



▲
TALENTURE

▲
TALENTURE ADVISORY S.A.
CH-6901 LUGANO, PALAZZO GARGANTINI
RIVA ALBERTOLLI 1, CP 6525
TEL. +41+91+9125050
FAX +41+91+9125060
www.talentureadvisory.ch
info@talenture.ch

APPUNTI DELL'INTERVENTO DEL DOTT. STEFANO GRAIDI AL CONVEGNO DI FISCALITÀ INTERNAZIONALE - GARDONE RIVIERA 2015

Oggi dovrei parlare di lotta all'elusione: arbitraggi e doppie non imposizioni.

Vorrei tentare di approcciare la tematica dell'elusività da un'angolazione particolare e cioè tentare di verificare che in talune situazioni il risparmio fiscale è elemento sistematico della norma e quindi di per sé né elusivo né abusivo. La mia allocuzione ha l'obiettivo di provocare alcune riflessioni, quindi non ha carattere assertivo né esaustivo. Su questi punti c'è un vivace scambio di opinioni a diversi livelli istituzionali e in ambito accademico.

Le situazioni che sottopongo alla vostra attenzione sono i casi di doppia non imposizione fiscale, la rivalutazione delle partecipazioni e le norme CFC.

Focalizziamo le fattispecie per il loro carattere oggettivo spoglie da contesti negoziali artificiosi o da situazioni cosiddette di *treaty shopping*, diciamo in generale "senza artifici".

I casi di doppia non imposizione si possono realizzare applicando fra due Stati le norme previste dalle Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni e le norme di diritto interno di ciascun contraente.

Vorrei fare alcuni esempi:



CASO A



P.E.: stato della fonte

No P.E. per DTC*

5% Tax*

* - lavori (cantiere; installazione) ; Art.5(4)



CASO B



Dividendi imponibili x 5%

partnership

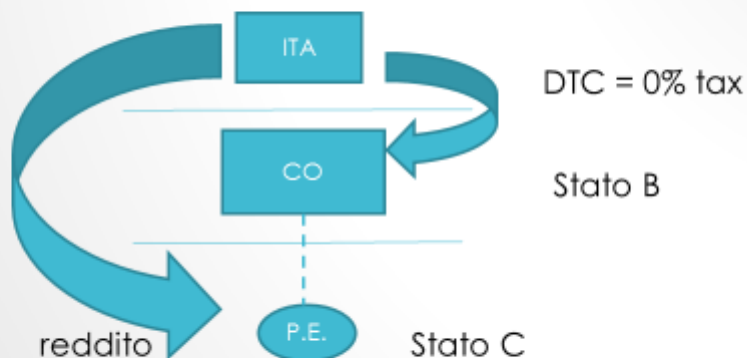
Principio
trasparenza
fiscale

Stato della fonte
DTC = wntax 0%





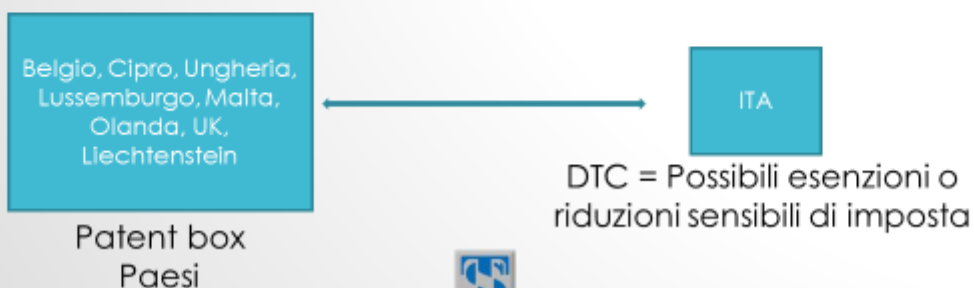
CASO C



CASO D

• Patent box

- detassazione parziale del reddito derivante dall'utilizzo di opere dell'ingegno, brevetti industriali, marchi d'impresa, disegni, modelli, processi, formule e informazioni, relativi a esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale e scientifico, giuridicamente tutelabili
- **ITA: per il 2015 deduzione IRES e IRAP pari al 30% del reddito agevolabile (40% per il 2016 e 50% dal 2017)**





Quindi i contribuenti beneficiano di vantaggi fiscali che risultano dalla interazione fra la normativa domestica e dalle norme convenzionali. I casi dove un determinato reddito è totalmente esente da imposta sono piuttosto frequenti in queste situazioni.

