul mais, sullo zucchero, sul petrolio, sull'oro bestiame ecc. I contratti derivati vengono negoziati sia in Borsa, che nei mercati cosiddetti *over the counter* (fuori Borsa).

I contratti derivati: si basano, da un lato, sullo scambio incrociato di flussi finanziari parametrati all'ammontare dei dividendi relativi ad un prestabilito quantitativo di azioni di una società e, dall'altro, ad un predeterminato tasso di interesse riferito al medesimo ammontare nozionale di azioni ed applicato in funzione della durata del contratto. Il predetto scambio di flussi può essere integrato dall'eventuale differenziale tra il valore di mercato delle azioni sottostanti, registrato alla data di chiusura del rapporto negoziale, e quello rilevato alla data iniziale. Le suddette operazioni si “presentano”, *prima facie*, come una forma di investimento finanziario, di carattere strutturato, dalle quali scaturiscono componenti reddituali di varia natura (dividendi azionari, proventi/oneri da strumenti derivati, plus/minusvalenze su titoli partecipativi), riconducibili oggettivamente tra le tipologie previste dall'ordinamento tributario ed aventi un proprio regime impositivo;

⁵⁴ options: sono strumenti derivati che si dividono in: 1) *opzioni call* che conferiscono al portatore il diritto di acquistare una determinata attività, ad un certo prezzo, entro una data prestabilita ed 2) *opzioni put* che conferiscono al portatore il diritto di vendere una determinata attività, ad un certo prezzo, entro una data prestabilita.

Le Posizioni su opzioni possono essere: 1) il venditore di un'opzione cede un diritto (posizione corta), 2) il compratore di un'opzione acquisisce un diritto (posizione lunga), 3) il venditore di un'opzione ha assunto una posizione corta e si è impegnato a vendere (nel caso di una call) o ad acquistare (nel caso di una put), una determinata attività per un certo prezzo, entro una prefissata data futura, nel caso in cui l'opzione venga

Il presente studio avrà ad oggetto un'operazione di *asset swap* su azioni realizzata attraverso il ricorso a contratti di *option* e *swap*.

A riguardo, infatti, potremmo ipotizzare che:

- un soggetto A ed un soggetto B stipulano un contratto di option, sottostante nr. 1.000 azioni della ALFA S.p.A., mediante il quale il primo vende al secondo una *put*, fissando il prezzo d'esercizio (*strike price*) a € 6,00;
- contestualmente, gli stessi soggetti, stipulano un ulteriore contratto di option, sottostante nr. 1.000 azioni della ALFA S.p.A, mediante il quale il primo vende al secondo una *call*, fissando il prezzo d'esercizio al medesimo valore di € 6,00;
- infine, A e B stipulano un contratto di "*share swap transaction*" mediante il quale il soggetto A si impegna a pagare una somma pari al dividendo incassato (che in vigore dell'IRPEG era aumentato di quota parte del credito d'imposta relativo) mentre il secondo si impegna a pagare una somma calcolata applicando al nozionale, pari al controvalore delle azioni stesse, un tasso d'interesse ritenuto congruo, appositamente calibrato, per la durata dell'operazione. Nella sostanza, si realizza un'operazione assimilata ad un pronti contro termine⁵⁶.

esercitata, 4) il compratore di un'opzione ha acquisito un diritto a vendere (nel caso di una *put*) o acquistare (nel caso di una *call*) una determinata attività per un certo prezzo, entro una prefissata data futura. Chi ha assunto una posizione lunga può scegliere di non esercitare l'opzione. Le opzioni europee possono essere esercitate solo a scadenza. Le opzioni americane possono essere esercitate in un qualsiasi istante della loro vita. Il fatto che si chiamino europee o americane non centra con la geografia;

⁵⁵ swap: sono strumenti derivati, appartenenti alla categoria degli strumenti finanziari, che si sostanziano nello scambio di beni di investimento differenti. Nel mercato dei titoli è lo scambio di obbligazioni con diversa durata, qualità e rendimento (*bond swap*); nel mercato dei cambi è lo scambio di flussi di pagamento periodici in divise diverse (*currency swap*); nel mercato di capitali fa riferimento allo scambio di flussi di pagamento periodici nella stessa divisa, determinati da tassi di interessi diversi (*interest rate swap*);

⁵⁶ i pronti contro termine: sono operazioni con le quali un venditore cede un certo numero di titoli (*pronti*) e si impegna, nello stesso momento, a riacquistarne uguale quantità a un prezzo e ad una data (*termine*) predeterminati. L'operazione consiste, quindi, in un prestito di denaro da parte dell'acquirente e un prestito di titoli da parte del venditore. La durata del contratto è collocata solitamente nel [breve termine](#) (in media 1-3 mesi, raramente fino a un anno) e, di norma, non è consentita l'estinzione anticipata. I titoli sottostanti sono, di solito, [obbligazioni](#) o titoli monetari. Tali "regole" non sono, come evidenziato, "stringenti" ma più

Al termine dell'operazione, le azioni dal soggetto acquirente a pronti vengono trasferite al soggetto acquirente a termine attraverso l'esercizio delle richiamate opzioni.

7.2 Profili fiscali

Prima di trattare nello specifico del c.d. *Dividend Washing*, con riferimento sia alla analisi dei profili di criticità del fenomeno, sia della disposizione antielusiva, generale, di cui all'art. 37 *bis* del D.P.R. 600/73, si ritiene opportuno richiamare, brevemente, avendolo fatto più esaurientemente nei capitoli che precedono, al regime fiscale delle componenti reddituali inerenti il criterio dell'*imputation system* (caratterizzante l'IRPEG) e quello dell'*exemption system* (caratterizzante l'IRES) per la tassazione dei dividendi:

□ Regime IRPEG in vigore fino all'esercizio in corso al 31. 12.2003

Il regime impositivo disciplinato dall'IRPEG prevedeva, nell'allora vigente all'art. 56 del TUIR, il concorso degli utili alla formazione del reddito ed il successivo riconoscimento di un credito d'imposta di ammontare pari all'imposta assolta dal soggetto erogante il dividendo⁵⁷. Infatti, l'art. 14 del TUIR riconosceva un credito di imposta pari ai 9/16 (56,25%) per gli utili distribuiti da società ed enti indicati alle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. nr. 87 del TUIR.

Il riconoscimento del credito d'imposta, finalizzato ad evitare che si concretizzasse un fenomeno di doppia imposizione economica, era accordato a condizione che, alternativamente: 1) il percipiente del dividendo fosse soggetto residente in Italia ed 2) il "beneficiario effettivo" fosse localizzato in un Paese che aveva una convenzione con

propriamente si tratta di modalità attualmente seguite dal sistema che, se modificate, non inficerebbero la natura dello strumento stesso;

l'Italia contro le doppie imposizioni che prevedeva, tra l'altro, il beneficio del credito d'imposta per gli utili distribuiti da un soggetto residente (ad esempio Regno Unito);

□ **Regime IRES, in vigore per gli esercizi iniziati dal 01.01.2004**

L'art. 89, comma 2, del novellato TUIR, prevede che, per gli esercizi dal 01/01/2004, gli utili distribuiti in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione dalle società ed enti di cui all'art. 73, comma 1, lettere a) e b) non concorrono a formare il reddito dell'esercizio in cui sono percepiti in quanto esclusi dalla formazione del reddito della società o dell'ente ricevente per il 95% del loro ammontare;

□ **Deduzione delle minusvalenze derivanti da cessione di partecipazioni prive dei requisiti di cui al regime c.d. PEX**

Il D. Lgs. 344/2003, modificando, tra l'altro, la disposizione di cui all'art. 87 del TUIR, ha introdotto il regime delle "plusvalenze esenti", cioè di quelle derivanti dalla cessione di partecipazioni connotate dal possesso di taluni requisiti, previsti dalla stessa disposizione di legge.

Parallelamente, il legislatore ha stabilito l'indeducibilità delle minusvalenze realizzate a seguito di cessione di partecipazioni connotate dal possesso di tal altri requisiti, in parte coincidenti con i primi. Per quanto concerne le minusvalenze originatesi a seguito di cessione di partecipazioni non rientranti nel richiamato regime "PEX", il trattamento fiscale è rimasto invariato.

