



Associazione italiana

Dottori

Commercialisti

Via Fontana 1 - 20122 Milano  
Tel. 02.55.01.76.51 / 02.54.01.06.62  
Fax 02.55.01.98.49  
e-mail [ademi@adcmi.it](mailto:ademi@adcmi.it)  
Sito internet: [www.adcmi.it](http://www.adcmi.it)

A.D.C.

---

**ASSOCIAZIONE ITALIANA DOTTORI COMMERCIALISTI  
(A.D.C.)  
Milano**

---

**DENUNCIA – FISCALITA' DIRETTA**

**ILLEGITTIMITA' COMUNITARIA DELLA TASSAZIONE DEI  
DIVIDENDI "PROVENIENTI DA PAESI A FISCALITA'  
PRIVILEGIATA"**

come prevista dagli art. 47, comma 4 e 89, comma 3 del Dpr. 917/1986

- Febbraio 2007 -

---

**A CURA DEL COMITATO PER LO STUDIO DELLA COMPATIBILITA'  
COMUNITARIA DELLA NORMATIVA TRIBUTARIA ITALIANA**

**Composto da:**

- *Prof. Centore Paolo*
- *Dott. Holzmilller Joseph*
- *Prof. Piazza Marco (relatore)*



## 1. NORMA NAZIONALE CONFLIGGENTE

L'articolo 47 del Dpr. 917/1986 ("Testo unico delle Imposte sui redditi"), (all. 1) – applicabile ai fini della determinazione del reddito delle persone fisiche e delle società di persone non esercenti imprese commerciali – dispone, al comma 1:

*« (...) gli utili distribuiti in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione dalle società o dagli enti indicati nell'articolo 73<sup>1</sup>, anche in occasione della liquidazione, concorrono alla formazione del reddito imponibile complessivo limitatamente al **40 per cento** del loro ammontare»*

Il successivo comma 4 (in vigore dal 1° gennaio 2004) dispone:

*«Nonostante quanto previsto dai commi precedenti, concorrono **integralmente** alla formazione del reddito imponibile gli utili **provenienti** da società residenti in Paesi o territori a regime fiscale privilegiato di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 167, comma 4<sup>2</sup>, salvo nel caso in cui gli stessi non siano già stati imputati al socio ai sensi del comma 1 dello stesso articolo 167 e dell'articolo 168<sup>3</sup> o se ivi residenti sia avvenuta dimostrazione, a seguito dell'esercizio dell'interpello secondo le modalità del comma 5, lettera b), dello stesso articolo 167<sup>4</sup>, del rispetto delle condizioni indicate nella lettera c) del comma 1 dell'articolo 87<sup>5</sup>».*

L'articolo 59 del Testo unico (all. 4) – applicabile agli imprenditori individuali e alle società di persone esercenti imprese commerciali – richiama integralmente l'articolo 47 citato.

---

<sup>1</sup> Si tratta:

- delle società di capitali, degli enti commerciali e degli enti non commerciali residenti in Italia (art. 73, comma 1, lettere a, b e c del Testo unico);  
- delle società ed enti di qualsiasi tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti in Italia (art. 73, comma 1, lett. d del Testo unico)

<sup>2</sup> Si tratta del Decreto ministeriale 21 novembre 2001 (all. 2), cosiddetta *black list*.

<sup>3</sup> Ossia il reddito sia già stato tassato per trasparenza in base alle disposizioni sulla tassazione dei redditi prodotti da società controllate o collegate non residenti (legislazione italiana sulle *controlled foreign companies*)

<sup>4</sup> Cioè attraverso la presentazione di un'apposita istanza all'Agenzia delle Entrate che si intende accolta per "silenzio assenso" se l'Amministrazione non risponde entro 120 giorni dalla presentazione dell'istanza (termine che può raddoppiare se l'Amministrazione chiede al contribuente una integrazione della documentazione).

<sup>5</sup> In base all'articolo 87 del Dpr. 917 del 1986 (all. 3) occorre dimostrare che dalla partecipazione non sia stato conseguito, sin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati di cui al Dm. 21 novembre 2001, cit. In concreto, occorre dimostrare che i redditi conseguiti dalla società od ente non residente sono prodotti in misura non inferiore al 75 per cento in altri stati o territori, diversi da quelli inclusi nella *black list* di cui al Dm. 21 novembre 2001, ed ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria (art. 5, comma 3 del Dm. 21 novembre 2001, n. 429).



L'articolo 89, comma 2 del Testo unico (all. 5) – applicabile alle società di capitali, agli enti commerciali e agli enti non commerciali residenti in Italia – dispone:

*«Gli utili distribuiti, in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione, (...) dalle società ed enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a), b) e c)<sup>6</sup> 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 per cento del loro ammontare.»*

L'articolo 89, comma 3 del Testo unico – in vigore dal 1° gennaio 2004 – dispone:

*« (...) l'esclusione del comma 2 si applica agli utili **provenienti** dai soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera d)<sup>7</sup>, (...) se diversi da quelli residenti negli Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze adottato ai sensi dell'articolo 167, comma 4<sup>8</sup>, o, se ivi residenti, relativamente ai quali, a seguito dell'esercizio dell'interpello secondo le modalità del comma 5, lettera b), dell'articolo 167<sup>9</sup>, siano rispettate le condizioni di cui alla lettera c) del comma 1 dell'articolo 87<sup>10</sup>».*

