

Decreto “anticrisi”
Fiscalità internazionale e paradisi fiscali
In controtendenza rispetto alla Ue
Per preparare lo “scudo”

di Yoda

Il decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, ha introdotto, con gli articoli 12 e 13, significative novità in tema di attività e investimenti in paradisi fiscali, nonché di società controllate estere.

L'intervento – giusto quanto testualmente affermano gli articoli 12 e 13 - è finalizzato a dare *“attuazione alle intese raggiunte tra gli Stati aderenti alla Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico in materia di emersione di attività economiche e finanziarie detenute in Paesi aventi regimi fiscali privilegiati, allo scopo di migliorare l'attuale insoddisfacente livello di trasparenza fiscale e di scambio di informazioni, nonché di incrementare la cooperazione amministrativa tra Stati”* e, ad un tempo, ad armonizzare le regole interne *“con quanto già disposto in altri ordinamenti europei”* . In particolare, *“allo scopo di evitare indebiti arbitraggi fiscali l'accesso ai regimi che possono favorire disparità di trattamento, con particolare riferimento ad operazioni infragruppo, è sottoposto ad una verifica di **effettività sostanziale**”*.

In particolare, l'articolo 12 dedicato ai “Paradisi fiscali” introduce una presunzione relativa, per la quale gli investimenti e le attività di natura finanziaria, detenuti in violazione delle norme sul monitoraggio fiscale, in Paesi a fiscalità privilegiata o che non attuano lo scambio di informazioni, sono considerati costituiti mediante redditi sottratti a tassazione. L'art. 13, intitolato “Contrasto agli arbitraggi fiscali internazionali”, è volto ad affermare, ai fini della disapplicazione della disciplina antielusiva, *l'effettivo radicamento economico del soggetto estero nel territorio di insediamento*” ed estende la normativa CFC anche a entità localizzate

in Stati membri dell'Unione Europea, qualora siano qualificabili come costruzioni di puro artificio.

Vediamo dunque quale è, in estrema sintesi, il contesto internazionale e comunitario di riferimento delle nuove disposizioni.

Con il *Progress Report* elaborato in preparazione del G20 del 2 aprile 2009, l'Ocse ha definitivamente superato l'approccio, che potremmo definire "casistico", del rapporto del 1998, *Harmful Tax competition*, che distingueva tra paradisi fiscali (*tax haven*) e regimi fiscali privilegiati (*harmful preferential tax regime*).

Come si ricorderà i *tax haven* individuavano Paesi, non aderenti all'Ocse, con un livello di tassazione inesistente o irrisorio che si combinava con almeno un altro dei tre ulteriori criteri: la mancanza di scambio di informazioni (anche a tutela del segreto bancario), la mancanza di trasparenza (anche in relazione all'uso e abuso di veicoli societari) e la mancanza di una effettiva attività economica¹ (*lack of effective exchange of information; lack of transparency; no substantial activities*).

Gli *harmful preferential tax regime* erano, invece, regimi fiscali privilegiati, adottati da Paesi a fiscalità ordinaria, che accordavano (e accordano) esenzioni o l'applicazione di imposte molto ridotte ad alcuni soggetti (holding, centri di coordinamento...) o in relazione ad alcune tipologie oggettive di reddito, di natura bancaria, finanziaria, assicurativa, ecc..

Regimi rinvenibili anche all'interno di Stati membri dell'Ocse e della Comunità europea² che, ordinariamente garantivano gli specifici benefici fiscali, a prezzo del loro isolamento dall'economia interna dello Stato ospite e dal suo sistema tributario ordinario. Rimanevano sostanzialmente impenetrabili per la mancanza di trasparenza e di un effettivo scambio di informazioni che, non necessariamente, riguardavano l'intero ordinamento. Tra di essi, i regimi privilegiati finalizzati ad attrarre soggetti (le holding, i centri di finanziamento, i centri di distribuzione e coordinamento) o attività particolarmente mobili (investimenti passivi, depositi, intestazioni di marchi e brevetti...) o a convogliare flussi di capitale attraverso le

¹ L'assenza di qualsiasi obbligo di esercizio di un'attività economica sostanziale dimostra che il Paese attrae investimenti e operazioni commerciali per scopi eminentemente fiscali.

² Come già si è visto, appartenevano al *genus* dei regimi fiscali privilegiati (piuttosto che a quello dei "paradisi fiscali") le misure dei vari Stati membri prese in esame dal Codice di Condotta.

frontiere. Nei loro aspetti più “aggressivi” di competizione fiscale dannosa, i vari regimi sono stati smantellati o rivisitati su impulso dell’Ocse o del Codice di condotta d’iniziativa comunitaria, con il risultato che, in particolare nei paesi che li ospitavano, l’”opacità” si è maggiormente rarefatta e diffusa all’intero ordinamento per effetto di *ruling* amministrativi, regole di diritto societario, entità giuridiche e veicoli societari che garantiscono l’anonimato ecc..