Di conseguenza la casistica di doppia NON imposizione suscita sempre più attenzione da parte dell'OCSE e delle Amministrazioni fiscali nazionali. In diversi casi, le Autorità tributarie tendono a sviluppare nuovi orientamenti interpretativi per fare in modo che il reddito in questione sia tassato almeno una volta. Questo approccio non trova però giustificazione né a livello giuridico né dottrinale, almeno finché l'OCSE non modifica il proprio modello di convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni o gli Stati contraenti non modificano i trattati esistenti ovvero non negozino disposizioni che si discostino dal modello OCSE.

La prima domanda è: **evitare la doppia imposizione e la doppia non imposizione costituisce lo scopo dei Trattati?**

L'intestazione della convenzione, il preambolo e la struttura normativa del trattato specificano quale sia lo scopo: evitare la doppia tassazione.

Tuttavia, la sussistenza effettiva di una doppia tassazione non è presupposto senza il quale si possa applicare la convenzione. All'opposto sappiamo che una convenzione non elimina tutti i casi di doppia imposizione. Il trattato evita le doppie imposizioni solamente nell'ambito del proprio oggetto delimitato dall'Art. 1 e Art.4(1).

Il presupposto soggettivo riguarda le persone fisiche e giuridiche che sono soggetti passivi d'imposta (cd. "*liable to tax*") in uno dei due Stati contraenti. Soggetto passivo d'imposta non significa assolutamente che la persona fisica o giuridica abbia effettivamente subito una imposizione quale condizione di applicazione del Trattato. Non ci sono riscontri in tal senso né nel commentario né nelle norme convenzionali.

Inoltre, la convenzione si applica limitatamente alle imposte specificate all'Art.2. In tal senso la convenzione non ha la possibilità di evitare al contribuente ogni forma di doppia imposizione.

La convenzione - sempre al fine di evitare una doppia imposizione - prevede un meccanismo di ripartizione della potestà impositiva fra i due Stati contraenti, la cosiddetta "*distributive rule*", negoziata fra le due Parti stesse.

È lo Stato della fonte, al quale normalmente si applica questa *distributive rule*, che spesso limita la sua potestà impositiva. Quando lo Stato della fonte mantiene ancora un diritto ad imporre la propria imposta ancorché in misura limitata in applicazione della Convenzione, la doppia imposizione nello Stato di residenza del beneficiario del reddito si evita applicando i metodi previsti dall'Art. 23 del Modello OCSE.

Questo articolo si riferisce alla modalità di applicazione della *distributive rule* e stabilisce se si debba applicare il metodo dell'esenzione o del credito d'imposta. Nonostante ciò, non possiamo affermare che la Convenzione escluda casi di doppia imposizione, come



accade ad esempio per la cosiddetta “doppia imposizione economica” nei casi di controversia in materia di *transfer pricing* con una Amministrazione fiscale nazionale. La Convenzione prevede dei rimedi all’Art. 9, ma limitatamente ai soggetti indicati e con modalità non vincolanti.

Ora mi domando se **evitare la doppia imposizione e la doppia non imposizione siano le due facce della stessa medaglia.**

Si potrebbe pensare che lo scopo di evitare la doppia non imposizione emerga inevitabilmente come complemento all’obiettivo palese delle convenzioni contro le doppie imposizioni.

Tuttavia, le convenzioni non sono concepite in alcun modo allo scopo di evitare una doppia non imposizione (tant’è che solo in alcuni casi questo obiettivo è dichiarato discostandosi dal modello OCSE).

Domanda: la doppia non imposizione può essere il risultato di una obbligazione legale contenuta nel Trattato?