Nel dettaglio, il comma 1 dell'art. 101 del TUIR prevede che le minusvalenze dei beni relativi all'impresa diversi da quelli indicati negli art. 85, comma 1, ed art. 87,

⁵⁷ la scelta di politica tributaria sottostante l'IRPEG era volta a baricentrare la tassazione a titolo definitivo dei redditi d'impresa in capo ai soci percettori dei dividendi (tassazione su base personale) e non in capo alla società che li produceva cioè la società partecipata (tassazione su base reale);

determinate con gli stessi criteri stabiliti per la determinazione delle plusvalenze, siano deducibili se sono realizzate ai sensi dell'art. 86, comma 1, lettere a), b) e c) e comma 2;

□ **Regime di esenzione dei redditi diversi prodotti in Italia da non residenti**

In base al disposto dell'art. 23 del TUIR, i redditi diversi prodotti da soggetti non residenti, compresi, quindi, quelli indicati nell'articolo 67 comma 1, lettere c) *quater* e c) *quinquies* del TUIR, sono assoggettati a tassazione se è possibile individuare un collegamento con il territorio dello Stato.

Con riferimento ai redditi diversi di natura finanziaria rivenienti da contratti su derivati, il collegamento territoriale e quindi l'imponibilità dell'operazione, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, lettera f), del TUIR si desume dal luogo di residenza fiscale del soggetto nei confronti del quale è esercitabile il diritto contrattuale⁵⁸. Nel caso in cui il contratto non sia negoziato in mercati regolamentati, tale luogo coincide con il domicilio fiscale del soggetto che corrisponde il reddito⁵⁹.

Il legislatore, infatti, al punto 3) della lettera f) del comma 1 dell'art. 23, ha espressamente esentato da tassazione in Italia i redditi che promanano dalla esecuzione di contratti derivati conclusi dal soggetto estero in Italia su mercati regolamentati, a prescindere dal fatto che quest'ultimo risieda in un paradiso fiscale o in un Paese che preveda uno scambio di informazioni con l'Italia.

I derivati che producono redditi diversi, inoltre, beneficiano anche dell'esenzione di cui all'[art. 5](#), comma 5, del D. Lgs. 461/1997.

Tale regime, tuttavia, a differenza della non imponibilità prevista dal citato art. 23 del TUIR, non si applica a tutti i soggetti non residenti. Infatti, i redditi che promanano dai

⁵⁸ ove l'esecuzione del contratto avvenga con l'intervento di una Cassa di Compensazione e Garanzia il luogo di esecuzione della prestazione contrattuale coincide con quello in cui risulta situata la stessa;

contratti derivati contemplati dalle lettere c) *quater* e c) *quinqües* dell'art. 67 del nuovo TUIR, pur non conclusi in mercati non regolamentati, non subiscono tassazione nel nostro Paese se sono percepiti da:

- soggetti residenti in Paesi che consentono un adeguato scambio di informazioni⁶⁰;
- enti ed organismi internazionali costituiti in base ad accordi internazionali resi esecutivi in Italia;
- investitori istituzionali esteri costituiti in Paesi che consentono un adeguato scambio d'informazioni;
- banche centrali ed organismi che gestiscono anche le riserve ufficiali dello Stato.

Anche per poter usufruire della non imponibilità prevista dall'art. 5, comma 5, del D. Lgs. n. 461/1997, i soggetti non residenti devono presentare un'autocertificazione che può essere redatta secondo lo schema indicato nel decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 12 dicembre 2001 ovvero contenere gli elementi in esso indicati⁶¹.

⁵⁹ Cfr. Circolare 207/E, del 26.10.1999 la quale precisa che l'esclusione si riferisce alle operazioni concluse in mercati regolamentati italiani, dato che quelle concluse in mercati regolamentati esteri, essendo eseguiti presso Casse di compensazione e Garanzia estere, non assumono rilevanza ai fini impositivi.

⁶⁰ la Circolare 23/E del 2002 ha specificato che il regime di esonero potrà essere applicato anche a residenti in Paesi che, in assenza di una Convenzione, assicurino comunque un sistema di scambi di informazioni, anche attraverso la stipula di accordi nel campo dell'assistenza amministrativa fra Autorità fiscali, in modo da rispondere adeguatamente alle esigenze connesse all'applicazione delle disposizioni in esame.

Tuttavia, allo stato attuale, si considerano Paesi che consentono un adeguato scambio di informazioni soltanto gli Stati indicati nel decreto ministeriale 4 settembre 1996 (cosiddetta "white list"), come risultante da successive modifiche ed integrazioni apportate dai decreti ministeriali del 25 marzo 1998, del 16 dicembre 1998, del 17 giugno 1999, del 20 dicembre 1999, del 5 ottobre 2000 e del 14 dicembre 2000.

Un ulteriore requisito richiesto dalla norma è costituito dalla non inclusione nella "black list", emanata con apposito decreto ministeriale ai sensi dell'articolo 76, comma 7-bis, del TUIR.

Al riguardo, si fa presente che con Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 23 gennaio 2002 è stata emanata, ai sensi dell'articolo 76, comma 7 bis, del TUIR, una nuova black list che individua gli Stati e i territori aventi un regime fiscale privilegiato. Considerato che la nuova black list è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 4 febbraio 2002 e che, pertanto, essa esplica effetti a decorrere dalla data del 19 febbraio 2002, ossia dal quindicesimo giorno successivo alla sua pubblicazione, fino alla data del 18 febbraio 2002 si deve fare riferimento all'elenco contenuto nel precedente D.M. 24 aprile 1992, come previsto dall'art. 10, comma 5, della legge. Si ricorda che il D.M. 23 gennaio 2002 - così come il D.M. 24 aprile 1992 - oltre ad una serie di Stati, indica alcune particolari tipologie di società che godono di un regime fiscale privilegiato che, nonostante siano residenti in Paesi inclusi nella white list, non possono usufruire del regime di esonero;

⁶¹ Cfr. Circolare ABI del 11 ottobre 1999. La citata Circolare 207/E del 1999, inoltre, ribadisce che: 1) gli intermediari devono attenersi alle dichiarazioni del contribuente, non avendo nessuna responsabilità in

□ **Ritenuta sugli utili distribuiti a soggetti non residenti**

Gli utili distribuiti da società ed enti indicati nelle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 73 del TUIR, a soggetti non residenti, è disciplinato dall'art. 27, comma 3, del DPR 600/1973 che prevede l'applicazione di una ritenuta con aliquota al 27% sugli utili corrisposti in relazione alle partecipazioni.

Nel caso in cui il soggetto percipiente sia residente in uno Stato con cui l'Italia ha stipulato una convenzione contro le doppie imposizione secondo il modello OCSE, si applica la minor percentuale di ritenuta ivi prevista.

7.3 Analisi di casistiche di dividend washing nel regime IRPEG e IRES

A questo punto del lavoro, si ritiene opportuno svolgere brevi considerazioni, avvalendoci anche di esemplificazioni, in merito ad alcune pratiche di *arbitraggio fiscale di Dividend Washing* poste in essere, sotto la vigenza di entrambi i predetti sistemi impositivi, “avvalendosi” del regime impositivo dei dividendi.

Per quanto concerne il *regime IRPEG*, i soggetti beneficiari non residenti in Italia, diversi da quelli localizzati in Paesi quali Francia e Inghilterra, per i quali, quindi, non era previsto il riconoscimento del credito di imposta, potevano porre in essere condotte di *Dividend Washing*, mediante:

- il ricorso a società, prevalentemente banche inglesi, cui le azioni, utili compresi, venivano cedute, salvo poi riacquistarle dopo lo stacco della cedola. Ciò in quanto, alla

ordine all'accertamento della residenza dei soggetti con i quali intrattengono rapporti, 2) qualora i rapporti con l'intermediario italiano siano intrattenuti da intermediari non residenti per conto di propri clienti anch'essi non residenti, tale dichiarazione deve essere resa, in luogo dei clienti, dagli intermediari, i quali dovranno dichiarare che tutti i soggetti per conto dei quali sono intrattenuti i predetti rapporti non sono fiscalmente residenti nel territorio dello Stato italiano;

luce delle convenzioni vigenti con i citati Paesi⁶², il dividendo incassato: 1) avrebbe dato luogo al riconoscimento del credito d'imposta nella misura piena dei 9/16, cioè del 56,25% ed 2) avrebbe subito una ritenuta alla fonte sull'ammontare lordo, con aliquota inferiore a quella ordinaria del 27%;

- la vendita di azioni, utili compresi, a un soggetto residente e successiva retrocessione, ad esempio con operazioni di *asset swap su azioni*, *total return equity swap*, ovvero strumenti finanziari simili ai c.d. pronti contro termine.

