



Fiscalità internazionale

ELUSIONE FISCALE E DELOCALIZZAZIONE OPERATIVA Istruzioni per l'utilizzo corretto di alcuni montaggi internazionali

di Giancarlo Cervino

Direttore Centre for International Fiscal Studies - Lugano

Premessa: lotta alla frode, evasione ed elusione fiscale internazionali

I fenomeni dell'elusione, dell'evasione, della frode fiscale o più semplicemente della "disobbedienza civile" riguardo al pagamento delle tasse, imposte, decime e quant'altro, sono documentati già nei testi biblici, e sono ben conosciuti ed analizzati.

La loro diffusione va di pari passo con l'andamento del contesto economico e sociale e la loro dimensione è anche influenzata dal rapporto storico fra il suddito e poi il cittadino e l'autorità statale.

In economie autarchiche o con un basso tasso di apertura agli scambi internazionali, sono stati però sempre dei fenomeni interni, facilmente arginabili con politiche di controllo amministrativo ed, in alcuni casi, militare o di polizia.

In un'economia aperta planetaria come quella attuale, si sono anch'essi "globalizzati", ponendo dei seri problemi di controllo transnazionale dei flussi di ricchezza derivati da risparmio fiscale, lecito o illecito. Il tutto è stato aggravato da:

- a) una dimensione sempre più transfrontaliera dei gruppi di imprese, che permette dei trasferimenti infragruppo fra i vari Paesi alla ricerca dell'imposizione consolidata il più favorevole possibile,
- b) dall'emergere di politiche di incentivo fiscale agli investimenti introdotte da Paesi in via di sviluppo,
- c) dalla necessità, per i principali Paesi industrializzati di aumentare la pressione fiscale per finanziare un sistema di *welfare* interno sempre più costoso a causa di un fenomeno di invecchiamento della popolazione attiva (con una speranza di vita più alta) e di flussi migratori di popolazioni estere che entrano nel tessuto economico con bassi redditi e con un minor contributo di gettito per le casse statali a fronte di una crescente richiesta di servizi necessari alla loro integrazione.

In questo contesto si collocano anche i provvedimenti di politica fiscale restrittiva introdotti dai principali Governi europei (Germania, Francia, Regno Unito) e da quello italiano in un recentissimo decreto, che, con lo scopo di recuperare maggiori entrate, hanno introdotto una politica di "tolleranza zero" verso i fenomeni summenzionati di elusione, evasione e frode fiscale.

Soprattutto l'ultimo provvedimento italiano, il D.L. 4.7.2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), pubblicato nella GU n. 153 del 4.7.2006, è destinato a ridisegnare la mappa delle possibilità di pianificazione fiscale per le imprese italiane e quelle estere operanti in Italia, in seguito all'introduzione del nuovo concetto di "esterovestizione" di un'impresa straniera in Italia, della cui portata operativa parleremo in dettaglio nel seguito della trattazione.

Una definizione classica di elusione fiscale

Premesso che tratteremo esclusivamente di possibilità di riduzione lecita del carico d'imposta complessivo per le imprese di natura transnazionale, giova ricordare le principali definizioni concettuali che analizzeremo, cominciando da quella di legittimo risparmio d'imposta, che veniva

riassunta da Lord *Tomlin* in questa frase: "ogni uomo ha il diritto, se può, di gestire i suoi affari in modo che la tassa applicabile in virtù della legge appropriata sia inferiore a quella che altrimenti avrebbe dovuto essere".

Di fronte alla possibilità offerta dal legislatore di applicare due differenti carichi fiscali ad uno stesso soggetto o attività (per esempio un'opzione fra una tassazione ordinaria ed una agevolata) è diritto del contribuente di scegliere quella più favorevole, anche se non è un obbligo tassativo.

L'elusione invece potrebbe essere definita come "ogni atto tendente ad eliminare o ridurre il carico tributario mediante comportamento giuridicamente lecito". Il problema è però dato dalla necessità di individuare il confine, non sempre ben definito fra legittimo risparmio di imposta, giuridicamente lecito ed elusione illecita.

Per meglio chiarire la problematica, compariamo brevemente l'impostazione inglese, francese e la normativa italiana.