Il significato da attribuire al termine “provenienti” – introdotto negli articolo 47, comma 4 e 89, comma 3 attraverso una modifica normativa intervenuta con l'articolo 36, commi 3, 4 e 4 bis del D.L. 223 del 2006 con effetto dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore del decreto – è illustrato nella circolare dell'Agenzia delle Entrate 28/E del 2006 (all. 6) in estratto) in cui viene precisato:

*«L'art. 36, comma 3, del decreto, per contrastare facili manovre elusive, ha ripristinato l'originaria formulazione della norma. Per effetto di tale modifica, pertanto, il regime di tassazione integrale riguarderà non solo gli utili e i proventi equiparati distribuiti direttamente dai soggetti residenti nel paradiso fiscale, ma anche quelli - da essi generati - che fluiscono tramite società intermedie.*

*Al riguardo, si precisa che la medesima disciplina continua a rendersi applicabile sia agli utili derivanti dalla partecipazione al capitale o al patrimonio di società o enti soggetti all'imposta sul reddito delle società, sia ai proventi dei titoli e degli strumenti finanziari di cui all'articolo*

---

<sup>6</sup> Si tratta delle società di capitale, degli enti commerciali e degli enti non commerciali residenti in Italia.

<sup>7</sup> Cioè agli utili provenienti da società ed enti di qualsiasi tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti in Italia.

<sup>8</sup> Vedere nota 2.

<sup>9</sup> Vedere nota 4.



44, comma 2, lettera a) del TUIR. Si ritiene, infatti, che il sintetico riferimento letterale agli “utili”, ora contenuto nel comma 4 dell’art. 47 del TUIR, debba essere interpretato - per motivi di coerenza sistematica - nella sua accezione più vasta e generale. Tale conclusione è indirettamente confermata dalla relazione illustrativa al provvedimento che valorizza, in relazione al nuovo testo normativo, la sostituzione del termine “corrisposti” con “provenienti”. E’ appena il caso di sottolineare che la modifica in discorso trova applicazione - per effetto del rinvio all’art. 47 del TUIR operato dal successivo art. 59 - anche relativamente agli utili e ai proventi equiparati percepiti da persone fisiche nell’esercizio di impresa e a quelli percepiti da società di persone commerciali. Inoltre, la modifica apportata all’art. 89, comma 3, del TUIR dal nuovo comma 4-bis, introdotto nel decreto dalla legge di conversione, chiarisce che il menzionato regime di integrale concorso alla formazione del reddito riguarda anche gli utili e i proventi equiparati “provenienti” da società e enti di ogni tipo residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata, percepiti da soggetti IRES.

In sede di applicazione della norma, con particolare riguardo alla ipotesi di partecipazioni indirette tramite sub-holding, si rende necessario individuare, nel complesso degli utili distribuiti, quelli generati dalle partecipate nel “paradiso”.

Per un corretto inquadramento del problema, occorre tenere presente che la disposizione svolge, fondamentalmente, una funzione di chiusura del sistema contro le triangolazioni sui dividendi che consentono ai soci di percepire utili provenienti dai paradisi fiscali attraverso società intermedie, sostanzialmente interposte.

Ne consegue che - in presenza di partecipazioni in società residenti in paesi a fiscalità privilegiata indirettamente detenute - il regime di integrale tassazione si rende applicabile ai soli utili che - in coerenza con il dato testuale della disposizione - si possono considerare da esse “provenienti”.

Nelle ipotesi estreme di sub-holding intermedie qualificabili come mere conduit company, l’intero utile da esse distribuito potrà infatti ritenersi generato nel paradiso fiscale in cui è localizzata la società operativa. Del pari, sarà possibile individuare - ragionevolmente - la fonte degli utili erogati da holding statiche o da società che non svolgono una effettiva attività».