Dette operazioni erano generalmente strutturate in maniera tale che il soggetto residente (cedente a termine), dopo aver incassato il dividendo, retrocedesse al soggetto estero (cedente a pronti) la cedola ottenuta maggiorata del credito d'imposta. Ovviamente, al fine di rendere l'operazione profittevole per entrambe le controparti, la retrocessione del credito d'imposta non veniva effettuata in misura piena (100%), ma veniva determinata in base alla "forza contrattuale" dei contraenti, anche tenuto conto del meccanismo di funzionamento del regime impositivo.

Sul punto, per meglio comprendere quanto appena esposto, si considerino i seguenti casi:

❖ CASO "A"

Un soggetto non residente, in prossimità della distribuzione di dividendi da parte di una società italiana, cede le azioni detenute di tale società ad un soggetto inglese. Quest'ultimo incassa il dividendo ed ottiene il relativo credito d'imposta. Successivamente, "gira" al soggetto "non residente" il dividendo ed il credito d'imposta quasi per intero. Al termine dell'operazione, il soggetto inglese retrocede le azioni al soggetto non residente.

⁶² le Convenzioni Italia/Francia e Italia/Regno Unito, per evitare le doppie imposizioni, sono state ratificate,

A tal riguardo, prendiamo in considerazione il seguente esempio numerico:

1	2	3	4	5	6	7
Dividendo Lordo:	Ritenuta convenz.le sul divid.:	Dividendo netto:	Credito d'imposta lordo:	Ritenuta convenz.le sul credito d'imposta:	Credito d'imposta netto:	Totale
(a) = 100	(b) = 15% di (a)	(c) = (a) - (b)	(d) = (9/16) di (a)	(e) = 15% di (d)	(f) = (d) - (e)	(h) = (c) + (f)
(a) = 100	(b) 15	(c) = 85	(d) = 56,25	(e) = 8,44	(f) = 47,81	(h) = 132,81

Come si evince dalla tabella, a fronte di un dividendo lordo pari a 100, il percipiente ottiene, un vantaggio pari a **132,81** (dividendo netto incassato + credito d'imposta netto) maggiore dello stesso dividendo lordo.

Il vantaggio di porre in essere tale operazione appare, quindi, indubbio atteso che la stessa cedola, qualora fosse stata incassata direttamente dal soggetto “non residente”, avrebbe dato luogo, “solamente”, alla percezione del dividendo al netto della ritenuta a titolo d'imposta con aliquota convenzionale (rimborsata per i 4/9 al ricorrere di determinati requisiti).

Posto ciò, è possibile concludere la descrizione del contegno elusivo assunto ipotizzando un meccanismo in base al quale il soggetto inglese “retrocede” a quello tedesco un importo pari al dividendo incassato più la quota parte del credito d'imposta ottenuto, trattenendo una parte di quest'ultimo.

Un'operazione strutturata in tal modo, consente ad entrambe le controparti di ottenere un proprio beneficio, a danno del solo erario, per la mancata percezione delle imposte effettivamente dovute.

❖ **CASO “B”**

Un soggetto non residente, in prossimità della distribuzione di dividendi da parte di una società italiana, cede le azioni ad un soggetto residente.

Quest'ultimo incassa il dividendo ed il relativo credito d'imposta, retrocedendo, poi, al soggetto non residente il predetto dividendo più una parte del credito di imposta⁶³, che assumiamo pari al 95%.

Riprendendo l'esempio di cui sopra si avrà:

- ammontare del dividendo lordo: (a) = 100;
- credito di imposta lordo sul dividendo: (d) = 56,25;
- credito d'imposta netto = 95% del credito di imposta lordo: (f) = 53,44;
- importo retrocesso: (h) = 153,44.

Anche in questo caso, l'incasso per il tramite di un soggetto residente del dividendo di spettanza di un soggetto non residente dà luogo all'ottenimento, mediante la retrocessione a quest'ultimo di quota parte del credito d'imposta altrimenti non spettante, di un beneficio fiscale maggiore, con danno per l'erario.

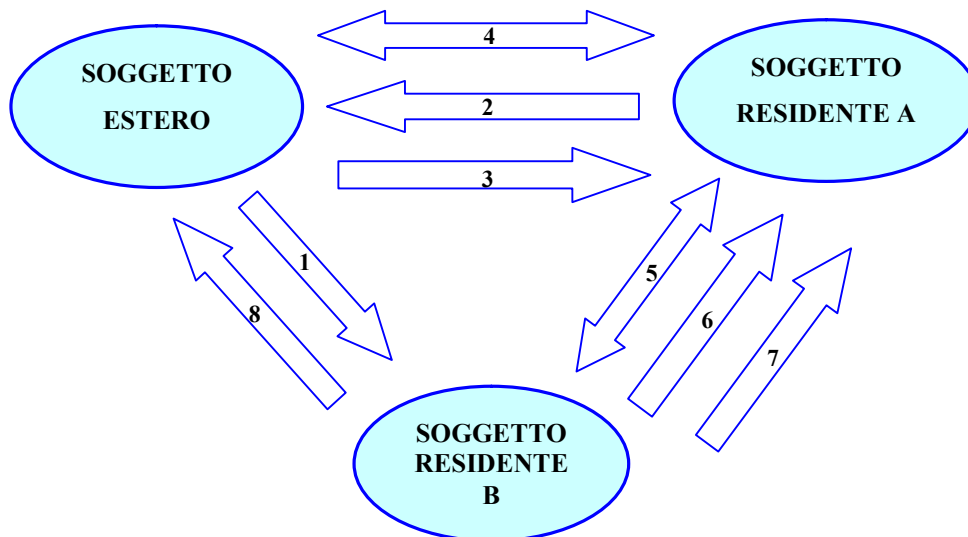
❖ **CASO “C”**

Con specifico riferimento all'arbitraggio fiscale descritto nel “CASO B”, si evidenzia che lo stesso può essere realizzato anche con l'intervento di un ulteriore soggetto nazionale (soggetto residente B) cui il soggetto residente A fa acquistare le azioni cedute dal soggetto estero (o, in alternativa, quota parte dell'intero pacchetto ceduto dal soggetto estero, in aggiunta a quella acquistata direttamente dal soggetto residente A⁶⁴).

⁶³ anche nel caso in esempio, al fine di rendere la condotta più confacente alla realtà dei fatti, dove le controparti soventemente procedono alla suddivisione dei benefici ottenuti mediante il *Dividend Washing*, è stata ipotizzata una retrocessione del credito d'imposta in misura inferiore a quella piena;

⁶⁴ tale acquisto “congiunto” può essere ipotizzato per vari motivi, tra cui l'impegno finanziario necessario per porre in essere l'operazione, la necessità di rispettare i limiti prudenziali imposti dalla Banca d'Italia, per trasferire il rischio (elusivo) sottostante l'operazione ovvero la volontà di evitare l'obbligo di effettuare le comunicazioni in merito alle partecipazioni detenute di cui al D. Lgs. 58/98;

In particolare, il soggetto residente B potrebbe intervenire nell'operazione strutturata con strumenti derivati (asset swap su azioni) secondo il seguente schema:



- (1) il “soggetto residente B”, in prossimità dello stacco del dividendo, acquista sul mercato azionario telematico, attraverso la mediazione del “soggetto residente A”, nr. 1000 azioni ALFA S.p.A. cedute dal soggetto estero, al prezzo di € 6,00 (Tale trasferimento potrebbe avvenire anche attraverso un doppio passaggio, ovvero: il “soggetto A” acquista le azioni dal “soggetto estero” e contestualmente le (ri)trasferisce al “soggetto residente B”). Il “soggetto estero” ed il “soggetto residente A” stipulano un contratto di option sottostante nr. 1000 azioni ALFA S.p.A., mediante il quale il primo vende al secondo una *put*, fissando lo *strike price* al valore di € 6,00;
- (2) il “soggetto residente A” ed il “soggetto estero” stipulano un contratto di option, sottostante nr. 1000 azioni ALFA S.p.A., mediante il quale il primo vende al secondo una *call*, fissando lo *strike price* al valore di € 6,00;
- (3) il “soggetto residente A” ed il “soggetto estero” stipulano un contratto di “*share swap transaction*” mediante il quale il primo si impegna a pagare un importo pari al dividendo di nr. 1000 azioni ALFA S.p.A., aumentato di quota parte del credito d'imposta relativo, mentre il secondo si impegna a pagare una somma calcolata