Regno Unito

Il principio "*Ramsay*" è in pratica una dottrina generale antielusiva elaborata in una celebre sentenza dai Lord inglesi.

Ecco gli elementi essenziali del caso *Ramsay*: "un passo preordinato nella transazione inserito per ragioni elusive che può essere intellettualmente rimosso".

In *Ramsay v. IRC*, la società *Ramsay* aveva realizzato un piccolo guadagno (per rapporto ad oggi) di £187.977, e voleva evitare l'imposta. Quindi acquistò le azioni di una società la *Caithmead* – per £185.000 e fece due prestiti alla stessa ognuno per £218.000 al 11%. A questo punto aveva un costo di acquisto di £185.000, e due prestiti di pari importo.

Le condizioni dei prestiti avevano delle speciali caratteristiche che permettevano al tasso di interesse di uno di essere raddoppiato e dell'altro di essere ridotto a zero e nel momento in cui ciò avveniva potevano essere rimborsati al più grande fra la pari ed il valore di mercato.

Ramsay raddoppiò il tasso di interesse di un prestito al 22% e ridusse quello dell'altro a zero. Vendette a quel punto il primo al doppio del suo costo con la pretesa che la plusvalenza non era tassabile.

Ma *Caithmead* dovette pagare per scaricarsi dei suoi debiti sul primo prestito due volte in più di quello che aveva preso a prestito e rimborsare il secondo, con il risultato che il valore delle sue azioni crollò a zero.

Ramsay richiese la svalutazione fiscale delle azioni *Caithmead* in suo possesso per azzerare la plusvalenza realizzata di £187.977.

La Camera dei *Lords* (tribunale di ultima istanza britannico) negò tale svalutazione perchè si trattava in realtà di una serie preordinata di transazioni a motivazione esclusivamente antielusiva. Concluse quindi che la perdita non solo non era utilizzabile ma in pratica non esisteva.

Francia

In Francia, l'articolo L. 64 B del Libro delle Procedure Fiscali dispone che:

Non sono opponibili all'amministrazione delle imposte gli atti che dissimulano la reale portata di un contratto o di una convenzione grazie a delle clausole:

- a. *Che riducono l'importo dei diritti di registro o dell'imposta fondiaria;*
- b. *O che mascherano o il realizzo, o un trasferimento di profitti o di redditi;*
- c. *O che permettono di evitare, in tutto o in parte, il pagamento delle tasse sulla cifra d'affari corrispondenti alle operazioni effettuate in esecuzione di un contratto o di una convenzione.*

L'amministrazione ha il diritto di restituire all'operazione controversa il suo carattere genuino. In caso di disaccordo sulle correzioni notificate sulla base del presente articolo, la controversia è sottoposta, su richiesta del contribuente, al parere del Comitato Consultivo per la Repressione degli Abusi di Diritto. L'amministrazione può egualmente sottoporre la controversia al parere del comitato ... (omissis).

... (omissis) La procedura definita all'articolo L. 64 non è applicabile quando un contribuente, preventivamente alla conclusione di un contratto o di una convenzione, abbia consultato per iscritto l'amministrazione centrale fornendogli tutti gli elementi utili per apprezzare la reale portata

di questa operazione e che l'amministrazione non abbia risposto entro i sei mesi successivi al deposito della domanda (la cosiddetta procedura del « rescrit » fiscale).

Si tratta di una norma generale antielusiva molto utilizzata dall'Amministrazione fiscale francese che copre tutti i tipi di imposta, tassa, diritto di registro e che rende non opponibili tutti gli atti dissimulativi dello scopo reale di una transazione con delle clausole che alternativamente portano ad una riduzione del carico fiscale o mascherano un realizzo o trasferimento (anche estero) di redditi o profitti altrimenti imponibili.

Questa norma è stata più volte criticata anche dalla dottrina straniera (fra cui quella italiana) per avere una portata troppo generale e per attribuire un grande potere discrezionale all'Amministrazione. Si deve però precisare che gli atti di cui sopra non sono nulli o annullabili civilisticamente ma soltanto non producono l'effetto fiscale distorto voluto dal contribuente.