In effetti, alcune norme convenzionali pattuite fra gli Stati contraenti limitano la potestà impositiva di entrambi con il risultato di una piena o parziale doppia non imposizione.

Mi riferisco all’applicazione del cosiddetto *tax sparing* o *matching credit* previsti in Convenzioni bilaterali con Paesi in via di sviluppo. Secondo questo meccanismo, lo Stato di residenza deve concedere un credito d’imposta più elevato rispetto alle imposte applicate dallo Stato della fonte conformi al dettato convenzionale.

Lo Stato di residenza di fatto concede un vantaggio fiscale ai propri residenti che investono nell’altro Stato.

L’obiettivo in questi casi è di favorire gli investimenti e gli scambi nel Paese della fonte da parte di residenti dell’altro Stato contraente.

Si tratta di disposizioni che hanno un carattere geopolitico.

Ora, possiamo affermare che le Convenzioni permettono la doppia non imposizione?

Gli Stati contraenti decidono con un negoziato come e in che misura ripartire e limitare le rispettive potestà impositive. Quindi, la Convenzione semplicemente concede agli Stati contraenti un **potere** impositivo, ma non viene stabilito in alcun modo l’**obbligo** che questo potere venga esercitato effettivamente.

Non esercitare tale potestà o come Stato di residenza o come Stato della fonte può risultare in una doppia non imposizione.



Questi casi sono più frequenti quando lo Stato di residenza applica il metodo dell'esenzione per evitare la doppia imposizione sia per scelta normativa Convenzionale ma soprattutto per norma di diritto interno.

L'Italia applica come Stato di residenza il metodo del credito d'imposta che limita o diciamo esclude la possibilità di doppia non imposizione per i suoi residenti.

Provocatoriamente, considerato che le Convenzioni non escludono la doppia non imposizione, siamo certi che non sia uno scopo delle stesse?

Dobbiamo presumere che i negoziatori dei due Stati contraenti siano consapevoli dei possibili effetti fiscali derivanti dall'applicazione di ciascuna norma convenzionale sui propri contribuenti. Anche quando la Convenzione è conforme al modello OCSE è difficile stabilire l'intenzione dei negoziatori. Normalmente, non vi sono evidenze sul fatto che i negoziatori abbiano raggiunto un accordo su uno specifico articolo perché erano certi che l'altro Stato contraente avrebbe effettivamente esercitato il proprio diritto a tassare.

Certamente è difficile provare che le Parti contraenti avrebbero concluso un Trattato diverso dal modello OCSE se uno dei due Stati non avesse potuto esercitare la potestà impositiva prevista dalla Convenzione a causa del proprio diritto interno.

I contraenti avrebbero la possibilità di ripartire la potestà impositiva con l'intenzione di assicurarsi che i redditi siano sempre tassati almeno una volta.

Di queste intenzioni negoziali però non c'è evidenza e alle volte influiscono motivi di carattere più politico.

Tra l'altro, gli Stati contraenti sanno che le norme fiscali nazionali cambiano e che uno dei due Stati contraenti potrebbe ad un certo punto non essere più in grado di esercitare la propria potestà impositiva per le nuove norme fiscali domestiche.

Se gli Stati contraenti volessero effettivamente essere sicuri che la Convenzione bilaterale nel futuro non porti a casi di doppia non imposizione, non serve appellarsi a interpretazioni astruse della stessa, ma l'unico rimedio è la rinegoziazione.