- applicando al nozionale pari al controvalore delle azioni stesse un tasso d'interesse ritenuto congruo, per la durata dell'operazione;
- (4) il “soggetto residente B” ed il “soggetto residente A” stipulano un contratto di “*share swap transaction*” mediante il quale il primo si impegna a pagare una somma pari al dividendo incassato aumentato di quota parte del credito d'imposta relativo, mentre il secondo si impegna a pagare una somma calcolata applicando al nozionale pari al controvalore delle azioni stesse un tasso d'interesse ritenuto congruo, per la durata dell'operazione;
- (5) il “soggetto residente A” ed il “soggetto residente B” stipulano un contratto di *option*, sottostante nr. 1000 azioni ALFA S.p.A., mediante il quale il primo vende al secondo una *put*, fissando lo *strike price* al valore di € 6,00;
- (6) il “soggetto residente B” ed il “soggetto residente A” stipulano un contratto di *option*, sottostante nr. 1000 azioni ALFA S.p.A., mediante il quale il primo vende al secondo una *call*, fissando lo *strike price* al valore di € 6,00;
- (7) le azioni dal “soggetto residente B” vengono trasferite al “soggetto estero” attraverso l'esercizio congiunto dell'opzione *call* da parte del “soggetto estero” e del “soggetto residente A”. In particolare, il “soggetto residente B”, dopo aver staccato il dividendo cede le azioni al “soggetto residente A” per effetto dell'esercizio, da parte di quest'ultimo, dell'opzione *call*. Successivamente, il “soggetto residente A” trasferisce le azioni al “soggetto estero” a seguito dell'esercizio, da parte di quest'ultimo, della propria opzione *call*.

In merito alla suddetta schematizzazione, si ritiene opportuno precisare che, nella realtà dei fatti, l'intervento dell'ulteriore “soggetto residente B”, ordinariamente, avviene a seguito dell'iniziativa assunta dal soggetto residente A, con funzione di mediatore con il soggetto

estero.

In altri termini, ragionando *a contrario* ed ipotizzando la cessione diretta dei titoli di proprietà del soggetto residente A al soggetto residente B, si verrebbe a determinare un trasferimento dal primo al secondo dei sottostanti benefici fiscali, ossia il diritto al credito di imposta sul dividendo e l'irrelevanza dello stesso ai fini IRAP "sostituiti" dalla tassazione del provento incassato (dividendo + credito di imposta) e dal concorso dello stesso alla formazione dell'imponibile IRAP.

Tale circostanza induce a ritenere l'ipotesi inverosimile in quanto non apprezzabile sotto i profili economico, fiscale e sul piano finanziario.

Con l'entrata in vigore del *regime IRES*, il fenomeno del *Dividend Washing* ha assunto caratteristiche differenti, atteso il transito dal metodo del credito d'imposta a quello dell'esenzione.

Al riguardo si evidenzia, sinteticamente, che, pur alla luce delle modifiche in tema di tassazione dei dividendi, sono tuttora attuali le criticità derivanti dalle condotte finalizzate alla cessione delle partecipazioni, utili compresi, ed al successivo riacquisto delle stesse.

Infatti, con l'introduzione dell'esenzione dei dividendi ad opera del D. Lgs. 344/2003 sono stati realizzati arbitraggi⁶⁵ sia sul regime delle plus/minusvalenze⁶⁶, tra il soggetto che

⁶⁵ tali arbitraggi erano presenti anche nel precedente sistema. Infatti, al vantaggio obiettivamente conseguito dall'acquirente, consistente nel realizzo di una minusvalenza deducibile in corrispondenza dei dividendi percepiti con credito d'imposta, si poteva contrapporre la generale irrilevanza fiscale delle plusvalenze realizzate dal dante causa. Tali arbitraggi erano censurabili con l'art. 14, comma 6 *bis*, della versione del TUIR previgente al D. Lgs. n. 344/ 2003, che negava, seppur entro certi limiti, la spettanza del credito d'imposta ai soggetti che avevano acquistato titoli dai fondi comuni di investimento o dalle società di investimento a capitale variabile (SICAV): le operazioni di arbitraggio che quest'ultima norma mirava a contrastare, oltre a far leva sul diverso regime dei dividendi proprio del fondo comune d'investimento e del soggetto acquirente i titoli (cfr.: *infra*), sfruttavano, peraltro, anche l'imposizione agevolata sulle plusvalenze realizzate di cui fruivano i fondi comuni d'investimento (art. 9, comma 2, della legge 23 marzo 1983, n. 77);

⁶⁶ sul punto, inoltre, è stato osservato che "regimi di "detassazione" delle plusvalenze conseguite in occasione delle cessioni delle partecipazioni, analoghi a quello introdotto nel nostro Stato, sono, in effetti, operanti anche in altri ordinamenti. È, quindi, lecito ipotizzare che le disposizioni in esame, le quali non pongono alcun riferimento esplicito alla situazione impositiva del dante causa, siano volte a contrastare, probabilmente, anche le situazioni di arbitraggio che possono nascere nell'ipotesi in cui le partecipazioni

acquista la partecipazione, stacca il dividendo e provvede alla sua rivendita ed il suo dante causa, sia sul (diverso) regime dei dividendi⁶⁷.

In quest'ultimo caso, va rilevato che gli arbitraggi sul regime dei dividendi presentano maggiori profili di criticità allorquando un soggetto non residente ha assunto la veste non solo di controparte del contratto derivato ma anche di cedente le sottostanti azioni⁶⁸ in quanto tale circostanza potrebbe essere sintomatica della volontà di sostituire la percezione del dividendo con un reddito "diverso" di natura finanziaria assoggettabile, come visto, ad un trattamento fiscale più favorevole.

Al riguardo, per comprendere quanto esposto, si faccia riferimento all'esempio di seguito riportato:

❖ ESEMPIO

Un soggetto non residente, in prossimità della distribuzione dei dividendi da parte di una società italiana, cede le azioni ad un soggetto residente che, incassata la cedola, retrocede i titoli al soggetto non residente. Così facendo, il soggetto italiano, intervenuto, artatamente, nell'operazione di incasso, modifica il presupposto impositivo legato alla "tassazione" in uscita del dividendo.

Al fine di rendere l'esempio più appropriato alla realtà dei fatti, si può ipotizzare il ricorso a condotte che consentano di "retrocedere" al soggetto estero l'importo incassato a titolo di dividendo sottoforma, ad esempio, di provento derivante da strumento

cum cedola siano state trasferite da un dante causa non residente che abbia fruito, nel proprio Stato, della "detassazione" delle relative plusvalenze";

⁶⁷ al riguardo, la Circolare ASSONIME n. 13 del 21 aprile 2006, nella nota n. 66 ha esemplificato questo fenomeno affermando che: "Si pensi, ad esempio, ai soggetti non residenti che, al fine di evitare l'imposizione al momento della distribuzione del dividendo (sub specie di ritenuta al confine) cedano i relativi titoli cum cedola a società residenti che, sui dividendi incassati, non subiscono alcuna ritenuta e godono del più favorevole regime di esclusione dalla formazione della base imponibile per il 95 per cento del loro ammontare: in tali casi si assiste alla trasformazione del dividendo maturato in una plusvalenza sul titolo ceduto, che realizza proprio l'arbitraggio sopra descritto";

⁶⁸ situazione rilevata attraverso il riscontro delle fiche nelle operazioni perfezionate al mercato dei blocchi dalla verificata;

finanziario derivato, usufruendo, al ricorrere dei presupposti, del non assoggettamento ad imposta ex art. 23, comma 1, lett. f), punto 3).

Ai fini che qui interessano, occorre, inoltre, considerare la circostanza che il soggetto non residente potrebbe assumere la veste non solo di controparte dell'operazione, ma di soggetto interposto, artatamente, nell'operazione fungendo da "collettore" di terzi soggetti, come ad esempio non residenti, che, tra l'altro, potrebbero risultare, completamente, penalizzati da ritenute sui dividendi provenienti dall'Italia. Ciò in quanto, ragionando *a contrario* ed ipotizzando la cessione diretta dei titoli di proprietà del soggetto non residente, nel caso in trattazione residente in Francia o in Inghilterra, al soggetto residente, si verrebbe a determinare un trasferimento dal primo al secondo dei sottostanti benefici fiscali, ossia la detassazione del dividendo "sostituito" dalla piena tassazione del provento incassato in sostituzione del dividendo.