Al riguardo, **la novità principale** del *Progress Report* presentato dall’Ocse in preparazione del G20 di aprile 2009 consiste nell’aver incluso direttamente nelle due liste grigie non più singoli regimi privilegiati, bensì – nel loro complesso - i Paesi ospiti che si caratterizzano per la mancanza di un effettivo scambio di informazioni coerente, con i *legal standard* adottati a livello internazionale. E ciò, indipendentemente dalla circostanza che essi adottino, per la fiscalità generale, un livello impositivo irrisorio o inesistente (prima lista grigia dei paradisi fiscali) o ordinario (seconda lista grigia dei c.d. centri finanziari). Nella “rete” sono così caduti anche Stati aderenti all’Ocse e alla Comunità europea.

Come è noto, infatti, il *Progress Report* (con i sei successivi aggiornamenti susseguitisi dopo il 2 aprile 2009) ha adottato come unico criterio distintivo per la collocazione di ciascun paese nelle diverse liste (quella bianca, le due grigie e quella nera) il livello di implementazione di un effettivo scambio di informazioni in conformità agli standard internazionali³.

³ Su tale base, il primo Report preparato per il G20 di aprile 2009 prendeva in esame n. 87 giurisdizioni e si articolava in quattro parti:

*giurisdizioni che hanno sostanzialmente implementato gli standard internazionali (Lista bianca comprendente 40 paesi). La lista bianca comprende, tra gli altri, anche Stati che erano considerati Paradisi Barbados, Cipro, Guernsey, Isola di Man, Malta, Mauritius, US Virgin Islands.

*paradisi fiscali che si sono impegnati ad adottare gli standard internazionali ma che non li hanno effettivamente implementati (Lista grigia dei paradisi fiscali comprendente 35 paesi). La lista grigia dei Paradisi fiscali comprende le giurisdizioni che nel 2000 avevano i requisiti per essere qualificati come *tax havens*, come descritti nel Rapporto Ocse 1998. Include, tra gli altri, Andorra, Antigua, Bahamas, British Virgin Islands, Liechtenstein, Monaco, Nauru, Panama, S. Marino...

*altri centri finanziari che si sono impegnati ad adottare gli standard internazionali ma che non li hanno effettivamente implementati (Lista grigia dei centri finanziari comprendente 8 paesi)³. La lista grigia degli Altri centri finanziari comprende 8 giurisdizioni: Austria, Belgio Lussemburgo e Svizzera, Brunei, Cile, Guatemala e Singapore. Successivamente, l’Austria il Belgio il Lussemburgo e la Svizzera hanno ora ritirato le loro riserve sull’art. 26 del Modello Ocse. Il Belgio ha anche scritto a 48 Stati per proporre la conclusione di protocolli per aggiornare l’art. 26 delle loro convenzioni. Lussemburgo e Svizzera stanno negoziando accordi bilaterali sullo scambio informazioni conformi agli standards.

*giurisdizioni che non si sono impegnate ad adottare gli standard internazionali (Lista nera comprendente 4 paesi) La lista nera comprendeva Costa Rica, Malesia, Filippine, Uruguay, ma fu subito “svuotata” perché tutti i Paesi interessati manifestarono l’intenzione di conformarsi agli standards e transitarono nella lista grigia.

Compaiono così nella seconda lista grigia interi Stati UE e Ocse, (Austria, Belgio Lussemburgo e Svizzera, Brunei, Cile, Guatemala e Singapore) che, in precedenza, erano considerati “pericolosi” solo in relazione ad alcuni regimi interni di favore, destinati a particolari soggetti o attività (Holding del '29, società holding ausiliarie e di domicilio ecc...). Per transitare dalle liste grigie alla lista bianca il *Report* richiede agli Stati interessati la stipula di almeno 12 accordi bilaterali sullo scambio di informazioni in conformità agli standard Ocse.

Rispetto al 1998 si è, dunque, verificato un profondo mutamento di prospettiva. La recente crisi finanziaria ha infatti fortemente acuito gli effetti dei crescenti fenomeni di erosione delle basi imponibili dei maggiori paesi industrializzati, che - con la fiscalità - devono finanziare la spesa pubblica .

Ha reso evidente la pericolosità sistemica dei paradisi fiscali societari e finanziari, che creano divario sociale, iniquità fiscale tra capitale e lavoro, povertà, per la loro attitudine a sottrarre risorse pubbliche, a destabilizzare i mercati finanziari permettendo, in correlazione con l'innovazione finanziaria e cartolarizzazioni di ogni tipo, che i rischi siano nascosti in complesse strutture occulte, costituenti un vero e proprio sistema finanziario parallelo. Sono più chiaramente visibili gli intrecci tra “paradisi fiscali” e “paradisi societari” e il nesso tra benefici fiscali, evasione, riciclaggio, occultamento di beni a creditori e pretendenti di ogni tipo. Per il contrasto all'evasione e al riciclaggio, si è affinata la consapevolezza del ruolo centrale che rivestono la trasparenza dei veicoli societari e l'individuazione, attraverso lo scambio di informazioni, del *beneficial owner*.

Ne consegue, che non assume più specifico rilievo nelle varie edizioni del *Progress Report* il livello dell'imposizione fiscale esistente nei vari ordinamenti, alla cui inadeguatezza si pensa di poter porre rimedio intervenendo sui singoli Stati, piuttosto che con regole rivolte ai contribuenti. Invece di cercare di impedire all'acqua di scorrere, e ai redditi “mobili” di approdare in porti al sicuro da ogni imposizione, ci si propone (queste le intenzioni dichiarate) di destabilizzare la tranquillità di quei porti (come è avvenuto nella vicenda che vede contrapposti gli USA e UBS, e dunque la Svizzera). Di valutare la possibilità di prosciugare quelli aiuti finanziari internazionali che consentono ai c.d. paradisi fiscali di finanziare la

spesa pubblica con mezzi diversi dalla fiscalità⁴. La protezione delle basi imponibili richiede soprattutto trasparenza, scambio di informazioni e cooperazione tra gli Stati.