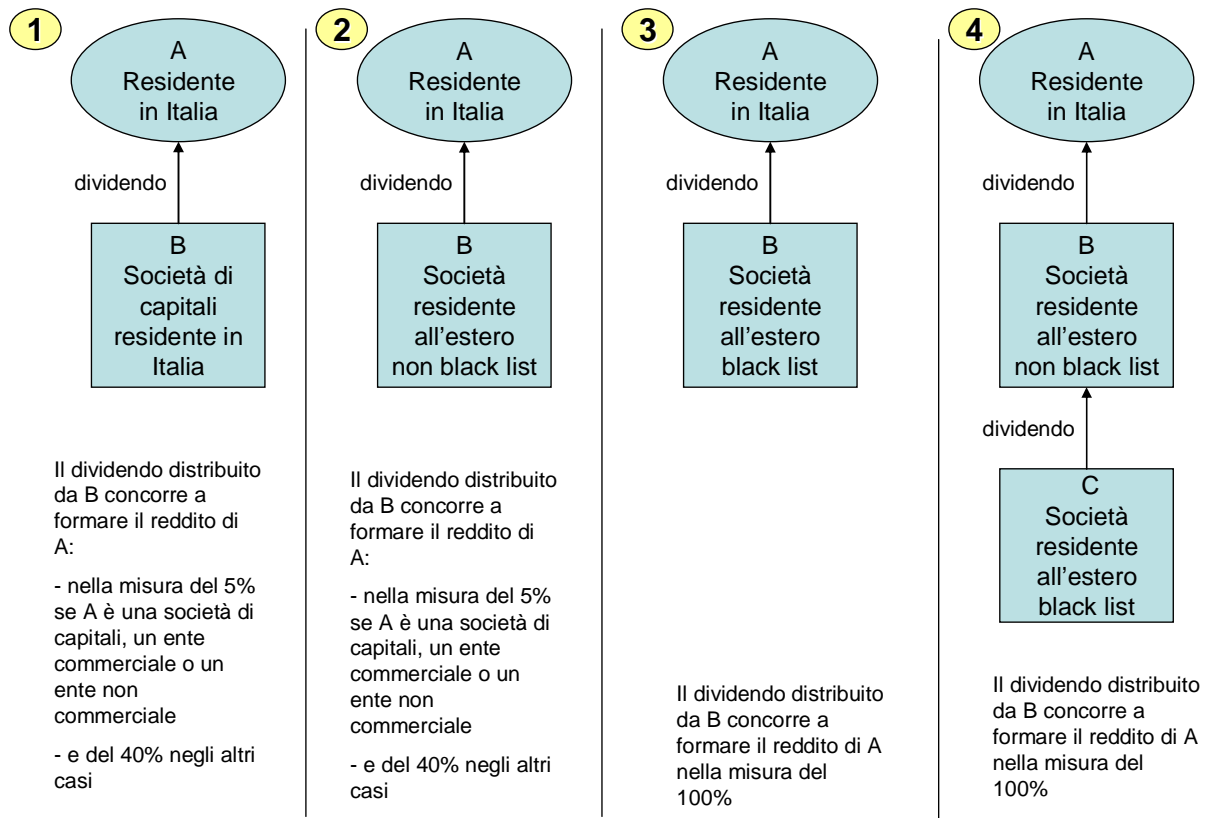
In pratica, il vigente regime fiscale dei dividendi percepiti da soggetti residenti può essere schematizzato come segue.

---

<sup>10</sup> Vedere nota 5.

**Fig. 1**

**Tassazione dei dividendi percepiti da soggetti residenti in Italia**



Dallo stralcio della circolare 28/E del 2006 sopra riportato, emerge che il fenomeno della tassazione integrale dei dividendi di fonte estera percepiti da contribuenti residenti non si applica solo nel caso in cui la società estera B che distribuisce i dividendi sia una mera “*conduit company*”, ma in qualsiasi caso di detenzione indiretta – da parte di un contribuente residente – di una partecipazione in una società residente in un Paese *black list*, ferma restando la necessità di individuare – con criteri che non sono stati specificati – la parte di dividendo distribuito dalla partecipata estera B “proveniente” dalla sua partecipata nel Paese *black list* (C).

Si nota, inoltre, come la norma italiana:

1) non distingue minimante – nelle situazioni **3** e **4** di cui alla **Fig. 1** – il caso in cui il Socio residente in Italia detenga il controllo della società estera B – e, quindi, possa influire sulle



- scelte di investimento della società stessa – dal caso in cui non detenga il controllo, e quindi non possa influire sulle decisioni della società B;
- 2) né dia alcuna rilevanza – nella situazione **4** di cui alla **Fig. 1** – alla circostanza che la società estera B detenga una partecipazione scarsamente significativa nella società C residente nel Paese *black list*;
- 3) né dia rilevanza alla circostanza che – nella situazione **4** di cui alla **Fig. 1** – la società estera B, detenga prevalentemente partecipazioni in società residenti in Paesi comunitari o comunque non *black list*;
- 3) né preveda – nella situazione **4** di cui alla **Fig. 1** – alcun correttivo per tener conto della doppia imposizione economica che può derivare dal fatto che la società estera B sia soggetta ad imposte nel proprio Stato di residenza, sui dividendi erogati dalla società C, residente nello Stato a fiscalità privilegiata;
- 4) né tenga conto dell'eventualità che nello Stato comunitario in cui risiede la società estera B, la Società stessa abbia già fornito prova della liceità fiscale dei dividendi provenienti dal Paese C, secondo la legislazione localmente vigente.

## 2) NORMA COMUNITARIA PREVALENTE

Le norme del diritto comunitario che si ritengono violate dalle disposizioni nazionali sopra illustrate sono le seguenti:

### I) Direttiva 90/435/CEE (“**madri e figlie**”)

Quando il dividendo viene distribuito ad una società residente in Italia che abbia i requisiti per essere considerata “società madre” ai sensi dell’articolo 3, lettera a) della Direttiva da parte di una società residente nella Comunità Europea che abbia i requisiti per essere considerata “società figlia” ai sensi dell’articolo 3, lettera b) della Direttiva, lo Stato in cui risiede la Società madre deve:

lo Stato italiano:

- astenersi dal sottoporre ad imposizione il dividendo erogato dalla “società figlia” comunitaria o
- o sottoporre il dividendo ad imposizione autorizzando la “società madre” a dedurre dalla sua imposta la frazione dell’imposta societaria relativa ai suddetti utili pagata dalla società figlia comunitaria nel proprio Stato di residenza.



## II) Articolo 56 del Trattato CE

L'articolo 56 del Trattato CE dispone:

«1. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi.

2. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi».

L'articolo 56 del Trattato trova applicazione anche nella direttiva 361/88/CEE.

## III) Articolo 43 del Trattato CE

Nei casi in cui il contribuente residente detenga il controllo di una società residente nella Comunità che a sua volta detenga una partecipazione in una società residente in un Paese *black list*, si ravvisa anche la violazione dell'articolo 43 del Trattato il quale dispone:

« Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate».