Tale circostanza induce a ritenere l'ipotesi inverosimile in quanto non apprezzabile sotto il profilo economico, e sul piano finanziario.

7.4 Parallelo tra le norme di contrasto del fenomeno elusivo del Dividend Washing nel regime IRPEG e IRES

Passando all'analisi dei profili tributari legati alle norme di contrasto del fenomeno elusivo del *Dividend Washing*, come ricordato, già in vigenza del regime IRPEG, il legislatore aveva cercato di arginare il fenomeno, sia ricorrendo alla norma antielusiva di cui all'art. 37 *bis* del DPR 600/73, sia mediante la previsione di specifiche disposizioni, come quelle contenute ai commi 6 *bis* e 7 *bis* dell'art. 14 del TUIR allora vigente.

Al riguardo, infatti, è stato osservato che gli arbitraggi fiscali da parte di soggetti residenti all'estero e privi di S.O. in Italia erano contrastabili con il ricorso al comma 7 *bis* del previgente art. 14 del TUIR, ai sensi del quale: "*Le disposizioni del presente articolo non*

si applicano per gli utili percepiti dall'usufruttuario allorché la costituzione o la cessione del diritto di usufrutto sono state poste in essere da soggetti non residenti, privi nel territorio dello Stato di una stabile organizzazione". Tuttavia, ogni volta che il soggetto estero avesse fatto ricorso alla differente modalità tecnica della cessione delle partecipazioni seguita dalla successiva retrocessione, al fine di ottenere il medesimo arbitraggio fiscale, tale disposizione normativa avrebbe dovuto costituire il divieto aggirato dal contribuente suscettibile di legittimare l'A.F. a fare ricorso all'articolo 37 *bis* del DPR n. 600/73⁶⁹.

Con l'introduzione dell'IRES, il fenomeno elusivo in parola ha assunto caratteristiche diverse in quanto il cd. "beneficio fiscale" per il soggetto residente non è più ancorato, tra l'altro, all'arbitraggio del credito d'imposta ma alla possibilità di dedurre componenti negativi correlati a utili detassati.

Al riguardo, infatti, va preliminarmente osservato che, in relazione al regime di tassazione dei dividendi, cui si è fatto cenno, sebbene nel rinnovato contenuto dell'art. 109 del TUIR l'inerenza degli oneri venga "letteralmente" correlazionata anche ai proventi esclusi, estendendo *ad libitum* la validità del prefato assunto normativo, si aprirebbe un "buco"⁷⁰ nel quale potrebbero facilmente insinuarsi contegni elusivi volti al "risciacquo dei dividendi"⁷¹.

Invero, per quanto riguarda il concetto di inerenza ed in merito ai nuovi istituti introdotti dalla riforma, in dottrina⁷² è stato osservato che: "*il comma 5 in esame considera inerenti anche le spese e gli altri componenti negativi che si riferiscono ad attività o beni da cui derivano ricavi o altri proventi che non concorrono a formare il reddito "in quanto esclusi". Tale disposizione è conforme al principio enunciato alla lettera d) dell'art. 4 della L.D. 80/2003, il quale considera gli utili da partecipazione non esenti ma esclusi da*

⁶⁹ Cfr. M. Andriola, *Il Dividend Washing*, articolo disponibile sul sito www.fiscooggi.it ;

⁷⁰ Cappellini-Lugano, *Elusione e deducibilità*, in *Il Sole 24 ore*, edizione del 29.10.2005;

⁷¹ Romano, *Paga ancora il mercato*, in *Milano Finanza*, edizione del 29.10.2005;

tassazione e tale scelta, come si legge nella relazione illustrativa del Decreto Legislativo, è giustificata dalla necessità di evitare che la detassazione dei predetti utili possa comportare l'indeducibilità dei "costi connessi alla gestione della partecipazione"⁷³. Peraltro, al fine di individuarne la portata, la suddetta disposizione andrebbe sistematicamente coordinata con la disposizione di cui al comma 8 del prefato art. 109 che prevede: "In deroga al comma 5 non è deducibile il costo sostenuto per l'acquisto del diritto d'usufrutto o altro diritto analogo relativamente ad una partecipazione societaria da cui derivino utili esclusi ai sensi dell'articolo 89".

Ciò in quanto, considerato che l'interpretazione letterale del comma 5, suffragata⁷⁴ dalla relazione governativa e dalla circolare n. 26/E del 16 giugno 2004, sembrerebbe consentire la deduzione dei soli costi di gestione della partecipazione correlati a proventi esclusi (quali i dividendi), il legislatore con la locuzione utilizzata nel richiamato comma 8, nel ritornare sulla "regola" contenuta nel comma 5, non ne chiarisce sufficientemente la portata.

Non si comprende, infatti, se è da interpretare nel senso che:

- è il "solo" costo d'acquisizione dell'usufrutto che, in base alla valutazione del legislatore, esula dalle spese ordinarie di gestione della partecipazione e, dunque, non ricompreso fra i costi che si considerano "sostituiti" dal meccanismo forfetario di

⁷² sul punto cfr. M. Leo, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Giuffrè edizione 2006, p. 1758 e ss. Tale concetto è stato altresì chiarito dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate 26/E del 16 giugno 2004

⁷³ i cd. "costi di gestione della partecipazione" sono riconducibili ad esempio ai costi di partecipazioni ad assemblee, parcelle notarili ecc. Sul punto, cfr. M. Andriola, *L'impatto dell'IRES sulla pianificazione fiscale (8)*, articolo disponibile sul sito internet www.fiscooggi.it;

⁷⁴ al riguardo, cfr. Circolare ASSONIME n. 32 del 14/07/2004, punto 6.2, è stato argomentato sui "costi connessi alla gestione delle partecipazioni". Infatti, è stato precisato che: (...) *Abbiamo al riguardo più volte ripetuto che l'imposizione forfetaria del 5 per cento degli utili consente, come la Circolare 26/E conferma, "la piena deducibilità di tali costi". Tuttavia l'art. 109, comma 8, del TUIR stabilisce che "in deroga al comma 5 non è deducibile il costo sostenuto per l'acquisto del diritto d'usufrutto o altro diritto analogo relativamente ad una partecipazione societaria da cui derivino utili esclusi ai sensi dell'art. 89" del medesimo TUIR. Le finalità della norma sono sufficientemente chiare. In sostanza, il costo d'acquisizione dell'usufrutto esula, in base alla valutazione del legislatore, dalle spese ordinarie di gestione della partecipazione e, dunque, non può essere ricompreso fra i costi che si considerano "sostituiti" dal meccanismo forfetario di tassazione del 5 per cento dei dividendi*".

tassazione del 5% o dei dividendi⁷⁵;

- con tale norma il legislatore ha voluto, tra l'altro, specificare che tutti i costi⁷⁶, e non solo quelli di gestione della partecipazione, correlati a proventi (dividendi) esclusi sono deducibili nella determinazione del reddito di impresa; quest'ultima interpretazione darebbe alla locuzione utilizzata nel comma 5 una portata sicuramente più ampia rispetto a quelle contenute nella relazione e nella C.M..

Ciò posto, si osserva che già sotto la vigenza del regime IRPEG, il SECIT aveva stigmatizzato i congegni di *Dividend Washing*, osservando che: *“la presenza di elementi quali: 1) la brevità dell'intervallo tra le due vendite, 2) la riscossione del dividendo da parte della società in tale ristretto intervallo di tempo, 3) l'eventuale contestualità dell'incarico ad un intermediario per la vendita e per il successivo riacquisto, potrebbe far ritenere un collegamento funzionale tra i due negozi e, quindi, un procedimento negoziale indiretto, rivolto al conseguimento di un risultato corrispondente ad un terzo negozio, atipico, identificabile nello scambio di reddito a scopo di guadagno fiscale⁷⁷”*.