E qui l'iniziativa comunitaria, con la Comunicazione - COM(2009) 201 del 28 aprile 2009 - "*Good Governance in the tax area*" (*more transparency, exchange of information and fair tax competition*⁵) affianca e completa il lavoro dell'OCSE in tema di *Standard su Trasparenza e Scambio informazioni*, che possono essere considerati come norme internazionali per la cooperazione in campo fiscale⁶

⁴ I centri offshore potrebbero essere soggetti a sanzioni finanziarie e vedersi modificare i progetti di investimento predisposti da Banca mondiale e FMI. Il FMI triplicherà nei prossimi mesi il proprio patrimonio da usare per eliminare disuguaglianze tra aree economiche. Sanzioni contro paradisi = allo studio possibilità modificare o annullare i progetti di intervento a sostegno delle economie da parte FMI e Banca mondiale

⁵ La Commissione (COM(2009)201) invita gli Stati membri ad adottare il più presto possibile le sue proposte per rafforzare GG all'interno UE:

- i) effettiva cooperazione amministrativa in materia di imposte, con scambio di informazioni senza invocare il segreto bancario. (*Administrative cooperation including information Exchange*). Estendere alla Direttiva sulla Mutua assistenza, che prevede lo scambio di informazioni a richiesta, lo scambio automatico già adottato nella Direttiva risparmio. Assicurare la cooperazione per la riscossione dei crediti fiscali. Modificare la Direttiva risparmio per ampliarne ambito applicativo ad altre strutture di intermediari (trust, fondazioni...) e a redditi equivalenti agli interessi, ottenuti attraverso gli investimenti nei nuovi prodotti finanziari.

ii) *harmful tax competition* = proseguire i lavori Codice di condotta per eliminare le pratiche fiscali dannose. Proseguire la politica sugli aiuti di Stato che ha contribuito a rimuovere la competizione fiscale dannosa e i regimi più distortivi

iii) *transparency*. Completare le iniziative nel campo della fiscalità con le disposizioni legislative e regolamentari applicabili alle società e miranti ad assicurare la trasparenza nel mondo degli affari e della finanza.

La commissione propone inoltre di migliorare i mezzi che UE e MS hanno a disposizione per promuovere la Good Governance a livello internazionale:

- migliorare la coerenza tra le politiche della UE. La UE deve rispettare i principi di GG nei suoi accordi con i paesi terzi e prevedere degli "stimoli" e delle agevolazioni nel quadro della cooperazione allo sviluppo

- MS devono adottare un approccio coordinato e coerente per promuovere i principi di GG nei confronti dei paesi terzi e devono adottare misure coordinate contro le giurisdizioni che si rifiutano di applicare GG.

Tra le misure concrete proposte:

- il Consiglio dovrebbe dare mandato alla Commissione per integrare con i principi GG gli accordi esistenti con i paesi terzi

- studiare con MS le misure di ritorsione (sanzioni) da prendere contro le giurisdizioni non cooperative in ambito fiscale (Segretariato OCSE ha proposto una lista di misure che gli Stati membri dovrebbero esaminare)

- rafforzare cooperazione con paesi terzi nell'ambito della direttiva risparmio

- concludere accordi specifici in campo fiscale contenenti disposizioni su trasparenza e scambio di informazioni a livello UE per accelerare il processo di implementazione delle dichiarazioni di intento fatte da certe giurisdizioni

- riallocare fondi e risorse a favore di paesi in via di sviluppo che rispettano i loro impegni e, al contrario, studiare l'opportunità di eliminare i fondi destinati ai paesi che non rispetteranno gli impegni.

- accrescere la coerenza tra le politiche fiscali bilaterali che i vari MS adottando verso i paesi terzi e i principi di GG

⁶ *Overview of the Oecd's work on international tax evasion (A brief for journalist 14 marzo 2009)* . Gli Standard richiedono:

- 1) scambio di informazioni a richiesta quando è "*foreseeably relevant*" per l'amministrazione
- 2) assenza di restrizioni allo scambio causate da segreto bancario o domestic tax interest requirements
- 3) disponibilità di informazioni affidabili, particolarmente in relazione a contabilità informazioni bancarie e sulla proprietà, e potere di ottenerle
- 4) rispetto dei diritti dei contribuenti
- 5) estrema riservatezza delle informazioni scambiate

Il descritto mutamento di prospettiva a livello in sede Ocse e UE si riflette sulle disposizioni introdotte con gli 12 e 13 del dl n. 78 del 2009.

Dall' impostazione originaria del 1998, propria del rapporto *Harmful tax competition* e del Codice di Condotta, era derivata – come è noto - l'articolazione del Dm 21 novembre 2001 che distingueva tra “Stati e territori” da considerare nel loro complesso come aventi un regime fiscale privilegiato (art. 1), “Stati e territori” parimenti inclusi, con l'eccezione di società operanti in determinati settori di attività (art.2), “Stati e territori” esclusi , tranne che per particolari soggetti o attività destinatari di regimi privilegiati (art. 3). Distingueva cioè tra Stati che nel loro complesso erano da considerare “paradisi fiscali” e Stati che tali potevano essere ritenuti solo in relazione a specifici regimi privilegiati.