Questa norma fa poi riferimento ad un concetto di dissimulazione e mascheramento che non è sempre molto agevole da dimostrare in sede di contenzioso e non poche volte l'Amministrazione fiscale ha perso la sua battaglia giurisprudenziale.

Italia

La normativa fiscale antielusiva italiana si basa principalmente sull'art. 37-bis del DPR 29.9.1973, n. 600.

L'art. 37-bis presuppone l'esistenza simultanea di tre condizioni per l'inopponibilità fiscale di una pluralità di atti, fatti e negozi:

- a) la mancanza di valide ragioni economiche
- b) l'aggravamento di obblighi o divieti previste dalle norme tributarie, e
- c) l'ottenimento di riduzioni o rimborsi d'imposta altrimenti indebiti.

La principale differenza con la normativa francese consiste proprio nella simultaneità delle condizioni che porta sempre non alla nullità o all'annullabilità degli atti posti in essere dal contribuente, ma al disconoscimento degli effetti fiscali auspicati dal nostro contribuente.

Ribadiamo che tutte le condizioni devono verificarsi per l'applicazione della norma antielusiva e non ci si deve limitare all'intenzione o al tentativo (possibilità prevista in altri ordinamenti quali quello svizzero).

Nella norma si parla di mancanza di valide ragioni economiche che è, a parere di chi scrive, un concetto chiave della disciplina antielusione e fa sorgere spontanee tre domande:

Cosa è una "valida ragione economica"?

Come la si crea?

Quando la si perde?

E' indubbio che se ogni operazione commerciale o imprenditoriale o soltanto di liberalità (successione e donazione, per esempio) non deve avere uno scopo puramente fiscale, non è escluso che quest'ultimo sia prevalente, con conseguenti problematiche di "misurazione della prevalenza".

Nella norma è poi insito il concetto di latenza dell'elusione nell'espressione: "Ottenere riduzioni o rimborsi indebiti". Ritengo, infatti, che anche un'operazione smaccatamente antielusiva non può essere condannata fino al momento in cui non è portata a compimento, tirandone le somme ed eludendo effettivamente l'imposta. Fino a quel punto non credo che l'Amministrazione abbia la possibilità di contestare l'operazione che con il tempo potrebbe perdere la sua connotazione prevalentemente fiscale.

Per questo motivo, sono state inserite altre norme antielusive nell'ordinamento quali quella sulle società controllate estere, quella sull'esterovestizione delle società italiane o sul trasferimento di residenza fittizio all'estero delle persone fisiche che rimediano parzialmente a questa debolezza.

E' da escludersi qualsiasi intento di evasione o frode essendo queste tipologie di transazioni perfettamente trasparenti al fisco ed è sempre importante chiedersi quando una serie di transazioni diventa elusiva – se lo diventa. Rispetto alla Francia non si prevede inoltre il concetto di « mascheramento ».

Si tratta di una normativa comunque limitata perché si applica solo ad un certo novero di operazioni (anche se la lista viene costantemente allungata):

- a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili;
- b) conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende;
- c) cessioni di crediti;
- d) cessioni di eccedenze d'imposta;
- e) operazioni di cui al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni;
- f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad oggetto i beni e i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere da c) a c-quinquies), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917;
- f-bis) cessioni di beni effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 del testo unico delle imposte sui redditi.

E' possibile la disapplicazione della norma qualora si dimostri la mancanza di effetti elusivi tramite la presentazione di un'istanza al direttore regionale dell'Agenzia delle Entrate competente per territorio. Questa strada non è molto praticata dai contribuenti italiani, sia per i tempi molto lunghi di risposta, sia perché in caso di risposta favorevole, è provata la buona fede del contribuente che si conforma al parere, ma non viene esclusa la possibilità di ulteriori verifiche o accertamenti da parte dell'Amministrazione fiscale.

Si tratta di una norma limitata e la cui efficacia nella lotta all'elusione non è stata tale come le summenzionate normative britanniche e francesi.

Erano, infatti, consentite delle operazioni di riporto d'imposta nel tempo che sono state successivamente rese problematiche da altre normative. L'ultima in ordine di approvazione è proprio la disposizione sull'esterovestizione delle società che analizzeremo in dettaglio con un esempio concreto.