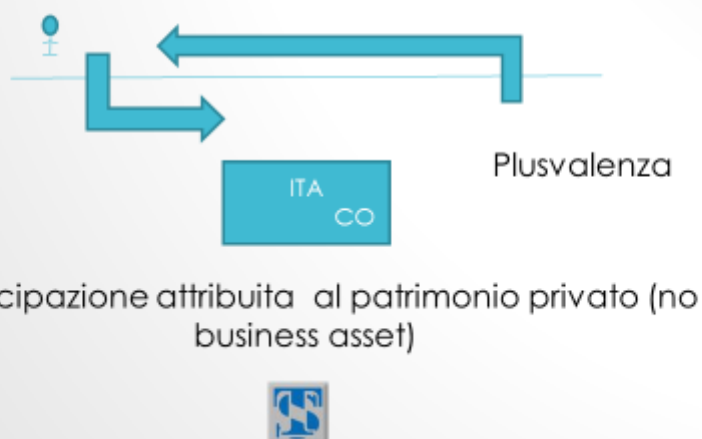
Se gli Stati contraenti avessero voluto eliminare la doppia non imposizione nelle loro relazioni bilaterali, avrebbero dovuto impegnarsi attraverso le proprie norme interne di diritto internazionale affinché determinate fattispecie fossero assoggettate all'imposta in ogni caso in uno dei due Stati contraenti. (come ad esempio nella convenzione fra Italia e Germania per le plusvalenze immobiliari).

Se al contrario, le Parti contraenti non tassano certe fattispecie sulla base di norme interne, questo non contravviene in alcun modo lo scopo e l'oggetto della Convenzione bilaterale.

Un ultimo esempio di doppia non imposizione riguarda l'Art.13 della Convenzione Italia-Svizzera particolarmente significativo.



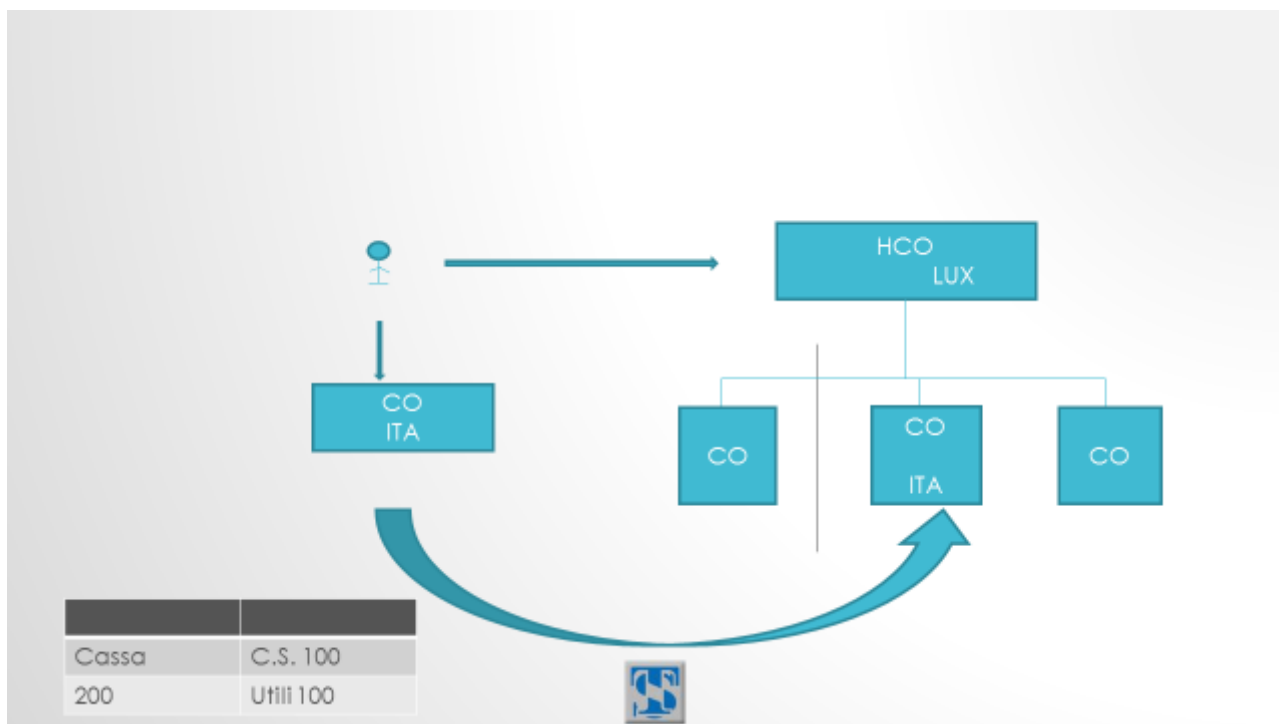
ART. 13(3) CONVENZIONE IT-CH



L' articolo è conforme al modello OCSE.