Ora, in coerenza con il *Progress Report* Ocse, l'art. 12 del decreto n. 78 prevede che le regole di contrasto ai paradisi fiscali si rivolgano agli investimenti e alle attività finanziarie detenute in Stati e territori indicati nel Dm 4 maggio 1999, nonché nel Dm 21 novembre 2001 “*senza le limitazioni ivi previste*”, che ne circoscrivevano l'ambito di applicazione ai soli regimi di privilegio. Altrettanto coerentemente, l'art. 13 estende l'applicabilità del regime CFC a controllate residenti in qualsiasi Paese, anche comunitario, all'avverarsi di determinate condizioni e enfatizza la “verifica di effettività sostanziale” ai fini della disapplicazione della normativa CFC.

Per altri versi, tuttavia, la direzione imboccata dal Governo con le disposizioni sulle controllate estere appare in controtendenza rispetto alle iniziative caldegiate dagli organismi internazionali di riferimento e da quelle intraprese da altri Stati. Si privilegia esclusivamente, e in un modo non sempre appropriato, l'introduzione di nuove regole di contrasto dei comportamenti dei contribuenti, piuttosto che predisporre un più ampio *network* di accordi bilaterali sullo scambio di informazioni con gli altri Stati.

Mentre USA, Regno Unito, Francia, Germania Spagna Danimarca e Paesi Baltici mostrano un grande attivismo nella stipula dei c.d. TIEAs (*Agreement on Exchange of information on Tax*

*Matters*⁷) con gli Stati inclusi nelle attuali liste grigie (compresi Svizzera, Cayman, Jersey...), l'Italia non risulta firmataria di alcun TIEAs. E si tratta di un ritardo che potrebbe non essere facilmente recuperato, tenuto conto che i Paesi inclusi nelle liste grigie (i più “ opachi”) potrebbero non avere un grande interesse a sottoscrivere ulteriori accordi con altri Stati, oltre quelli – fissati dall’Ocse in un minimo di 12 – necessari e sufficienti per essere inclusi nella *white list*. Né risulta che l'Italia abbia saputo tempestivamente inserirsi nel *trend* virtuoso che, al medesimo fine di uscire dal novero dei paesi non trasparenti né cooperativi, ha indotto Austria, Belgio, Lussemburgo e Svizzera a ritirare, all’indomani del G20 di aprile, le loro riserve sull’art. 26 del Modello Ocse sullo scambio di informazioni, come modificato nel *Draft* del 2005, proponendo agli altri *partner* protocolli di aggiornamento dell’art. 26 delle rispettive Convenzioni contro le doppie imposizioni o la rinegoziazione dell’intero trattato.

Mentre gli altri ordinamenti affinano gli strumenti informativi necessari ad individuare frodi evasioni ed elusioni, il Governo italiano pensa solo ad inasprire le regole per tutti i

⁷ *Agreement on Exchange of Information On Tax Matters (TIEAs)* dell’aprile 2002. Elaborato dall’Ocse Global Forum Working Group, formato dai rappresentanti dei Paesi Ocse e dai delegati di Aruba Bermuda Bahrain Cayman Islands Cyprus, Isle of Man Malta, Mauritius, The Netherlands Antilles The Seychelles e S. Marino. Gli standard Ocse per lo scambio di informazioni fiscali sono stati approvati nel corso del Global Forum 2005

Imposte interessate = ordinariamente le quattro categorie imposte dirette (sui redditi, sul capitale, sul patrimonio, sugli immobili) e successioni e donazioni. Si può prevedere estensione a imposte indirette, IVA... (art. 26 Modello copre infatti “*taxes of every kind and description*”).

Lo scambio di informazioni può riguardare ciascuna “persona”, da intendere in senso ampio. Comprende anche le partnership, i trust (compresa identità *settlor* beneficiari o *trustee*) le fondazioni, i fondi comuni investimento, i patrimoni (estate...) o società...

Scambio di informazioni a richiesta e sempre che la richiesta sia relativa ad un particolare controllo, verifica, investigazione. Non si applica lo scambio spontaneo o automatico di informazioni, anche se le parti possono pattuire una simile estensione. Si applica per entrambi gli ambiti civile e penale, *civil and criminal tax matters*, anche se la condotta non costituisce reato secondo le leggi dello Stato cui si chiedono le informazioni. Devono essere fornite tutte le informazioni “in possesso” anche se non sono subito disponibili e si rendono necessarie azioni per ottenerle.

Ciascuno Stato, per poter fornire le informazioni richieste e sottoscrivere l’accordo, deve avere l’autorità di richiedere e ottenere:

-informazioni dalle Banche, da altre istituzioni finanziarie, da persone che agiscono in qualità di “*agency*”, fiduciarie, *trustee*...