Pertanto, l'accertamento della violazione dell'articolo 56 del Trattato rende non necessario esaminare se esista una violazione del diritto di stabilimento (Corte di Giustizia, Prima Sezione, 26 settembre 2006 in cause riunite C-282/04 e C-283/04, Commissione delle *Comunità europee - Regno dei Paesi Bassi*).

## 3) MOTIVI DI CONFLITTO DELLA NORMA INTERNA CON LA NORMA COMUNITARIA PREVALENTE

I Sottoscritti ritengono che la normativa nazionale sopra illustrata configga con e la prevalente normativa comunitaria nei seguenti casi.

### 3.1. DIVIDENDI PROVENIENTI INDIRETTAMENTE DA PAESI *BLACK LIST*

**A) Caso in cui una società “madre” italiana percepisca utili da una “società figlia” comunitaria la quale abbia percepito a sua volta utili da una società domiciliata in un Paese *black list***

In questo caso viene violato l'articolo 4 della Direttiva, dato che lo Stato italiano:



- non si astiene dal sottoporre ad imposizione il dividendo erogato dalla “società figlia” comunitaria o
- bensì sottopone il dividendo ad imposizione senza autorizzare la “società madre” a dedurre dalla sua imposta la frazione dell’imposta societaria relativa ai suddetti utili pagata dalla società figlia comunitaria nel proprio Stato di residenza.

**B) Caso in cui un soggetto residente in Italia percepisca dividendi da una Società intermedia (B) con sede in uno Stato della Comunità la quale abbia percepito a sua volta utili da una società domiciliata in un Paese black list (situazione 4 della Fig. 1)**

In questo caso, in cui la Società residente in Italia, non ha diritto di beneficiare della Direttiva “madri e figlie”, viene comunque violato l’articolo 56 del Trattato, in quanto i dividendi erogati da società italiane beneficiano della non imponibilità sul 95% o del 60% dell’utile lordo in base ai citati articoli 89, comma 2, 47, comma 1 e 59 del Testo unico.

Nelle sentenze 6 giugno 2000, C 35/98 *Verkooijen*; 15 luglio 2004, C 315/02 *Lenz*; 7 settembre 2004, C 319/02 *Manninen* e 17 dicembre 2006, C 446/04 *Test Claimants in the FII Group Litigation*, la Corte ha ritenuto che «la normativa degli Stati membri in causa stabilisse una differenza di trattamento tra i redditi derivanti dai dividendi di società aventi sede nello Stato membro di residenza del contribuente interessato e quelli tratti dai dividendi di società aventi sede in un altro Stato membro, in quanto negava ai beneficiari di questi ultimi dividendi i vantaggi fiscali concessi agli altri. Avendo constatato che la situazione dei contribuenti che percepivano dividendi di società stabilite in un altro Stato membro non era obiettivamente diversa da quella dei contribuenti che percepivano dividendi di società stabilite nello Stato membro in cui erano residenti, la Corte ha dichiarato che le normative di cui si trattava costituivano un ostacolo alle libertà sancite dal Trattato».

Anche nel caso della legislazione italiana vi è una differenza di trattamento fra i dividendi distribuiti da una società aventi sede in Italia (che godono del regime di esenzione parziale o totale) e società aventi sede in un altro Stato membro, che – se queste società hanno a loro volta percepito dividendi provenienti da società residenti in Stati *black list* – sono tassati, in Italia, al 100%, sulla parte di dividendo corrispondente agli utili provenienti dalla *black list*. Né la circostanza che la società comunitaria che distribuisce i dividendi alla società italiana abbia percepito dividendi erogati da una



società residente in un Paese *black list*, vale a rendere la situazione diversa da quella dei contribuenti che percepiscono dividendi di società stabilite in Italia, dato che:

- i dividendi provenienti dallo Stato *black list*, prima di essere nuovamente distribuiti al contribuente residente in Italia subiscono – nello Stato europeo in cui ha sede la società intermedia – la tassazione vigente in tale Stato, in capo alla società intermedia;
- la legislazione italiana impedisce ai contribuenti residenti di scomputare le imposte sulle società pagate non solo nello Stato *black list*, ma anche nello Stato comunitario in cui risiede la società intermedia sul proprio reddito d'impresa, creando così una situazione di doppia imposizione economica non presente nei casi in cui il dividendo sia di fonte italiana.

Sotto questo aspetto valgono le stesse considerazioni fatte dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *Verkooijen*, *Lenz*, *Manninen* e *Test Claimants in the FII Group Litigation* cit.

Resta salvo il diritto dell'Italia di adottare misure idonee ad impedire abusi del diritto comunitario (v. sentenza della Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, causa C-196/04 *Cadbury Schweppes*, punto 51), ma nel rispetto dei fondamentali principi di “causalità” e “proporzionalità” (si veda il successivo punto 3).

**C) Caso in cui un soggetto residente in Italia percepisca dividendi da una Società intermedia (B) con sede in uno Stato extracomunitario la quale abbia percepito a sua volta utili da una società domiciliata in un Paese black list (situazione 4 della Fig. 1)**

Valuti, inoltre, la Commissione se la libertà di circolazione dei capitali e dei pagamenti è l'unica, fra tutte le libertà fondamentali sancite dal trattato CE, ad essere applicabile anche ad operazioni attuate nei confronti di Paesi Terzi rispetto alla Comunità europea.