Peraltro, è stato, successivamente, osservato⁷⁸ che l'introduzione dell'IRES non ha scongiurato il ricorso a tali tecniche elusive che restano, comunque, censurabili sul piano fiscale mediante il ricorso all'art. 37 *bis* del D.P.R. 600/73 assumendo, come divieto aggirato⁷⁹, quello posto dal principio generale racchiuso nel menzionato art. 109, comma 8,

⁷⁵ in tal senso, Circolare ASSONIME n. 32/2004, cit., pag. 64. AL riguardo, infatti, è stato precisato che: *“Esso (il costo di acquisto dell'usufrutto), pertanto, si rende obiettivamente indeducibile, in quanto correlato a cespiti che generano frutti (dividendi) non imponibili”*;

⁷⁶ quindi, anche i costi generati da strumenti derivati su titoli azionari come quelli in esame oppure componenti negati generati da operazioni di *asset swap* su azioni, T.R.E.S. (total return equit swap) ecc.

⁷⁷ Cfr. SECIT, con la Delibera nr. 49 del 16.04.1993;

⁷⁸ Cfr. M. Andriola, *“Le riorganizzazioni aziendali dalla riforma Visco alla riforma Tremonti. Il loro impatto sulla pianificazione fiscale”*, in Dir. prat. trib., n.1/2005, 117 e ss.; M. Andriola, *“Il Dividend Washing”*, articolo citato;

⁷⁹ Cfr. circolare ASSONIME n. 13/2006 par. 3.2. Al riguardo, con riferimento alla possibilità di censurare gli arbitraggi in argomento alle operazioni poste in essere prima del 01/01/2006, l'ASSONIME nella

del TUIR nonché quello previsto nel previgente art. 2, comma 3 del D. Lgs. 461 del 1997 (prima della modifica operata dall'art. 2, comma 19, del DL n. 262/2006).

Al riguardo, infatti, anche il recente orientamento unanime di prassi⁸⁰ e giurisprudenza⁸¹, suffragato dall'intervento del legislatore fiscale⁸², ha dimostrato particolare sensibilità volta a tutelare l'erario da operazioni similari difficilmente opponibili all'Amministrazione finanziaria.

In tale ambito, il legislatore con l'art. 5 *quinquies* del D.L. 203/2005, convertito nella L. 248/2005 ha inserito nell'art. 109 del TUIR tre nuovi commi, il 3 *bis*, 3 *ter* ed il 3 *quater*, con l'intento di impedire i comportamenti elusivi attuati attraverso la distribuzione dei dividendi non imponibili ed il successivo realizzo di componenti negativi deducibili, e di

richiamata circolare n. 13/2006 ha chiarito che: “(...) *Maggiori dubbi sorgono, invece, con riferimento alle operazioni aventi ad oggetto titoli cum cedola poste in essere prima del 1° gennaio 2006, data di entrata in vigore delle previsioni di cui ai commi 3-bis e 3-ter dell'art. 109 del TUIR. In proposito, ci si chiede se l'Amministrazione finanziaria possa o meno contrastare tali operazioni sulla base della norma generale antielusiva. A tale riguardo, ci limitiamo a segnalare che alcuni, facendo leva sulle esigenze di tutela dell'affidamento dei contribuenti garantite anche dal più volte menzionato Statuto dei diritti del contribuente, hanno sostenuto che le operazioni in questione potrebbero essere sindacate, quanto al loro carattere elusivo, soltanto a partire dalla data di entrata in vigore delle norme recate dall'art. 5-quinquies in commento (data che, come detto, coincide con il 1° gennaio 2006); altri, invece, hanno argomentato l'applicabilità alle operazioni in discorso dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973 sulla base di alcune disposizioni – già vigenti alla data di entrata in vigore delle norme in tema di Dividend Washing – da cui potrebbe ricavarsi l'esistenza di un generale principio di indeducibilità dei componenti negativi realizzati in corrispondenza della percezione di utili non assoggettati ad imposizione. In particolare, si è fatto riferimento alla norma restrittiva recata dall'art. 109, comma 8, del TUIR, secondo cui “non è deducibile il costo sostenuto per l'acquisto del diritto di usufrutto o altro diritto analogo relativamente ad una partecipazione societaria da cui derivino utili esclusi ai sensi dell'articolo 89”;* norma che, appunto, sancirebbe, seppur in modo non esplicito, l'intenzione del legislatore di contrastare gli arbitraggi derivanti dall'accoppiamento, in capo ad uno stesso soggetto, di componenti negativi deducibili e componenti positivi non assoggettati a tassazione ordinaria”;

⁸⁰ Cfr. Agenzia Entrate - C.M. n. 21/E del 2006 Direzione Centrale Normativa e Contenzioso Settore Fiscalità delle Imprese e Finanziaria Ufficio Imprese del 14 giugno 2006; Circolare ASSONIME n. 13 del 21 aprile 2006;

⁸¹ la Suprema Corte ha affermato, in due recenti sentenze, che uno o più negozi, tra loro collegati, dai quali non sono conseguiti vantaggi economici diversi dal risparmio fiscale sono nulli per difetto di causa e non producono, di conseguenza, alcun effetto ai fini fiscali. Le due sentenze riguardano entrambe operazioni di *Dividend Washing* effettuate anteriormente all'inserimento nell'ordinamento fiscale della disposizione antielusiva di cui all'art. 37 *bis* del DPR 600/73. L'introduzione di specifiche disposizioni antielusive, quale quella in esame, avrebbe, quindi, soltanto lo scopo di colpire anche i casi nei quali non si riscontri il detto difetto di causa ovvero di individuare in modo certo e specifico i casi in cui sussiste l'intento elusivo. Cfr. Cass. n. 2398/2005, Cass. n. 22932/2005;

⁸² con l'art. 5 *quinquies* del D.L. 30 settembre 2005, n. 203, convertito nella Legge 2 dicembre 2005 nr. 248 ha inserito nell'art. 109 del TUIR tre nuovi commi, il 3-bis, 3-ter ed il 3-quater;

confermare l'applicabilità, a tali comportamenti, della disposizione antielusiva di carattere generale.

In particolare, il comma 3 *ter* stabilisce che la novella legislativa in esame si applica con riferimento alle azioni, quote e strumenti finanziari simili alle azioni acquisite nei 36 mesi precedenti il realizzo, sempre che soddisfino i requisiti per l'esenzione di cui alle lettere c) e d) del comma 1 dell'art. 87 del TUIR.

In merito ai rapporti con il disposto normativo antielusivo di carattere generale, nel comma 3 *quater* dell'art. 109 è stabilito che *“resta ferma l'applicazione dell'art. 37 bis del DPR 600/73 anche con riferimento ai differenziali negativi di natura finanziaria derivanti da operazioni iniziate nel periodo d'imposta o in quello precedente sulle azioni, quote e strumenti finanziari simili alle azioni di cui al comma 3 bis⁸³.”*

Peraltro, anche la C.M. 21/2006, al paragrafo 3, chiarisce, tra l'altro, i “rapporti tra *Dividend Washing* e l'art. 37 bis del DPR 600/73”.

Infatti, sulla base del testo normativo, la Circolare ha precisato che: *“Merita, inoltre, ricordare che l'inciso <resta ferma l'applicazione dell'articolo 37 bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600>, contenuto nel nuovo comma 3 quater dell'art. 109 del TUIR, deve essere inteso nel senso che la indeducibilità della minusvalenza o della differenza negativa può essere affermata dall'Amministrazione finanziaria, in applicazione della norma antielusiva generale, anche con riferimento a fattispecie diverse da quella per la quale opera la presunzione legale in esame, qualora siano ispirate al medesimo intento elusivo. La clausola antielusiva generale di cui all'articolo 37 bis può, ad esempio, trovare applicazione, ricorrendone i presupposti di legge, con riguardo: 1) alle minusvalenze (e alle differenze negative) da realizzo che dovessero residuare all'applicazione della norma sul *Dividend Washing*, in quanto*

eccedenti l'ammontare dei dividendi esenti percepiti nei 36 mesi precedenti la cessione ;2) alle minusvalenze (e alle differenze negative) relative a cessioni effettuate prima del 01/01/2006; 3) in tutti i casi in cui, pur non trovando applicazione la norma specifica sul Dividend Washing, la complessiva operazione, in cui si inserisce la cessione di partecipazioni "utili compresi", sia comunque da considerarsi elusiva ai sensi dell'art. 37 bis."