-informazioni relative alla proprietà di società, *partnership*, *trusts*, fondazioni, incluse le informazioni sulla proprietà di ciascun anello di una catena societaria...In caso di trust le informazioni devono riguardare il *settlor*, il *trustee*, i beneficiari e le persone che hanno il potere di decidere come gestire e disporre dei beni del trust. In caso di fondazioni, i fondatori, i membri del consiglio della fondazione e i beneficiari e le persone che hanno il potere di decidere come gestire e disporre dei beni della fondazione:

Le informazioni relative alle società e partnership devono riguardare sia il *legal owner* che il *beneficial owner* delle azioni o partecipazioni.

Le informazioni relative alla *ownership* di *publicly trade companies* e *public collective investment funds* dovranno essere fornite solo se non richiedono difficoltà sproporzionate. Se infatti esiste un vero mercato pubblico per l’*ownership interest* è più difficile che questi veicoli siano utilizzati per evadere o violare leggi.

contribuenti con l'evidente scopo di porre le premesse per lo scudo fiscale, per un nuovo condono.

Veniamo quindi ad analizzare più da vicino le nuove disposizioni degli articoli 12 e 13 del dl n. 78 del 2009.

L'articolo 12 "Paradisi fiscali"

La relazione governativa precisa che la norma si propone di "contrastare comportamenti che tramite l'illecita esportazione di capitali verso paradisi fiscali ostacolano l'azione di controllo da parte dell'amministrazione finanziaria di forme particolarmente insidiose di evasione fiscale". A tal fine introduce una presunzione per cui, salvo prova contraria, si considerano formati con redditi sottratti a tassazione gli investimenti e le attività finanziarie detenuti, in violazione degli obblighi di monitoraggio fiscale, negli Stati o territori a regime fiscale privilegiato, di cui al decreto del Ministro delle finanze 4 maggio 1999 e al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 21 novembre 2001, senza tener conto delle limitazioni ivi previste, da persone fisiche, enti non commerciali, o da società semplici o equiparate.

Viene introdotta una presunzione diversa e ulteriore rispetto a quella dell'art. 6 del decreto legge n. 167 del 1990, secondo cui le somme in denaro e i titoli trasferiti o costituiti all'estero dai medesimi soggetti si presumono, salvo prova contraria, fruttiferi in misura pari al tasso ufficiale medio di sconto vigente in Italia nel relativo periodo d'imposta, a meno che nella dichiarazione non venga specificato che si tratta di redditi la cui percezione avviene in un successivo periodo d'imposta.

La norma considera tutti gli investimenti e le attività finanziarie non monitorati come formati da redditi sfuggiti a tassazione, richiamando - in un diverso contesto riferibile solo a persone fisiche enti e società semplici non in regime d'impresa - l'antica problematica delle "riserve occulte" e della loro tassabilità una volta spirato il termine di decadenza relativo all'esercizio in cui si erano generate. Il vecchio art. 107 del Testo Unico n. 645 del 1958 prevedeva, in modo esplicito, che il presupposto impositivo si verificasse nuovamente nel momento della loro emersione in bilancio o della distribuzione ai soci. E, al riguardo, la Corte di Cassazione ha affermato - esprimendosi in tema di determinazione del reddito d'impresa - che il principio

resta immanente anche nell'attuale ordinamento e che, pertanto, i redditi formati in precedenti esercizi e ivi sfuggiti a imposizione sono *“recuperabili ...nell'esercizio in cui la loro esistenza si sia rivelata”* (Cass. n. 1310 del 1996).

Anche la fiscalità delle persone fisiche richiama il medesimo principio, laddove all'articolo 38 del DPR n. 600 del 1973 prevede la possibilità di accertare sinteticamente il reddito nel momento del suo “manifestarsi”. Quando “si rivela” nelle “spese” per l'acquisto di beni o servizi o per incrementi patrimoniali, indipendentemente dal periodo in cui si è generato e sempre che sia da considerare sfuggito a tassazione, sulla base della differenza tra quanto dichiarato e la manifestazione della capacità contributiva. E' un tema che si ripropone nelle indagini finanziarie a carico di persone fisiche (enti non commerciali...) non titolari di redditi d'impresa o di lavoro autonomo, ogni volta che occorre stabilire il nesso tra le disponibilità dei conti, dei depositi titoli ecc. e i redditi sottratti a imposizione. Sulla riconducibilità delle disponibilità bancarie **movimentate** nell'anno a redditi evasi si è recentemente pronunciata la Cassazione con la sentenza n. 23690 del 2007; ma in riferimento alle giacenze, allo *stock* statico di capitale incombe, ordinariamente, sulla Amministrazione finanziaria l'onere di comprovarne il valore reddituale, la loro valenza di flusso.

L'art. 12 risolve questo problema, prevedendo *ex lege*, l'equivalenza tra dati finanziari e redditi sottratti a tassazione, sia per le persone fisiche che per le società semplici e gli enti non commerciali, salva la prova contraria. Se ne dovrebbe altresì desumere che il periodo d'imposta in cui tali redditi possono essere recuperati a tassazione è quello stesso in cui gli investimenti e le disponibilità finanziarie occulte - in quanto non dichiarate ai fini del monitoraggio né ai fini dell'assoggettamento a tassazione dei relativi rendimenti - si “rivelano” all'ordinamento perché rimpatriati, accertati sui conti esteri, ovvero perché sono stati erogati, attraverso intermediari residenti, i relativi rendimenti. Diversamente, la presunzione - se riferibile ai soli flussi e alle movimentazioni di periodo, la cui valenza reddituale è già pacifica in giurisprudenza - sarebbe solo ridondante.