Rimanendo in ambito di plusvalenze traghettiamoci al secondo argomento sulla rivalutazione delle partecipazioni.

La domanda clou è: **ci può essere elusione o abuso applicando una imposta volontaria ?**



Quale è la *ratio legis* di questa normativa sull'affrancamento?

L'affrancamento del valore delle partecipazioni societarie risponde alla logica tipica delle imposte volontarie che sottintendono uno scambio, tra una imposta versata oggi e maggiori valori fiscali spendibili un domani.

La dottrina parla di prestito fiscale perché da un lato chi affranca paga subito l'imposta sostitutiva nella prospettiva di realizzare plusvalenze da una cessione sulle quali risparmia le imposte ordinariamente dovute. , dall'altro lato il Fisco riscuote subito una imposta (forse ridotta nell'ammontare) che altrimenti avrebbe riscosso nella futura vendita effettiva.

Domanda: **si tratta di una agevolazione?**

La risposta parrebbe negativa, in quanto non rappresenta una misura vantaggiosa di cui bisogna essere meritevoli né è preordinata a specifiche finalità (ad esempio incentivare settori economici, aumentare le assunzioni, investire in beni strumentali, ecc.)

Domanda: **è soggetta a condizioni ?**

No, non sono previste condizioni da soddisfare per poter beneficiare dell'affrancamento. Bisogna semplicemente soddisfare i requisiti soggettivi, persone fisiche non imprenditori, predisporre la perizia e pagare l'imposta. Stop.

Non è neanche previsto un *holding period*, tant'è che alle volte si affranca dopo aver venduto.

Domanda: **di che imposta si tratta?**



Il versamento è commisurato al valore lordo delle partecipazioni e non alle plusvalenze. È quindi una imposta di carattere patrimoniale più che reddituale.

Tra l'altro così impostata, l'affrancamento potrebbe comportare anche doppie imposizioni, qualora ad esempio le partecipazioni siano state cedute o affrancate dal precedente proprietario.

La misura dell'aliquota è appetibile per chi affranca, ma anche per il Fisco che riscuote su valori già precedentemente tassati.

La domanda clou è: **la trasformazione di riserve distribuibili in plusvalenze a seguito dell'affrancamento è elusivo oppure conforme alla logica dell'imposta volontaria?**

La rideterminazione del valore di partecipazioni societarie con riserve di utili, seguite dalla loro cessione potrebbe essere un modo per monetizzare tali riserve invece di incassare dividendi, come nel nostro esempio.

Si potrebbe sospettare che la tassazione della quota imponibile dei dividendi sia sostituita economicamente dalla rivalutazione a pagamento.

Dobbiamo capire se questa fattispecie configura abuso o elusione ai sensi dell'Art. 37-bis del DPR 600/1973.

Qual è l'essenza dell'abuso e dell'elusione?

È l'aggiramento, il sotterfugio formalmente legittimo ma contrario alla logica del sistema. Bisogna verificare se un qualche espediente interpretativo, uno strattagemma sia riscontrabile.

Abbiamo detto della *ratio legis* dell'affrancamento e della sua natura di prestito fiscale. Su queste premesse la monetizzazione di riserve iscritte in bilancio equivalgono al vantaggio fiscale di cedere le partecipazioni con un avviamento implicito e plusvalenze latenti.

Non si capisce quale sia la differenza tra chi affranca plusvalori latenti e chi lo fa con plusvalori e riserve da distribuire contabilizzate.

La spendita di valori affrancati dovrebbe essere ammessa con riguardo a tutti i profili, anche quello della percezione indiretta dei dividendi. La trasformazione di dividendi in plusvalenze o la riqualificazione da reddito di capitale a reddito diverso non sono una misura agevolativa nel rispetto di condizioni imposte, ma un fenomeno sistematico che consegue allo scambio fra l'uovo oggi (l'imposta sostitutiva) e la gallina domani.