In merito, va, inoltre, rilevato che taluni profili di criticità delle operazioni *de quibus* sono stati, precedentemente, sollevati da una parte della dottrina⁸⁴ che ha argomentato, tra l'altro, anche in riferimento ad una pronuncia⁸⁵ dell'ASSONIME con la quale, quest'ultima, ha schematizzato, astrattamente, una condotta elusiva che potrebbe realizzare l'arbitraggio sul regime dei dividendi. Infatti, il caso proposto dall'ASSONIME, alla nota nr. 66 della Circolare, riguardava *"i soggetti non residenti che, al fine di evitare l'imposizione al momento della distribuzione del dividendo (sub specie di ritenuta al confine), cedano i relativi titoli cum cedola a società residenti che, sui dividendi incassati, non subiscono alcuna ritenuta e godono del più favorevole regime di esclusione dalla formazione della base imponibile per il 95 per cento del loro ammontare: in tali casi si assiste alla trasformazione del dividendo maturato in una plusvalenza sul titolo ceduto, che realizza proprio l'arbitraggio sopra descritto"*⁸⁶.

⁸³ Cfr. G. Ferranti, *Norma di contrasto al Dividend Washing*, in *Corriere Tributario* n. 3/2006;

⁸⁴ Cfr. G. Ferranti, *Entrate e ASSONIME illustrano la disciplina del Dividend Washing*, in *Corriere Tributario* n. 29/2006;

⁸⁵ pronuncia fatta dall'ASSONIME con la Circolare 13 del 21 aprile 2006;

⁸⁶ sul punto, al paragrafo 3.1.2. la circolare dell'ASSONIME ha precisato che: *"... Benché le norme fin qui commentate siano comunemente definite come previsioni di contrasto alle operazioni cc.dd. di Dividend Washing, esse non si occupano, in effetti, di contrastare questi fenomeni, quanto piuttosto gli arbitraggi sul regime delle plus/minusvalenze. Viceversa, riguardo agli arbitraggi sul regime dei dividendi, occorre brevemente ricordare ancora una volta che nel sistema fiscale previgente la riforma recata dal D. Lgs. nr. 344/2003, il metodo prescelto dal legislatore per attenuare la doppia imposizione sugli utili societari era quello del credito d'imposta; credito che, come noto, non era concesso a tutti i soggetti possessori di partecipazioni. In tale ottica, il legislatore giustamente si era preoccupato, mediante l'adozione di disposizioni particolari, di evitare i possibili arbitraggi tra i diversi regimi dei soci; arbitraggi che normalmente si sostanziano in cessioni di titoli cum cedola operate da soggetti che non potevano fruire del credito d'imposta a favore di soggetti che invece potevano fruirne: in tali operazioni il soggetto*

Ciò posto, ai fini dell'applicazione della normativa antielusiva di cui all'art. 37 bis del DPR 600/73, prima ancora di indagare sugli elementi fattuali alla base del requisito della "validità economica dell'operazione", occorre da subito soffermarci sul requisito dell'aggiramento di "obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario".

Al riguardo, infatti, abbiamo già avuto modo di richiamare le due, potenziali, disposizioni in essere alla data di entrata in vigore delle disposizioni del D.L. 203/2005 sul Dividend Washing, presenti nell'ordinamento e cioè l'art. 109, comma 8 del TUIR ed il previgente art. 2, comma 3 del D. Lgs. 461/1997.

Quanto all'applicazione di quest'ultima disposizione, che si occupa/va del fenomeno degli arbitraggi sul regime dei dividendi (*manufactured dividend*), l'ASSONIME, al par. 3.1.2 della Circolare 13, aveva giustamente osservato che: "... *A tal proposito, ci sembra necessario evidenziare che questo tipo di arbitraggio sul regime dei dividendi potrebbe riproporsi, in effetti, anche nell'attuale sistema fiscale, in cui l'attenuazione della doppia imposizione sugli utili societari avviene con il metodo dell'esenzione. Ed è proprio in quest'ottica che nella Circolare nr. 32/2004 (cfr. par. n. 6.2., pagg., 65 e ss.) ci eravamo chiesti se le previsioni antielusive⁸⁷ recate dal citato art. 2, comma 3, del D. Lgs. nr. 461/1997, non espressamente abrogate da alcuna norma, dovessero ritenersi vigenti, mutatis mutandis, anche nell'attuale regime, successivo alla riforma operata dal D. Lgs. n. 344/2003. Si tratta, dunque, di fenomeni elusivi diversi da quello in esame ed il cui contrasto, ove non si ritengano più operanti neanche in via interpretativa le anzidette*

acquirente incassava il dividendo beneficiando del relativo credito d'imposta e, mediante la retrocessione dei titoli ormai sine cedola all'originario cedente, realizzava una minusvalenza deducibile di cui beneficiava, sub specie di modifiche al prezzo di retrocessione, anche l'originario cedente;

⁸⁷ il previgente art. 2, comma 3 del D. Lgs. 461/97 prevedeva che: "(...) *Il mutuatario e il cessionario a pronti hanno diritto al credito di imposta spettante sui dividendi soltanto se tale diritto sarebbe spettato, anche su opzione, al mutuante ovvero al cedente a pronti*";

norme, costituisce una questione aperta. In effetti, occorre subito osservare che arbitraggi siffatti sono normalmente realizzati attraverso quella tipologia di operazioni finanziarie sui titoli (pronti contro termine, ecc.) espressamente sottoposte, dalle disposizioni in esame, all'applicazione della disciplina antielusiva generale dell'art. 37 bis e, dunque, forse, è in questa sede che d'ora in poi, in mancanza di una disciplina antielusiva specifica, questi profili potranno eventualmente assumere rilievo”.

Ciononostante, sebbene la “sopravvivenza” nel contesto IRES della specifica disposizione antielusiva contenuta nel previgente art. 2, comma 3, del D. Lgs. 461/97, trovava una giustificazione di ordine logico e sistematico, si ricorda che con la modifica operata con il comma 19, art. 2 del D.L. 262/2006 (convertito nella L. 286/2006), il legislatore se da una parte è corso ai ripari modificando l'art. 2, comma 3 del D. Lgs. 461/97 nel senso che: *... al mutuatario e al cessionario a pronti si applica il regime previsto dall'art. 89, comma 2 del TUIR, soltanto se tale regime sarebbe stato applicato al mutuante o al cedente a pronti”*, dall'altro ha, di fatto, sancito l'inapplicabilità della disposizione antielusiva in parola nel periodo compreso tra il 1.1.2004, data di entrata in vigore dell'IRES, ed il 3.10.2006, data di entrata in vigore della nuova disposizione⁸⁸. Ciò in quanto, il successivo comma 20, stabilisce che: *“... la disposizione si applica ai contratti stipulati a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto”*.

Pertanto, essendo stata normativamente “sconfessata” la tesi della sopravvivenza della suddetta disposizione antielusiva, per fronteggiare gli arbitraggi sui dividendi in parola, realizzati attraverso operazioni finanziarie su titoli nel periodo precedente il 3 ottobre 2006, non può che trovare applicazione la disposizione generale antielusiva contenuta nell'art. 37 bis del DPR 600/73 (presupponendo l'esistenza nell'ordinamento giuridico dei “requisiti” per la sua applicazione in quanto in caso contrario si svuoterebbe di contenuti), come già

anticipato, tra l'altro, nella suddetta circolare ASSONIME in epoca precedente la richiamata modifica normativa.

Orbene, considerata l'inapplicabilità della suddetta normativa, negli esercizi 2004 e 2005 l'unica disposizione idonea ad assumere il "ruolo" di norma aggirata per far scattare l'applicazione della normativa antielusiva di cui all'art. 37 *bis* del DPR 600/73, è da individuarsi nell'art. 109, comma 8 secondo cui "*non è deducibile il costo sostenuto per l'acquisto del diritto di usufrutto o altro diritto analogo relativamente ad una partecipazione societaria da cui derivano utili esclusi ai sensi dell'art. 89*".

Al riguardo, è stato osservato che il legislatore con la locuzione "*o altro diritto analogo*" avrebbe circoscritto l'estensione di tale fattispecie agli "altri diritti reali". Interpretato in questi termini, il principio contenuto nel prefato comma 8 consentirebbe l'applicazione dell'art. 37 *bis* ai soli costi sostenuti per l'acquisto del diritto di usufrutto o di altri diritti reali.