Inoltre, non c'è motivo di dubitare che la predetta equivalenza debba valere anche per i soggetti in regime d'impresa, nella misura in cui gli investimenti e le disponibilità estere non risultanti dai precedenti bilanci si manifestino, perché rimpatriati o accertati sui conti esteri,

con il conseguente obbligo in capo agli amministratori di farli emergere anche in bilancio. E, quindi, anche ai fini fiscali, giusto quanto riaffermato dalla Cassazione e in coerenza con le regole di determinazione del reddito d'impresa. In questo senso parrebbe deporre, altresì, il richiamo generalizzato del comma 3 dell'art. 12 alle azioni di prevenzione e di repressione dei fenomeni di illecito trasferimento e detenzione all'estero sia di attività finanziarie che di **attività economiche**. Una più precisa formulazione della norma sarebbe comunque opportuna, per meglio precisarne l'ambito di applicazione soggettivo e soprattutto il periodo d'imposta in cui si assume possano essere recuperati a tassazione i redditi esteri precedentemente evasi e capitalizzati.

Al riguardo, la relazione tecnica fornisce qualche chiaro messaggio. Calcola infatti le previsioni di gettito applicando l'imposta media del 30 per cento all'intero *stock* degli investimenti e delle attività finanziarie che stima saranno "ricondotti" in Italia per effetto "dell'azione di contrasto e prevenzione", attribuendone gli effetti interamente ai periodi d'imposta di "rimpatrio". Se ne desume che, a regime, l'applicazione della norma – nella sua attuale formulazione - dovrebbe comportare l'assoggettamento a tassazione, come reddito di capitale, del complessivo ammontare degli investimenti e attività finanziarie detenute all'estero nel periodo in cui, a qualsiasi titolo e anche a seguito di accertamento, essi "si manifestano" rispetto all'ordinamento italiano. Ipotesi che comprende sia il rimpatrio vero e proprio che l'accertamento della loro esistenza su conti, depositi o veicoli esteri di ogni tipo.

Sotto questo profilo, la norma ha indubbiamente un proprio efficace valore deterrente, amplificato dal raddoppio delle sanzioni e dalla applicabilità, in capo a intermediari, fiduciari e professionisti, delle norme relative agli obblighi di segnalazione delle operazioni sospette, di cui al D.lgs n. 231 del 2007, relativamente agli investimenti ed attività che si presumono frutto di evasione e dunque di provenienza illecita.

In via transitoria, tuttavia, la norma "ammicca" all'imminente condono che sarà varato con il c.d. scudo fiscale, atteso che non vi è probabilità alcuna che l'azione di contrasto della amministrazione finanziaria comporti il recupero, immediato, delle imposte relative all'intero *stock* delle disponibilità estere che la relazione tecnica stima possano essere "ricondotte" in Italia. *Stock* calcolato per un ammontare pari al 20 per cento del totale delle disponibilità

esistenti in Lussemburgo, Austria, Belgio, Austria, Svizzera Liechtenstein, Principato di Monaco, San Marino, Andorra, Guernsey , Isola di Man e Jersey.

Con l'art. 12 il Governo alza, consapevolmente, il livello del confronto (o dello scontro) con i contribuenti. Per, poi, ammansirli concedendo imposte sostitutive, coperture e impunità di assoluto privilegio, per disponibilità che, detenute illecitamente all'estero, vengono rimpatriati. Anzi, dalle ultime indiscrezioni trapela che, in sede di rimpatrio con lo "scudo", le aliquote agevolate verranno applicate sui soli rendimenti degli ultimi cinque anni e non sull'ammontare del capitale ammesso alla sanatoria.

L'Articolo 13 "Contrasto agli arbitraggi fiscali internazionali"

La disposizione interviene direttamente sull'art. 167 del TUIR che reca la disciplina delle società controllate estere. Finalizzata, come è noto, a contrastare l'esclusione da tassazione o il differimento della tassazione su redditi, conseguiti in uno Stato a fiscalità privilegiata tramite uno schermo giuridicamente autonomo, ma che sono nella piena disponibilità del soggetto controllante residente. Il regime CFC ricompone l'unità economica del gruppo, al di là della separatezza giuridica delle entità in cui esso si articola.

L'articolo 13 modifica una delle due esimenti che, alternativamente, consentono la disapplicazione del regime CFC, ridefinendo la nozione di "effettiva attività industriale o commerciale".

Prevede, in primo luogo, che la società o l'ente estero svolga, in via principale, la suddetta attività "*nel mercato dello Stato o territorio di insediamento*", anziché "*nello Stato o nel territorio nel quale ha sede*". La modifica e, ancor più, l'interpretazione avvalorata dalla relazione governativa ripropongono i problemi che già erano stati sollevati in sede di elaborazione della legge n. 342 del 2000, che introdusse nell'ordinamento il regime CFC. Secondo la relazione infatti la modifica è volta ad affermare l'effettivo radicamento del soggetto estero nel territorio d'insediamento mediante attività "che abbiano **sbocco** nel mercato di riferimento", il che sembrerebbe escludere tutte le attività manifatturiere insediate nel Paese o territorio a fiscalità privilegiata con stabilimenti o strutture produttive, ma che commercializzano i prodotti prevalentemente o totalmente all'estero. Una lettura, restrittiva

del tutto inaccettabile che richiederebbe di essere meglio precisata, sostituendo il termine “mercato” con un’espressione più ampia. Prevedendo, ad esempio, che l’effettiva attività industriale o commerciale debba risultare “integrata sotto il profilo economico, politico, geografico o strategico con lo Stato o territorio di insediamento”, a conferma di quanto già ha affermato, in via interpretativa, l’Agenzia delle Entrate con le risoluzioni n. 427 del 2008 e n. 100 e n. 165 del 2009.