Società conduit e treaty shopping – Analisi di un caso pratico

La riforma fiscale del sistema impositivo lussemburghese introdotta con la Loi 21.12.2001 ed il Règlement grand-ducal 21.12.2001 ha modificato le condizioni di accesso al cosiddetto *Schachtelprivileg* (privilegio di affiliazione) previsto dalla direttiva europea madre-figlia (90/435/CEE), oltre a prevedere una riduzione sostanziale del carico fiscale per le persone giuridiche, al fine di rilanciare l'economia.

Le società di capitali scontano alla costituzione e successivi aumenti di capitale, un diritto di registro dell'1% sul capitale sottoscritto, che si può ridurre facendo leva su un rapporto di indebitamento fra mezzi propri e mezzi di terzi di 15 a 85 (rapporto non fissato per legge ma considerato ragionevole dall'Amministrazione delle Imposte Dirette).

Questo diritto di registro non è dovuto se il versamento è effettuato per conferimento di una partecipazione di almeno il 65% di una società di capitali che ha la sua sede sociale o quella di direzione effettiva sul territorio di uno Stato membro dell'Unione Europea, e questa partecipazione sia detenuta per almeno 5 anni.

L'aliquota dell'*Impôt sur le Revenu des Collectivités* (IRC, equivalente all'IRPEG italiana), prelevata sull'insieme dei redditi di qualunque natura (salvo quelli derivanti da partecipazioni importanti) ed ovunque prodotti, da una società residente, o su quelli prodotti sul territorio dello Stato da una società non residente, è del 22% per i redditi superiori a 15.000 Euro.

A questa si aggiunge l'*Impôt de solidarité*, (IS) che è una di una sovrattassa del 4% sull'importo da versare a titolo dell'IRC, volta a finanziare il fondo di solidarietà per la disoccupazione, e l'*Impôt Commercial Communal* (ICC, molto simile alla vecchia ILOR italiana) destinata ai Comuni, la cui base è del 3% dell'utile, cui si aggiunge una sovrattassa fissata che varia secondo le località dal 180% al 300%. Nella capitale è attualmente del 250%.

In sintesi il prelievo complessivo (IRC+ IS sull'IRC + ICC indeducibile IRC) è del 30,38% per una società di capitali con sede nella città di Lussemburgo (moltiplicatore attuale ICC 250%).

Viene prelevata una ritenuta alla fonte sui dividendi distribuiti del 20% che può essere ulteriormente ridotta dall'applicazione di una convenzione contro le doppie imposizioni o azzerata dalla direttiva europea madre-figlia (cfr. dettaglio nel seguito).

Non esiste alcuna ritenuta alla fonte sugli interessi pagati da una società lussemburghese nel rispetto del rapporto di indebitamento 15:85. I pagamenti eccedenti possono essere riqualificati come distribuzione occulta di dividendi e tassati alla fonte al 20%.

Una società residente pienamente imponibile o una stabile organizzazione lussemburghese di società residente nella UE ai sensi dell'art. 2 della Dir. 90/435/CEE, o di uno Stato con cui il Lussemburgo abbia ratificato una convenzione fiscale, beneficia di un'esenzione totale dei redditi derivanti da dividendi ricevuti, se, alla data di distribuzione, detiene o s'impegna a detenere per un periodo ininterrotto di almeno dodici mesi, una partecipazione sempre superiore ad almeno il 10% (o il cui costo d'acquisto è pari ad almeno 1.200.000 Euro), in una società figlia, che sia un'altra società di capitali lussemburghese pienamente imponibile, o una società di capitali non residente assoggettata ad un'imposta corrispondente all'IRC, oppure una società residente nella UE ai sensi dell'art. 2 della Dir. 90/435/CEE.

L'aliquota minima di imposizione cui deve essere assoggettata una società di capitali non residente per essere considerata come pienamente imponibile a Lussemburgo è del 11%, prelevata su una base d'imposizione simile.