Quale sarebbe altrimenti la ragione per la quale in ambito del cosiddetto prestito fiscale l'affrancamento sarebbe lecito solo in occasione della circolazione di partecipazione prive di riserve e utili?

Mentre al contrario si aggirerebbe elusivamente il sistema se le partecipazioni avessero dividendi nel patrimonio?



Ripeto la norma sull'affrancamento non prevede né condizioni né limiti a tale proposito.

Una spiegazione che mi sono dato si basa sul fatto che il legislatore è partito dal presupposto che in capo alle persone fisiche non imprenditori la tassazione delle plusvalenze e dei dividendi è equivalente e, di conseguenza, equivalente deve essere la tassazione di riserve distribuibili iscritte in bilancio.

Riferendomi all'esempio fatto precedentemente (cioè persona fisica non imprenditore residente in Svizzera che realizza plusvalenze esenti per norma interna svizzera), va precisato che diversamente dall'Italia, i dividendi sono tassati nella misura del 60% mentre le plusvalenze sono esenti. Quindi la riqualificazione da reddito di capitale a reddito diverso esente è motivo di applicazione di disposizioni antielusive anche nel caso di vendita a terze parti.

In conclusione sembrerebbe che parlare di elusione o di abuso a fronte di un ottenimento troppo rapido dei benefici connessi alla rivalutazione, compresa la monetizzazione delle riserve nelle società rivalutate, contraddice la finalità stessa della normativa sull'affrancamento.

Il terzo ed ultimo quesito è: **può l'applicazione di una normativa antielusiva essere elusiva?**





CIRCOLARE AGENZIA DELLE ENTRATE 6 OTTOBRE 2010 N. 51/E

- I redditi della CFC sono determinati (...) secondo le regole ordinariamente previste per la determinazione del reddito d'impresa (...).
- Ne consegue che se nel corso dell'esercizio la cfc percepisce dividendi da proprie partecipate estere in stati «white-list», **tali proventi concorrono a formare il reddito della cfc ai sensi dell'art. 89, comma 2, del tuir, cioè nella misura del 5 per cento.**



CIRCOLARE AGENZIA DELLE ENTRATE 26 MAGGIO 2011 N. 23/E

- L'imposizione per trasparenza del reddito della CFC esaurisce in genere il prelievo fiscale in relazione al medesimo reddito. Pertanto, se gli utili distribuiti dalla CFC originano da un reddito precedentemente tassato per trasparenza in capo al socio italiano gli stessi non vanno nuovamente tassati in capo al medesimo soggetto.
- Qualora la cfc non black-list distribuisca utili non tassati per trasparenza in capo alla controllante italiana, in quanto derivanti, ad esempio, da riserve pregresse all'acquisto del controllo, tali utili concorreranno alla formazione del reddito della controllante residente per il 5 per cento del loro ammontare se e nella misura in cui provengono da uno Stato o territorio diverso da quelli compresi nella black-list.





▲
TALENTURE

OPPORTUNITÀ?

IMPOSIZIONE SENZA CFC

UTILE ALFA	200
DIVIDENDI DISTRIBUITI DA ALFA	200
QUOTA IMPONIBILE IN CAPO AL SOCIO	49,72
REDDITO IMPONIBILE	99.4
IRPEF 43%	42.76

IMPOSIZIONE TRAMITE CFC

UTILE ALFA	200
DIVIDENDI DISTRIBUITI DA ALFA	200
QUOTA IMPONIBILE IN CAPO AL SOCIO	5%
REDDITO IMPONIBILE	10
IRPEF 43%	4,3



Concludo affermando che il risparmio fiscale non deve ritenersi vietato se non aggira i principi del sistema tributario di riferimento.

Vi ringrazio per l'attenzione e buon proseguimento.

Stefano Graidì
 Riva Albertoli 1
 CH 6901 Lugano - Switzerland
 Phone +41 91912 5050
 Fax +41 91912 5060
 email: stefano.graidi@talenture.ch
 web: www.talenture.ch