Se tuttavia l’obiettivo è dare ‘copertura’ normativa al nuovo indirizzo interpretativo - effettivamente molto distante da quello seguito in precedenza, che valorizzava in modo pressoché esclusivo la presenza di una idonea struttura organizzata dell’ente – potrebbe anche essere sufficiente (e preferibile) limitarsi ad integrare il testo del comma 5 lett. a) dell’art. 167 con la novella relativa alle attività bancarie e assicurative. Essa sottolineando la necessità di una reale connessione economica dell’attività con il territorio d’insediamento enuncia un principio che, in senso lato, non può che assumere valenza generale.

Si prevede infatti che “per le attività bancarie, finanziarie e assicurative quest’ultima condizione (ossia l’esistenza di una attività effettiva) si ritiene soddisfatta quando la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi originano nello Stato o territorio di insediamento”. La norma interviene opportunamente a definire il concetto di effettiva attività per i servizi immateriali ad elevato grado di volatilità, quali i servizi finanziari e assicurativi, precisando che essa è ravvisabile solo in presenza di un collegamento reale con l’economia dello Stato o territorio di insediamento, costituito, in alternativa, dalla prevalente fonte dei capitali utilizzati ovvero dalla destinazione degli impieghi o dall’origine dei relativi rendimenti lordi.

Sempre in tema di “effettiva attività industriale e commerciale”, viene introdotto nell’art. 167 del TUIR il nuovo comma 5-*bis* che ne nega la sussistenza quando i proventi della CFC provengono per più del 50 per cento da redditi particolarmente mobili, c.d. *tainted income*, in coerenza con i regimi CFC di altri paesi Ocse (Australia...). Redditi conseguiti in attività “passive” o interne al gruppo che possono facilmente essere trasferite e trovare rifugio ovunque, per minimizzare, fino ad azzerarlo, l’onere fiscale. Si tratta di attività di mera detenzione gestione o investimento in partecipazioni, titoli, crediti o altre attività finanziarie o

della concessione in uso di diritti immateriali di ogni tipo da cui derivano dividendi interessi o royalty (*passive income*) o di fornitura di servizi che, senza creare valore né sottostare al rischio d'impresa, sono resi a soggetti appartenenti allo stesso gruppo. Ipotesi cui è possibile accomunare (meglio sarebbe se in via normativa) anche l'attività delle società di distribuzione di beni che operano solo come *buy-sell*.

La norma ha sicuramente un effetto dirompente per le *portfolio holding* e le società intestatarie di marchi, brevetti e licenze di ogni tipo, anche perché non **consente la prova contraria**.

Con l'attuale intervento, il regime CFC dell'art. 167 si complica notevolmente finendo per cumulare due differenti (e alternative) impostazioni: quella dei Paesi che, come la Francia, assoggettano a tassazione l'intero reddito della controllata estera localizzata in un paradiso della quale non sia stato dimostrato lo svolgimento di un'effettiva attività d'impresa e quello dei Paesi che, come gli USA, recuperano in capo al residente i soli *passive o tainted income* delle controllate estere ovunque insediate⁸.

Potrebbe così succedere che una holding mista, alla quale sia stata riconosciuta, in sede di interpello, l'esimente dell'esercizio di un'effettiva attività commerciale, venga, ciononostante, periodicamente attratta al regime CFC a fronte – ad esempio – di dividendi di elevato ammontare distribuiti in un determinato esercizio da una propria partecipata. Con la conseguenza, che una società che manifesta una connessione economicamente significativa con lo Stato di insediamento può trasformarsi – di volta in volta – in un mero schermo il cui reddito nella piena disponibilità del controllante. Con l'ulteriore aggravante che se, nell'esercizio in cui non si applica il regime, la società estera consegue una perdita, la stessa non assume rilevanza alcuna per il soggetto controllante che non potrà utilizzarla per compensare, negli esercizi successivi, i redditi che invece saranno attratti a tassazione, per effetto del comma 5- *bis*

⁸ Da segnalare, al riguardo che in un documento (CCCTB/WP065/Regole antiabuso) preparato in relazione al progetto di determinazione di una base imponibile consolidata per le imprese (CCCTB -Common Consolidated Corporate Tax Base) la Commissione europea prevedeva di semplificare la disciplina CFC, prevedendone l'applicazione alle sole società estere, localizzate anche in paesi a fiscalità ordinaria, il cui reddito fosse costituito, per almeno l'80 per cento, da *passive income*. In presenza di una CFC che avera il requisito prevedeva che, in ogni caso., venissero assoggettati a tassazione in capo al soggetto controllante i soli *passive income* e non l'intero reddito della controllata

La norma, sotto questo profilo, non è né chiara né facilmente gestibile e andrebbe eliminata o rimeditata, perché le due diverse filosofie cui si ispira richiedono, in ogni caso, di essere coordinate. Potrebbe invece essere inserita nel comma 5 (dopo la disposizione che riguarda le banche e le assicurazioni) la previsione secondo cui non costituisce esercizio di un effettiva attività economica la mera fornitura di servizi infragruppo o l'attività delle società *buy – sell*.