Al momento della distribuzione dei dividendi, la filiale deve effettuare una ritenuta alla fonte del 20%, eccetto nel caso in cui distribuisca ad un'altra società residente pienamente imponibile, o ad una società residente nella UE ai sensi dell'art. 2 della Dir. 90/435/CEE, o ad una stabile organizzazione lussemburghese di società residente nella UE ai sensi dell'art. 2 della Dir. 90/435/CEE, o di uno Stato con cui il Granducato abbia ratificato una convenzione fiscale, che detengano o si impegnino a detenere per un periodo ininterrotto di almeno dodici mesi, una partecipazione nella società lussemburghese, sempre superiore ad almeno il 10% (o il cui costo d'acquisto è pari ad almeno 1.200.000 Euro), alla data distribuzione del dividendo.

Una società residente pienamente imponibile o una stabile organizzazione lussemburghese di società residente nella UE ai sensi dell'art. 2 della Dir. 90/435/CEE, o di uno Stato con cui il Lussemburgo abbia ratificato una convenzione fiscale, beneficia di un'esenzione d'imposta sul plusvalore realizzato in seguito alla cessione di una partecipazione in un'altra società di capitali lussemburghese pienamente imponibile, o una società di capitali non residente assoggettata ad un'imposta corrispondente all'IRC, oppure una società residente nella UE ai sensi dell'art. 2 della Dir. 90/435/CEE, *se al momento della vendita dei titoli il cedente detiene o si impegna a detenere la suddetta partecipazione per un periodo ininterrotto di almeno 12 mesi e che durante questo periodo il tasso di partecipazione non scenda al di sotto della soglia del 10% o il prezzo di acquisto al di sotto di 6.000.000 Euro.*

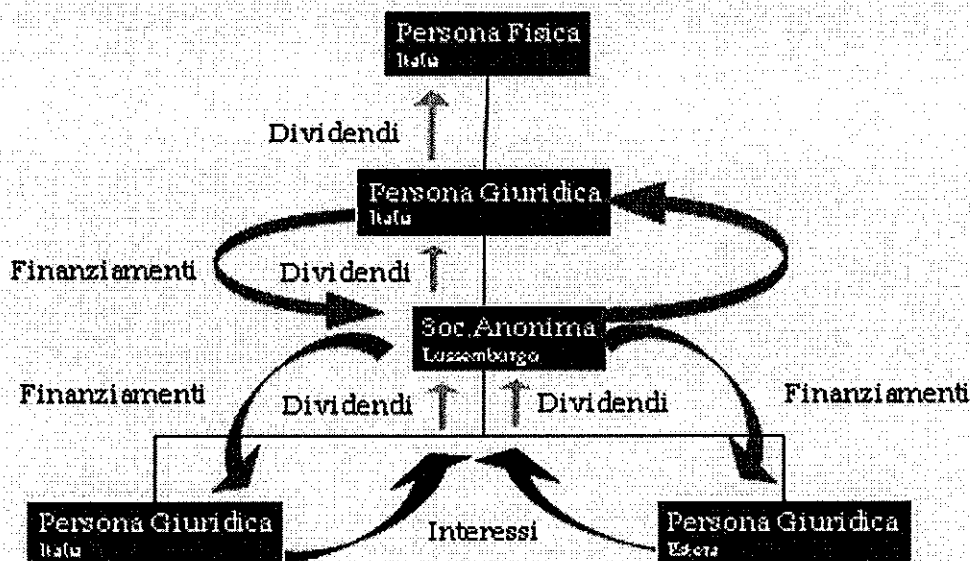
Interponendo una società anonima lussemburghese fra due società di capitali italiane (si veda lo schema) era quindi possibile realizzare uno schema *conduit* che permetteva di trasformare una plusvalenza imponibile in Italia da vendita della figlia in capo alla madre italiana in una esente in capo alla lussemburghese che veniva successivamente incamerata dalla controllante italiana come reddito esente al 95% ai sensi dell'art. 89 del DPR 917/1986.

Questo schema ha continuato ad essere attuato anche dopo la riforma che introduceva in Italia un'esenzione delle plusvalenze da partecipazione ex art. 87 del DPR 917/1986, soprattutto per le società il cui valore del patrimonio era prevalentemente costituito da beni immobili diversi da quelli alla cui produzione o scambio è effettivamente diretta l'attività d'impresa o dagli impianti e fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio d'impresa.