Le conclusioni esposte nel precedente punto A), pertanto, valgono anche quando la società intermedia (B) abbia sede in uno Stato Terzo rispetto alla Comunità europea. Ciò in quanto, come si è detto, l'articolo 56 vieta anche le restrizioni ai movimenti di capitale tra Stati membri e Paesi terzi.

Il principio è desumibile, fra l'altro, dalla Sentenza della Corte di Giustizia 3 ottobre 2006, C-452/04 *Fidium Finanz AG* e dalla sentenza *Test Claimants in the FII Group Litigation*, punto 168 e ss. e 174 e ss.

Sullo specifico tema della tassazione dei dividendi provenienti da Paesi extracomunitari, peraltro, si attende che la Corte di pronunci nella Causa C-157/05 (*Holbock*).



### **3.2 DIVIDENDI DISTRIBUITI DIRETTAMENTE DA SOCIETÀ RESIDENTE IN UN PAESE *BLACK LIST* AD UN CONTRIBUENTE RESIDENTE IN ITALIA (SITUAZIONE 3 DELLA FIG. 1)**

Valuti, inoltre, la Commissione se gli articoli 47, comma 4 e 89, comma 3 del Testo unico delle imposte sui redditi violino l'articolo 56 del Trattato CE anche nella parte in cui assoggettano a tassazione **integrale** in Italia i dividendi distribuiti **direttamente** a contribuenti residenti in Italia da società residenti in Paesi inclusi nella *black list* italiana (situazione 3 della Fig. 1)

Ciò è pacifico, a parere degli scriventi, per i dividendi distribuiti da società residenti a **Cipro** e **Malta**, Stati ancora presenti nella *black list* italiana nonostante siano stati ammessi a far parte della CE. A tal fine è sufficiente richiamare le citate sentenze della Corte *Verkooijen*, *Lenz*, *Manninen* e *Test Claimants in the FII Group Litigation* cit.

Ma ad analoghe conclusione dovrebbe giungersi per la quasi totalità degli altri Stati inclusi nella *black list*, con l'eccezione di *Andorra*, *Liberia* *Liechtenstein*, *Isole Marshall* e *Principato di Monaco*.

Infatti, come si è detto, il principio di libertà dei movimenti di capitale si applica anche agli investimenti effettuati da residenti della CE in Stati extracomunitari (Corte di Giustizia sentenza *Fidium Finanz AG e C* 446/04, cit.). L'esclusione di *Andorra*, *Liberia* *Liechtenstein*, *Isole Marshall* e *Principato di Monaco* è motivata dagli argomenti che saranno esposti nel successivo punto 4).

D'altro canto, il principio sancito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Cadbury Schweppes*, punti 36 e 37 (e ribadito nella sentenza *Test Claimants in the FII Group Litigation*, punto 131), secondo cui:

(i) un cittadino comunitario, persona fisica o giuridica, non può essere privato della possibilità di avvalersi delle disposizioni del Trattato solo perché ha inteso approfittare dei vantaggi fiscali offerti dalle norme in vigore in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede;

(ii) la circostanza che la società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per se stessa un abuso di tale libertà

- vale, si ritiene, anche in materia di libertà di circolazione di capitali e non solo in materia di libertà di stabilimento;
- e, conseguentemente, può essere, si ritiene, applicato anche agli investimenti in Paesi extracomunitari, visto l'inequivoco tenore letterale dell'articolo 56 del Trattato CE.

Le *black list* degli Stati membri, pertanto, non possono essere stilate utilizzando come criterio selettivo la circostanza che lo Stato estero applichi un livello d'imposizione inferiore a quello dello Stato membro, fermo restando (si veda il successivo punto 4) il diritto degli Stati membri di



adottare misure idonee ad impedire abusi del diritto comunitario (v. sentenza della Corte di Giustizia, *Cadbury Schweppes*, punto 51), ma nel rispetto dei fondamentali principi di “causalità” e “proporzionalità”.

A questo proposito si fa presente che la *black list* italiana è stata redatta utilizzando impropriamente i criteri distintivi dei cosiddetti “paradisi fiscali” contenuti nel Rapporto OCSE “*Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue*” del 1998, il quale, in sostanza dava rilevanza alle seguenti caratteristiche dell’ordinamento fiscale dello Stato estero:

- Totale assenza di imposizione o esistenza di un livello di tassazione puramente nominale che si traduce, di fatto, in un carico impositivo effettivo ridotto o nullo (*no or only nominal taxes*).
- Adozione di disposizioni normative o pratiche amministrative che ostacolano lo scambio di informazioni con le Amministrazioni di altri Paesi relativamente ai soggetti che beneficiano del basso livello di imposizione (*lack of effective exchange of information*).
- Assenza di trasparenza nelle modalità di applicazione delle normative e delle procedure amministrative (*lack of transparency*).
- Assenza di disposizioni che prevedano l’esercizio di un’attività economica

sostanziale come condizione per poter beneficiare dei regimi agevolati (*no substantial activities*).

Già il rapporto OCSE del 1998, Parte II (b) precisava che l’assenza di tassazione o la presenza di una tassazione solo nominale non era sufficiente, da sola, a caratterizzare un Paese come “paradiso fiscale”<sup>11</sup>.

In Italia, tuttavia, questo criterio è stato considerato, da solo, sufficiente per includere un Paese nella *black list*. Lo si desume dall’articolo 167, comma 4 del Testo unico, che elenca i seguenti criteri che, disgiuntamente, consentono di inserire un Paese nella *black list*:

- livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia<sup>12</sup>;
- mancanza di un adeguato scambio d’informazioni;
- altri criteri equivalenti (non meglio specificati).