In ogni caso, dovrebbe essere chiarito che la disposizione del comma 5- *bis* non si applica alle società bancarie, finanziarie ecc, per le quali le componenti di reddito in questione costituiscono proventi propri della attività caratteristica.

Infine il nuovo comma 8- *bis*, inserito nell'art. 167 prevede l' estensione del regime CFC anche alle società controllate localizzate in Paesi non a fiscalità privilegiata, compresi gli Stati membri della Comunità europea. E ciò, quando si realizzano congiuntamente due condizioni: l'assoggettamento ad un livello di tassazione effettivo (e non solo nominale) inferiore per più della metà di quello cui sarebbero state soggette in Italia e il conseguimento di proventi derivanti per più del 50 per cento da attività “passive” o di prestazioni di servizi infragruppo nel senso già precisato a commento del comma 5- *bis*, il cui dato testuale è esattamente ripreso anche nel comma 8- *bis*. E' comunque ammessa la prova contraria consistente nel dimostrare, in sede di interpello obbligatorio, che l'insediamento all'estero non rappresenta una “costruzione artificiosa” volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale.

Viene così introdotto un doppio livello di regole, differenziate tra di loro, a seconda che si applichino nei confronti dei paesi terzi o nei confronti di Stati membri UE.

Si avverte, solo in lontananza, l'influenza delle indicazioni illustrate nella Comunicazione (COM(2007)785) su “L'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta”, laddove la Commissione europea, richiama i principi chiave enunciati dalla Corte di Giustizia. Precisando che, mentre nei confronti dei Paesi terzi non vi sono limiti di diritto comunitario alla applicazione di regimi CFC, nei confronti degli Stati membri, invece, la restrizione delle libertà fondamentali può essere giustificata dalla necessità di evitare l'abuso, solo se le misure adottate hanno lo scopo di impedire “costruzioni di puro artificio” e sono proporzionate.

La Commissione forniva anche ulteriori orientamenti dei quali invece l'art. 13 del dl n. 78 non tiene minimamente conto, richiamando, in particolare, la necessità di coordinare a livello europeo i diversi regimi CFC, trovando soluzioni comuni e di mantenere un giusto equilibrio tra l'interesse generale a combattere l'abuso e la necessità di evitare restrizioni sproporzionate dell'attività transfrontaliera. In ogni caso, secondo la Commissione, sarebbe preferibile contrastare l'utilizzo di entità di puro artificio affinando le regole e i controlli sulla residenza e la estero vestizione, che hanno un impatto meno dirompente e generalizzato sulla attività delle imprese. E ciò nella considerazione che le società estere, non qualificabili come meri schermi giuridici, devono essere autonome sotto il profilo organizzativo e funzionale oltre che giuridico, svolgere in via principale una effettiva attività d'impresa e essere soggette a una mera attività di coordinamento da parte del controllante, secondo lo schema *multi test* "perché cosa come" : *motiv test* (ragioni economiche) + *business activity test* + *organization test*. Le costruzioni di puro artificio sono infatti caratterizzate da un elemento soggettivo, ravvisabile, con il *motive test* , nella volontà di conseguire un vantaggio fiscale e dalla mancanza di elementi oggettivi risultanti dai *business activity e organization test*.

Anche alla luce delle indicazioni fornite in sede comunitaria oltre che a livello OCSE, l'intervento sul regime CFC appare complessivamente scoordinato al proprio interno e in rapporto ad altri istituti dell'ordinamento (le recenti regole interne su residenza e estero vestizione, interposizione fittizia...), oltre che in rapporto ai regimi più semplici degli altri ordinamenti.

Come formulata inoltre, non appare del tutto coerente – in tema di prova liberatoria - con l'orientamento della Corte di Giustizia, nella sentenza 12 settembre 2006 Cadbury Schweppes (Causa C- 196/04:

“Gli articoli 43 e 48 CE...ostano all'inclusione, nella base imponibile di una società residente in uno Stato membro, degli utili realizzati da una società estera controllata stabilita in un altro Stato allorché tali utili sono ivi soggetti ad un livello impositivo inferiore a quello applicabile nel primo stato, a meno che tale inclusione non riguardi costruzioni di puro artificio destinate ad eludere l'imposta nazionale normalmente dovuta. L'applicazione di una misura impositiva siffatta deve perciò essere esclusa ove da elementi oggettivi e verificabili

da parte di terzi risulti che, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la controllata è realmente impiantata nello stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive”

In definitiva, a fronte degli orientamenti internazionali e comunitari cui si richiamano, le nuove disposizioni introdotte con l'articolo 13 appaiono in definitiva poco coordinate e di complessa gestione. In ogni caso, anziché attivare e creare (come gli altri grandi Paesi Ocse) una più vasta rete di rapporti internazionali da cui trarre informazioni utili alle strategie di controllo delle situazioni più aggressive e abusive, procedono, *nelle more*, nella opposta direzione di rendere più complessi i processi di internazionalizzazione delle imprese.