Inoltre, la Convenzione fiscale fra Italia e Lussemburgo non equipara la detenzione di una società immobiliare a quella diretta dell'immobile (come invece altri Trattati) ed è quindi applicabile il principio dell'imposizione della plusvalenza mobiliare di una società immobiliare in capo alla casa madre lussemburghese.

SOCIETÀ ANONIMA LUSSEMBURGHESE

IPOTESI DI PIANIFICAZIONE



Quali armi aveva dunque l'Amministrazione fiscale italiana per contrastare l'utilizzo di questi schemi potenzialmente elusivi?

Essenzialmente due:

- L'art. 37-bis del DPR 600/1973 summenzionato, quando la struttura era realizzata tramite conferimento in società da parte della madre italiana alla costituenda lussemburghese della figlia italiana. Ma doveva essere provata l'assenza della valida ragione economica (società estera priva di sostanza commerciale o rischio imprenditoriale), l'aggiornamento di obblighi o divieti previste dalle norme tributarie (l'imposizione sulle plusvalenze), e l'ottenimento di riduzioni o rimborsi d'imposta altrimenti indebiti (solo al momento della effettiva rivendita della società figlia italiana a terzi).
- L'art. 73 del DPR 917/1986 sull'assoggettamento all'imposta delle persone giuridiche che considera residenti, ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. L'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente doveva essere determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto ed in mancanza di questi ultimi, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato. Tale disposizione si applicava in ogni caso agli enti non residenti.

In entrambi i casi, l'onere della prova spettava all'Amministrazione finanziaria ed era molto complesso vista la difficoltà oggettiva di ricostruire la reale attività della *subholding* estera.

Per quanto riguardava l'art. 37-bis, la valida ragione economica poteva essere dimostrata aggiungendo sostanza operativa o altri investimenti esteri alla *subholding* estera e, in ogni caso, fino alla rivendita della partecipazione italiana, non vi era alcuna riduzione indebita d'imposta.

Un'operazione immobiliare di medio-lungo periodo realizzata per il tramite di una serie di immobiliari italiane detenute da una casa madre lussemburghese a sua volta figlia della capogruppo italiana, poteva essere semplicemente dimenticata dal fisco nel tempo.

Per quanto riguardava l'art. 73, la sede legale era statutariamente estera e l'assenza di amministratori cittadini e/o residenti in Italia, diminuiva il rischio di una sede dell'amministrazione effettiva (almeno formale) sul territorio italiano.

Restava soltanto l'oggetto principale sul territorio dello Stato italiano che poteva essere palese nel caso di una singola partecipazione immobiliare come esclusivo attivo della *subholding* estera.

Anche per questa situazione valgono le stesse considerazioni della costruzione della valida ragione economica e comunque la scarsa trasparenza delle strutture estere rendeva difficile per l'Amministrazione di provare l'esterovestizione di una società di fatto fiscalmente residente in Italia.

Quindi tutto bene fino a quando l' art. 35, co. 13 del D.L. 4.7.2006, n. 223, non ha introdotto proprio all'art. 73 del DPR 917/985 i seguenti commi:

"5-bis. Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, del codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa:

a) sono controllate, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;

b) sono amministrate da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

5-ter. Ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al comma 5-bis, rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato. Ai medesimi fini, per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5".

Questa disposizione produce i suoi effetti a decorrere dal periodo d'imposta 2006, lasciando ben poco spazio temporale al contribuente per poter riorganizzare le strutture esistenti.

La relazione tecnica del Ministro sgombra il dubbio da parecchi dubbi interpretativi recitando espressamente che: *"Con questa norma si inverte di fatto l'onere della prova sul controllo estero di una società in cui operino in maniera prevalente soggetti di nazionalità e di residenza italiana. Salvo prova contraria, si considerano residenti nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti che detengono partecipazioni di controllo, le società controllate anche indirettamente, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o che siano amministrate da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato".*

Ecco che la struttura sopra descritta assume una differente valenza vista la nuova necessità per il contribuente (in questo caso la capogruppo italiana e gli amministratori della società estera) di provare l'assenza della residenza italiana del soggetto estero.