Successivamente all’entrata in vigore della *black list* italiana, tuttavia, lo scenario della fiscalità internazionale ha subito sostanziali modifiche:

---

<sup>11</sup> Cfr. “*The OECD’s Project on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report*”, par. 16.

<sup>12</sup> Il Parlamento italiano, con l’ordine del giorno 4 ottobre 2000 (all. 7), ha impegnato il Governo a definire quale livello di tassazione sensibilmente inferiore quello che di media si discosti almeno del 30% dal livello di tassazione medio applicato in Italia.



1) in primo luogo, l'OCSE, nel rapporto "*The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report*" ha aderito alla richiesta dei Paesi a fiscalità privilegiata di espungere dai criteri definatori del concetto di "paradiso fiscale" l'assenza di disposizioni che prevedano l'esercizio di un'attività economica sostanziale come condizione per poter beneficiare dei regimi agevolati (*no substantial activities*)<sup>13</sup>;

2) in secondo luogo tutti i Paesi originariamente iscritti nella *black list* dell' OCSE tranne *Andorra, Liberia Liechtenstein, Isole Marshall e Principato di Monaco* si sono formalmente impegnati a garantire la trasparenza e lo scambio d'informazioni e sono, quindi, stati depennati dalla *black list* OCSE<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. "*The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report*", par. 27.

<sup>14</sup> L'OCSE dichiara ([http://www.oecd.org/document/57/0,2340,en\\_2649\\_33745\\_30578809\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/57/0,2340,en_2649_33745_30578809_1_1_1_1,00.html))

«33 Jurisdictions have made commitments to transparency and effective exchange of information and are considered co-operative jurisdictions by the OECD's Committee on Fiscal Affairs.

Although a small number of jurisdictions identified as tax havens in June 2000 have not yet made commitments, the OECD would welcome continued dialogue with these jurisdictions and the prospect of their future commitment to transparency and effective exchange of information.

The following jurisdictions, which have not yet made commitments to transparency and effective exchange of information, have been identified by the OECD's Committee on Fiscal Affairs as unco-operative tax havens.

Andorra

Liberia

The Principality of Liechtenstein

The Republic of the Marshall Islands

The Principality of Monaco».



## 4) MOTIVI DI INAPPLICABILITA' DI EVENTUALI DEROGHE COMUNITARIE

Le considerazioni esposte nel precedente punto 3) riguardo alla violazione, da parte dell'Italia, della direttiva 435/90/CEE e dell'articolo 56 del Trattato CE sono soggette ai limiti contenuti:

1) nell'articolo 1, par. 2 della Direttiva 435/90/CEE, il quale dispone:

*«La presente direttiva non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare le frodi e gli abusi»;*

2) nell'articolo 58 del Trattato CE, il quale dispone:

*«Le disposizioni dell'articolo 56 non pregiudicano il diritto degli Stati membri:*

*a) di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale;*

*b) di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza».*

3) nei principi generali dell'ordinamento comunitario secondo cui i cittadini di uno Stato membro non possono tentare, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, di sottrarsi abusivamente all'impero delle loro leggi nazionali, né possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario (sentenze 7 febbraio 1979, causa 115/78, *Knoors*, punto 25; 3 ottobre 1990, causa C-61/89, *Bouchoucha*, punto 14; 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, punto 24 e *Cadbury Schweppes*, cit. punto 35).

Le limitazioni al principio di libertà di circolazione dei capitali, sopra illustrate nei par. 3.1 e 3.2 possono essere – a parere degli scriventi – esaminate congiuntamente.

### **A) Contrasto all'abuso del diritto comunitario**

In primo luogo occorre prendere atto del fatto che la Corte di Giustizia ha assunto una posizione più restrittiva di quella contenuta nel Rapporto OCSE del 2001 sopra citato. Infatti, la Corte (sentenza *Cadbury Schweppes*, cit.) – in materia di legislazione sulle *controlled foreign companies* – ha ritenuto (punto 59) che «prevedendo l'inclusione degli utili di una SEC soggetta a un regime fiscale



molto favorevole nella base imponibile della società residente, la detta legislazione permette di contrastare pratiche intese a null'altro che ad eludere l'imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività realizzate sul territorio nazionale. (...) una tale legislazione è dunque idonea a raggiungere l'obiettivo per il quale è stata adottata». La Corte, però, ha aggiunto che «per contro, una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento – e, quindi, si ritiene anche la libertà di movimento di capitali (nda) – è ammessa solo se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate a sottrarre l'impresa alla legislazione dello Stato membro interessato» (sentenza *Cadbury Schweppes*, cit. punto 51 e giurisprudenza ivi citata).

«Ciò considerato, si deve accertare se la restrizione alla libertà di stabilimento derivante dalla legislazione sulle SEC possa essere giustificata da motivi di lotta alle costruzioni di puro artificio ed, eventualmente, se sia proporzionata a tale obiettivo» (sentenza cit. punto 57 e 60).

«Ne consegue che, perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiose, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale» (sentenza *Cadbury Schweppes*, cit., punto 55).