In realtà, la previsione che consente di censurare gli arbitraggi in trattazione con il ricorso all'art. 37 *bis* del DPR 600/73, desumibile dal richiamato comma 3 *quater* dell'art. 109 del TUIR, dalla C.M. 21/2006, nonché della Circolare ASSONIME⁸⁹ 13/2006, può trovare spazio solo se la disposizione contenuta nel prefato comma 8 dell'art. 109, coordinato col comma 5, riveste una portata più ampia da cui potersi ricavare l'esistenza di un generale principio di indeducibilità dei componenti negativi realizzati in corrispondenza della percezione di utili non assoggettabili ad imposizione⁹⁰.

⁸⁸ sul punto, cfr. C.M. n. 1/E del 19.01.2007, paragrafo nr. 8;

⁸⁹ la stessa, come sopra evidenziato, almeno in due punti richiama la potenziale applicazione nel periodo 2004 e 2005, alle fattispecie *de quibus*, della disposizioni antielusiva di cui all'art. 37-bis: ovvero al paragrafo 3.1.2. ed al paragrafo 3.2.;

⁹⁰ in definitiva, in assenza di specifici chiarimenti, i diritti analoghi all'usufrutto cui rimanda la norma, potrebbero essere quelli che, nella sostanza, producono i medesimi effetti di quelli prodotti dall'usufrutto azionario (quali quelli realizzati con operazioni di *asset swap* su azioni, *total return equity swap*, ecc.);

A ben vedere, sul punto, si è già avuto modo di argomentare sulla portata del comma 8 dell'art. 109 del TUIR, in rapporto alla regola di deducibilità di “correlazione” dei costi con i ricavi, contenuta nel comma 5. In tale ottica, quindi, se è vero che con il comma 8 dell'art. 109 il legislatore ha voluto, tra l'altro, precisare che tutti gli oneri, e non solo i costi di gestione della partecipazione *stricto sensu*, sono deducibili qualora correlati a proventi (dividendi) esclusi, non si può, poi, in chiave antielusiva, circoscrivere la portata applicativa di tale norma a predeterminate tipologie di oneri (quali quelli sostenuti per l'acquisto del diritto di usufrutto).

Passando all'analisi dell'ulteriore requisito delle cd. “valide ragioni economiche”, si ricorda che l'esistenza di queste ultime postula una concreta apprezzabilità economico-gestionale dell'operazione nel suo complesso.

Al riguardo è senza dubbio fondato ritenere che le valide ragioni debbano riferirsi alle motivazioni dell'operazione e non già ai risultati ottenuti con la stessa.

Il descritto presupposto ricalca, per identità lessicale, la terminologia della Direttiva CEE 434/1990 che, all'art. 11, prevede: “... *il fatto che una delle operazioni di cui all'art. 1 (fusioni, scissioni e conferimenti) non sia effettuata per valide ragioni economiche, può costituire la presunzione che quest'ultima abbia come obiettivo principale... la frode o l'evasione fiscale*”.

Le ragioni dell'operazione devono essere, però, non solo economiche, ma anche valide. Sul punto, né la Relazione né la richiamata Circolare 320/E chiariscono completamente la portata della norma. Con un'interpretazione rigorosa del dettato normativo, si è indotti, tuttavia, a ritenere che, stante la terminologia utilizzata, sia necessario verificare la funzionalità della via scelta dal contribuente per realizzare l'operazione rispetto al risultato fattuale dell'operazione medesima.

In altri termini, tra più alternative, tutte possibili, occorre prediligere la soluzione più lineare, ossia più coerente con il risultato fattuale che si vuole raggiungere. In sostanza le valide ragioni economiche corrispondono agli interessi economici, di natura extrafiscale ovvero anche tributaria, al compimento dell'operazione, privi di qualsiasi collegamento con il risparmio fiscale derivante dall'operazione stessa.

Secondo i criteri dell'approccio oggettivo, che è l'unico che consente una "interpretazione che non costringa i giudici ad un processo alle intenzioni", la valutazione *de qua* dovrebbe essere compiuta utilizzando un parametro di convenienza economica rigorosamente oggettivo: un'operazione è economicamente apprezzabile allorché un altro operatore economico posto nelle medesime condizioni avrebbe realizzato la stessa operazione anche in assenza dei vantaggi fiscali.

Tale interpretazione è riassunta nell'aggettivo "valide" riferito alle ragioni economiche, pertanto l'accertamento della loro sussistenza andrebbe fatto prescindendo dalle motivazioni di ordine soggettivo⁹¹.

⁹¹ R. Lupi, *Manuale professionale di diritto tributario*, pag. 89. La dottrina opposta (Tabellini, *Il progetto governativo anti elusione*, in *Bollettino Tributario* n. 14/97, pag. 1063 e ss.) ritiene che le valide ragioni economiche dovrebbero essere valutate in relazione all'elemento soggettivo, ossia le motivazioni che hanno spinto il contribuente ad adottare un determinato comportamento anziché un altro, non tenendo conto del fine perseguito. A tal proposito, l'A.F. con la risoluzione 25/E del 26.02.2001 dell'Agenzia delle Entrate, ha ampliato il concetto di "valide ragioni economiche" precisando che incidono sulla sussistenza delle medesime, non solo quelle da verificare sui soggetti economici direttamente coinvolti, ma anche quelle di altri soggetti interessati a vario titolo all'operazione. Nel caso specifico, viene affermato che l'operazione, seppur potenzialmente elusiva, è economicamente valida se finalizzata a mantenere i livelli occupazionali. Nella stessa direzione la Corte di Giustizia Europea, che con la sentenza C-28/95 ha espresso le seguenti argomentazioni: 1) per accertare se l'operazione abbia un obiettivo elusivo le autorità nazionali non possono limitarsi ad applicare criteri predeterminati; 2) anche un'operazione mirante a configurare una determinata struttura per un periodo limitato, e quindi non in maniera duratura, può perseguire ugualmente valide ragioni economiche anche se ciò può costituire un semplice indizio di elusione; 3) invece, una finalità dell'operazione che sia esclusivamente fiscale non può costituire valida ragione economica.

BIBLIOGRAFIA

- ❑ Carlo Garbino, *“Manuale di Tassazione Internazionale”*, IPSOA prima edizione;
- ❑ Circolari Agenzia delle Entrate: nr. 207/E del 26/10/1999, nr. 23/E del 2002, nr. 26/E del 16/6/2004, nr. 21/E del 2006, nr. 28/E del 4/8/2006,
- ❑ Circolare ABI del 11/10/1999;
- ❑ Circolari ASSONIME: nr. 32 del 14/07/2004, nr. 13 del 21/4/2006, ;
- ❑ Circolare Ministeriale nr. 1/E del 19/01/2007;
- ❑ D.M. 429 del 21/11/2001;
- ❑ DPR 917/86 - TUIR:
- ❑ DPR 600/1973;
- ❑ D. Lgs. 344/2003;
- ❑ D. Lgs. 461/1997;
- ❑ D.L. 203/2005, convertito nella Legge 248/2005;
- ❑ D.L. 262/2006;
- ❑ Direttiva CEE 434/1990;
- ❑ Delibera SECIT nr. 49 del 16/04/1993;
- ❑ M. Andriola, *Il Dividend Washing*, articolo disponibile sul sito www.fiscooggi.it;
- ❑ M. Andriola, *“L’impatto dell’IRES sulla pianificazione fiscale”*, articolo disponibile sul sito www.fiscooggi.it;
- ❑ M. Andriola, *“Le riorganizzazioni aziendali dalla riforma Visco alla riforma Tremonti.*

Il loro impatto sulla pianificazione fiscale”;

- Cappellini-Lugano, “*Elusione e deducibilità*”, in *Il Sole 24 ore*, edizione del 29/10/2005;
- Romano, “*Paga ancora il mercato*”, in *Milano Finanza*, edizione del 29/10/2005;
- M. Leo, “*Le imposte sui redditi nel testo unico*”, Giuffrè edizione 2006;
- G. Ferranti, “*Norma di contrasto al Dividend Washing*”, in *Corriere Tributario* nr. 3/2006;
- G. Ferranti, “*Entrate e ASSONIME illustrano la disciplina del Dividend Washing*”, in *Corriere Tributario* n. 29/2006;
- R. Lupi, “*Manuale professionale di Diritto Tributario*”;
- Tabellini, “*Il progetto governativo anti elusione*”, in *Bollettino Tributario* n. 14/97.

SITI INTERNET

- www.fiscooggi.it;
- www.altalex.com;
- www.ilsole24ore.com;