Tralasciando la lettera b) del co. 5-bis, che anche prima era aggirata con la nomina di consiglieri di amministrazione e dirigenti stranieri o italiani ma residenti stabilmente all'estero e non soltanto in maniera fittizia, con la formale cancellazione dalle anagrafi della popolazione residente e l'iscrizione all'Anagrafe degli Italiani Residenti all'Estero (A.I.R.E.), trasferendosi in Paesi o territori, indicati nel D.M. 4.5.1999, considerati a regime fiscale privilegiato, la vera rivoluzione è data dalla lettera a) che, di fatto, introduce una presunzione (speriamo semplice e non assoluta) di residenza in Italia di una società ente che controlla una società italiana ed è controllata da una casa madre italiana.

Non si fa alcun riferimento a liste e Paesi a fiscalità privilegiata o in cui vige il segreto bancario o professionale e neanche alle Convenzioni contro le doppie imposizioni.

In pratica, si accolla l'onere della prova alla società *subholding conduit* estera di non essere effettivamente residente in Italia altrimenti rischia di trovarsi in situazione di omessa dichiarazione fiscale dei redditi ed IVA e quindi di evasore totale.

Si tratta di una norma dalle conseguenze molto pesanti, che non mancherà prima di tutto di sollevare dei dubbi circa la compatibilità con il diritto comunitario, avuto riguardo alla libertà di stabilimento all'interno dell'Unione europea, perché pone degli evidenti problemi di sfavore di società intermediarie situate in altri Paesi UE, e che, nelle more di chiarimenti da parte

dell'Amministrazione fiscale, lascia sicuramente perplessi tutti i gestori di queste società estere che possono essere chiamati a rispondere di evasione fiscale in Italia.

Conclusioni: *substance over form*

A questo punto, supponendo che il Decreto sia approvato senza modifiche, si pone il problema di come affrontare praticamente la questione delle *subholding conduit* estere summenzionate.

La risposta che possiamo ipotizzare in maniera ancora grezza, si basa proprio nella dottrina della *substance over form* britannica contenuta nella sentenza *Ramsay*.

Possiamo intellettualmente rimuovere la *subholding* senza snaturare il gruppo di società a monte e a valle della stessa.

Oltre alla sostanza giuridica e formale, ad un consiglio di amministrazione ed una dirigenza straniera, ad un ufficio con del personale, linee telefoniche fax ed e-mail e magari un sito *internet*, il punto focale è l'esistenza all'interno del gruppo di un *business plan* che giustifichi in maniera inequivocabile la natura imprenditoriale della struttura estera e non solo quella puramente fiscale.

La leva fiscale della struttura può naturalmente esistere e ci sarebbe da stupirsi del contrario, ma le esigenze di riorganizzazione di un gruppo transnazionale possono ben passare per un Paese terzo in cui, per esempio, esista una rete di Convenzioni contro le doppie imposizioni, più estesa di quella italiana, in cui sia possibile un dialogo diretto con l'Amministrazione fiscale e la pressione impositiva sia inferiore che in Italia oltre all'esistenza di minori vincoli amministrativi e gestionali per la struttura.

Se l'Amministrazione fiscale italiana non riconoscesse la validità di queste strategie imprenditoriali di delocalizzazione di alcune funzioni di *subholding* (legate per esempio a precise necessità di finanziamento del gruppo, per esempio) lo scenario probabile sarebbe quello già verificatosi in altri Paesi (in Francia un'indagine del Senato ha accertato che ogni giorno un imprenditore migra all'estero per ragioni squisitamente fiscali), di migrazione fiscale delle famiglie e della proprietà delle imprese e delle *holding* italiane e di queste al seguito.

In pratica il processo inverso a quello che il precedente legislatore aveva ipotizzato con la riforma dell'IRES e del regime delle plusvalenze.

La norma in questione vuole pragmaticamente evitare quelle situazioni di elusione palese in cui delle scatole vuote siano interposte per puri fini fiscali, ma è auspicabile che altrettanto pragmaticamente l'Amministrazione fiscale dia delle indicazioni su come intende procedere nell'accertamento di una sostanza economica ed imprenditoriale estera che giustifichi una residenza estera e non una presunta residenza italiana.