Conclude, pertanto la Corte che «alla luce di quanto sopra, perché la legislazione sulle SEC sia conforme al diritto comunitario, la tassazione da essa prevista non deve trovare applicazione se, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la costituzione di una SEC corrisponde a una realtà economica. Tale costituzione deve corrispondere a un insediamento reale che abbia per oggetto l'espletamento di attività economiche effettive nello Stato membro di stabilimento» (sentenza citata, punti 65 e 66).

I principi sopra esposti **non sono rispettati dalla legislazione italiana** atteso che:

1) gli articoli 47, comma 4 e 89, comma 3 del Testo unico **non consentono al contribuente di dimostrare che la società residente nel Paese *black list* vi abbia un insediamento economico reale**. Come si è detto, infatti, unica prova ammessa, per evitare la tassazione del 100% del dividendo, è che la società residente nel Paese *black list* produca oltre il 75% del proprio reddito in Paesi esclusi dalla *black list*. Ciò, a bene vedere, crea una grave discriminazione degli investimenti esteri. Per fare un esempio, se un contribuente italiano detiene una partecipazione in una società residente a Singapore (Stato incluso nella *black list* italiana, nonostante la tassazione locale sia tutt'altro che nominale) che vi svolge un'attività alberghiera, i dividendo erogato da tale società sarà comunque soggetto alla tassazione del 100%, senza possibilità di prova contraria, e senza aver



diritto di scomputare le imposte sulle società pagate, dalla società partecipata, a Singapore; tutto questo, nonostante la società di Singapore vi svolga una reale attività economica nel rispetto delle statuizione della Corte di Giustizia (v. sentenza *Cadbury Schweppes*, cit.);

2) anche se la legislazione italiana venisse emendata per dare la possibilità di dimostrare che la società residente nel Paese *black list* vi ha un insediamento reale, questa prova potrebbe essere, verosimilmente, fornita solo dai contribuenti italiani che controllino direttamente o indirettamente tale società; non da coloro che detengano, ad esempio, una partecipazione minima in una società estera che a sua volta detenga una partecipazione minima nella società residente nel Paese *black list*. Ciò in quanto il contribuente italiano non avrebbe il potere di accedere ad alcun documento inerente la società *black list* non avendone il controllo. E ciò in totale spregio del principio di proporzionalità;

3) la necessità di dimostrare che la società partecipata estera abbia nello Stato di residenza un “insediamento reale”, mentre appare fondatamente richiesta per escludere un abuso della libertà di stabilimento di cui all’articolo 43 del Trattato a causa del fatto che – come evidenziato nella sentenza *Cadbury Schweppes* cit., punto 51 e ss. – l’obiettivo perseguito dalla libertà di stabilimento è quello di mettere un cittadino in condizione di partecipare in maniera stabile e continuativa alla vita economica di uno Stato membro di verso dal proprio Stato di origine, non è estensibile al principio della libertà dei movimenti di capitale, dato che l’obiettivo dell’articolo 56 del Trattato, sulla libertà dei movimenti di capitale, non è solo quella di consentire l’effettuazione di “investimenti diretti” all’estero (ossia, secondo la direttiva 88/361/CEE, investimenti “aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti fra il finanziatore e l’imprenditore o l’impresa a cui tali fondi sono destinati per l’esercizio di un’attività economica”), ma anche di effettuare ogni altro tipo di investimento all’estero (si veda l’ampia nomenclatura in allegato alla direttiva 88/361/CEE cit.), non necessariamente implicante il controllo di un “insediamento reale all’estero”.

La norma italiana appare, pertanto, fortemente lesiva dei principi di causalità e proporzionalità che costituisce un pilastro della legislazione comunitaria, secondo i quali viola i fondamentali principi dell’ordinamento comunitario della causalità e della proporzionalità. secondo i quali (v. sentenze della Corte di Giustizia *Cadbury Schweppes*, punto 47; 15 maggio 1997, C- 250/95, *Futura Participations e Singer*, punto 26; 17 luglio 1997, C-28/95, *Leur-Bloem*, punto 48; 1 marzo 2004, C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, punto 49, C-446/03 del 13 dicembre 2005, *Marks &*

*Spencer*, punto 35), il diritto dello Stato di contrastare eventuali comportamenti che costituiscano, anche se formalmente leciti, un “**abuso della norma**”, trova un limite nella necessità che l’azione dello Stato:

- sia idonea a conseguire lo scopo perseguito, nel senso cioè che colpisca solo gli abusi della norma e non anche operazioni che non hanno questo fine (**principio di causalità**);
- e non ecceda quanto necessario per raggiungerlo (**principio di proporzionalità**).

### **B) Efficacia dei controlli fiscali**

Inoltre, occorre ricordare che la Corte ha più volte affermato che «l’efficacia dei controlli fiscali costituisce un motivo imperativo d’interesse generale idoneo a giustificare una restrizione dell’esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato (v., in particolare, sentenze 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, detta «*Cassis de Dijon*», punto 8; *Futura Participations e Singer*, cit. punto 31, nonché sentenza 14 settembre 2006, C – 386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, punto 47).

E’ stato però anche precisato che «le autorità fiscali interessate possono rivolgersi, in forza della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1977, 77/799/CEE, relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette (GU L 336, pag. 15), modificata dalla direttiva del Consiglio 16 novembre 2004, 2004/106/CE (GU L 359, pag. 30), alle autorità di un altro Stato membro per ottenere ogni informazione necessaria» (ad esempio, sentenza *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, cit., punto 50).

Questi principi riteniamo si applichino anche ai casi di dividendi corrisposti a soggetti residenti in Italia da parte di società residenti nella Comunità europea che possiedano, a loro volta, partecipazioni in società residenti in *Paesi black list*.

Valuti, inoltre, la Commissione se, gli stessi principi **applicati all’esercizio della libertà di circolazione dei capitali** nel caso il cui il dividendo sia distribuito da società residente nella Comunità (precedente par. 3.1), siano egualmente applicabili anche nel caso in cui il dividendo sia distribuito direttamente da una società extracomunitaria residente in uno Stato *black list*. In particolare, quando:

- le autorità fiscali possono azionare lo scambio di informazioni previsto dalle convenzioni contro le doppie imposizioni (nella *black list* italiana vi sono diversi Stati legati all’Italia da convenzione);



- e comunque, quando lo Stato *black list* rientri fra quelli che hanno dichiarato la loro disponibilità ad essere collaborativi con i Paesi a fiscalità ordinaria e a concedere lo scambio d'informazioni. In particolare, secondo gli istanti, l'Italia, anziché introdurre restrizioni alla libertà di circolazione dei capitali e scaricare sui contribuenti l'onere di provare l'assenza di comportamenti artificiosi, dovrebbe utilizzare gli strumenti che gli sono messi a disposizione dall'ordinamento internazionale, stipulando con i Paesi collaborativi accordi bilaterali – in base al modello predisposto dall'OCSE (*Agreement on Exchange of Information on Tax Matters* in <http://www.oecd.org/dataoecd/15/43/2082215.pdf>) – allo scopo di contrastare più efficacemente l'evasione fiscale, colpendo – nel rispetto del fondamentale principio della causalità – solo gli evasori e non anche i contribuenti ligi alle norme.

A ciò va aggiunto che nella sentenza *Test Claimants in the FII Group Litigation*, cit (par. 172 e ss.), è stato espressamente sancito che le difficoltà incontrate dallo Stato nel conseguire lo scambio di informazioni con Stati non comunitari non sono una giustificazione sufficiente per introdurre una limitazione alla libertà dei movimenti di capitale nei confronti degli Stati terzi.

#### **4) VERIFICA DELLA SUSSISTENZA DEI REQUISITI DI DIRETTA APPLICABILITA' DELLA NORMA COMUNITARIA**

Benché la materia delle imposte dirette rientri nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario (sentenze 11 agosto 1995, C- 80/94, *Wielockx*, punto 16; *Verkooijen*, cit., punto 32; 4 marzo 2004, C- 334/02, *Commissione/Francia*, punto 21; 15 luglio 2004; *Lenz*, cit., punto 19, *Manninen*, cit., punto 19 nonché 14 novembre 2006, C 513/04, *Mark Kerckhaert*, punto 15).

Pertanto, eventuali disposizioni tributarie in conflitto con il Trattato CE devono considerarsi non applicabili.



## 5) CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE DEL COMITATO DI VIGILANZA

Da quanto richiamato nelle pagine che precedono, risulta che le disposizioni recate dagli articoli 47, comma 3 e 89, comma 4 del Testo unico delle imposte sui redditi confliggono sia con le disposizioni della direttiva 435/90/CEE, sia con gli articoli 43 e 56 del Trattato CE.

In particolare:

- costituiscono una restrizione alla libertà di circolazione dei capitali perché prevedono che la tassazione dei dividendi percepiti da contribuenti residenti in Italia e provenienti, **direttamente** o anche **indirettamente**, da Paesi a fiscalità privilegiata sia più gravosa di quella dei dividendi corrisposti da società residenti in Italia;
- costituiscono una misura “eccessiva” rispetto allo scopo di contrastare “pratiche intese a null’altro che ad eludere l’imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività realizzate sul territorio nazionale” e di dare “efficacia ai controlli fiscali” in quanto, da un lato non consentono al contribuente di dimostrare che la società estera ha nello Stato di residenza un insediamento reale, dall’altro colpiscono indiscriminatamente sia i comportamenti artificiosi sia quelli privi della finalità di abusare della norma nazionale e comunitaria, mentre questa finalità dovrebbe essere raggiunta, dall’Amministrazione fiscale italiana, utilizzando le procedure di scambio d’informazioni che – a seguito dell’adesione dei Paesi a fiscalità privilegiata al programma di “collaborazione” varato dall’OCSE a partire dal 1998 – possono attivare.

A.D.C.-

Associazione Italiana Dottori Commercialisti

Il Presidente

---

(Dott. Andrea Zonca)

### Allegati:

- 1) Art. 47, Dpr. 917 del 22 dicembre 1986
- 2) Dm. 21 novembre 2001
- 3) Art. 87, Dpr. 917 del 22 dicembre 1986
- 4) Art. 59, Dpr. 917 del 22 dicembre 1986
- 5) Art. 89, Dpr. 917 del 22 dicembre 1986



*Associazione italiana*

*Dottori*

*Commercialisti*

Via Fontana 1 - 20122 Milano  
Tel. 02.55.01.76.51 / 02.54.01.06.62  
Fax 02.55.01.98.49  
e-mail [adcmi@adcmi.it](mailto:adcmi@adcmi.it)  
Sito internet: [www.adcmi.it](http://www.adcmi.it)

---

A.D.C.

6) Estratto della circolare dell'Agenzia delle Entrate 28/E del 2006, par. 24.

7) Ordine del giorno 9/7184/1 approvato dalla Camera il 4 ottobre 2000