

SUPSI

Novità fiscali

L'attualità del diritto tributario svizzero
e internazionale

N° 3 – marzo 2019

POLITICA FISCALE

Accordo sulla fiscalità dei frontalieri: esiste un piano B? **104**
Giovanni Merlini

Fiscalità dei frontalieri: i fatti sono testardi **106**
Lorenzo Quadri

DIRITTO TRIBUTARIO SVIZZERO

La RFFA e il principio dell'unità della materia **108**
Samuele Vorpe

DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE E DELL'UE

Scambio automatico: estensione degli oneri di verifica
e comunicazione per i conti detenuti da entità **116**
Giovanni Molo

Il regime fiscale italiano degli interessi su finanziamenti
erogati a persone fisiche italiane da banche svizzere **119**
Toni Marciante

Il resident non domiciled inglese **129**
Gabriele Schiavone

Prix de transfert pour les opérations de financement
intragroupe **135**
Patrick Dejardin

IVA E IMPOSTE INDIRECTE

Operazioni inesistenti ed onere della prova **142**
Andrea Purpora e Antonino Amodeo

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO TRIBUTARIO SVIZZERO

Freno all'imposta sulla sostanza **146**
Kelly Scapozza

Entraide administrative: principe de subsidiarité en cas
d'accord avec le fisc étranger **151**
Thierry De Mitri

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UE

Trusts e libertà fondamentali: l'exit tax inglese nel caso
Trustees of the P Panayi **158**
Martino Pinelli

Introduzione

Novità fiscali

3/2019

Redazione

SUPSI
Centro di competenze
tributarie
Stabile Suglio
Via Cantonale 18
6928 Manno
T +41 58 666 61 75
F +41 58 666 61 76
diritto.tributario@supsi.ch
www.novitafiscali.supsi.ch

ISSN 2235-4565 (Print)
ISSN 2235-4573 (Online)

Redattore responsabile

Samuele Vorpe

Curatori editoriali

Francesca Amaddeo
Kelly Scapozza

Comitato redazionale

Flavio Amadò
Elisa Antonini
Paolo Arginelli
Sacha Cattelan
Rocco Filippini
Roberto Franzè
Simona Genini
Marco Greggi
Giordano Macchi
Giovanni Molo
Andrea Pedroli
Nicola Sartori
Curzio Toffoli
Samuele Vorpe

Impaginazione e layout

Laboratorio cultura visiva

 **BancaStato**

 **fidinam**
Fondazione

 **amastl**

La redazione di NF inaugura la primavera con un numero straordinariamente ricco di contributi. Nella prima parte, dedicata alla politica fiscale, Giovanni Merlini e Lorenzo Quadri ricordano la tormentata vicenda dell'Accordo sulla fiscalità dei frontalieri, parafato nel dicembre 2015, ma non ancora sottoscritto dall'Italia, proponendo soluzioni diverse al centro di un intenso dibattito politico nel Cantone Ticino. Nella seconda parte, riservata al diritto tributario svizzero, Samuele Vorpe si occupa della nuova Legge federale concernente la riforma fiscale e il finanziamento dell'AVS (RFFA), sulla quale si voterà il prossimo 19 maggio, sollevando più di un interrogativo in merito alla decisione di sottoporre al voto popolare un unico pacchetto di misure fiscali e sociali, soprattutto con riguardo al principio costituzionale dell'unità della materia. Giovanni Molo (Scambio automatico: estensione degli oneri di verifica e comunicazione per i conti detenuti da entità), Toni Marciante (Il regime fiscale italiano degli interessi su finanziamenti erogati a persone fisiche italiane da banche svizzere), Gabriele Schiavone (Il resident non domiciled inglese) e Patrick Dejardin (Prix de transfert pour les opérations de financement) si confrontano con interessanti ed attuali temi di diritto tributario internazionale. In tema di IVA, Andrea Purpora e Antonino Amodeo presentano un contributo dal titolo "Operazioni inesistenti ed onere della prova". Nella rassegna di giurisprudenza di diritto tributario svizzero, Kelly Scapozza commenta una recente sentenza del Tribunale federale in materia di freno all'imposta sulla sostanza, mentre Thierry De Mitri una sentenza sullo scambio di informazioni fiscali tra Svizzera e Francia. Martino Pinelli chiude il numero di marzo presentando una decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea riguardante la compatibilità del regime *exit tax* inglese con le libertà fondamentali nell'ambito dei *trusts*.

Buona lettura!

Rocco Filippini

Accordo sulla fiscalità dei frontalieri: esiste un piano B?

Il Consiglio federale farebbe bene a predisporre un piano B per il caso di un rifiuto definitivo da parte dell'Italia di sottoscrivere il nuovo accordo sulla fiscalità dei frontalieri, delineando scenari strategici alternativi



Giovanni Merlini
Consigliere nazionale PLR

Anche durante la recente sessione primaverile delle Camere federali si è tornati a dibattere animatamente sulla tormentata vicenda dell'Accordo fiscale tra Svizzera e Italia, parafato il 22 dicembre 2015 e relativo ai lavoratori frontalieri.

La questione si è ormai trasformata in una farsa infinita. Dall'ultimo incontro tra l'on. Ignazio Cassis e il suo omologo italiano on. Enzo Moavero Milanese, è emerso che la firma da parte del governo italiano è stata ulteriormente rinviata *sine die* e che non sono previste altre notizie fino al prossimo mese di aprile. Neppure la decisione del governo ticinese di rinunciare – in caso di firma dell'Accordo da parte italiana – all'obbligo per i frontalieri italiani di presentare un estratto del loro casellario giudiziale è valsa a sbloccare la situazione. Il che dimostra per altro che l'Accordo è, tutto sommato, più vantaggioso per il nostro Paese che per l'Italia e ciò anche se consente a quest'ultima di incrementare a medio e lungo termine il suo gettito fiscale.

Di fronte a questo lungo stallo è comprensibile la reazione di chi – richiamando le 10'000 firme della petizione ticinese del 2014 – invoca la disdetta unilaterale dell'Accordo sui frontalieri del 3 ottobre 1974, entrato in vigore nel 1979 con effetto retroattivo dal 1° gennaio 1974, reclamando, in via subordinata, una compensazione finanziaria da Berna per il nostro Cantone.

Al Ticino deriva in effetti un evidente pregiudizio dal traccheggiare delle autorità italiane. Primo perché con l'Accordo in vigore dovrà continuare a riversare a Roma – quale compensazione a favore dei Comuni della fascia di confine – il 38,8% delle imposte alla fonte prelevate dai frontalieri italiani, anziché il 30% previsto dal nuovo Accordo. Secondo perché la quota di ristorno fiscale attualmente dovuta all'Italia è significativamente superiore a quella dovuta, per es., all'Austria. Berna, infatti, con l'entrata in vigore dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone (ALC), ha modificato l'Accordo sui frontalieri con l'Austria stornandole da allora solo il 12,5% delle imposte incassate alla fonte dai suoi frontalieri.

Il vantaggio del nuovo Accordo con l'Italia, se mai entrerà in vigore, consiste nella facoltà del Ticino di incassare il 70% delle imposte alla fonte invece dell'attuale 62,2% (circa tra i 12 e i 20 mio. di fr. in più all'anno). Inoltre, i lavoratori italiani saranno tenuti a dichiarare anche in Italia il reddito da lavoro conseguito in Svizzera, deducendo l'imposta ivi pagata. Le ben più elevate aliquote marginali in Italia (pari al 43% per i redditi superiori ai 75'000 euro) potrebbero indurre quantomeno una parte dei lavoratori frontalieri nelle fasce di reddito superiore a riconsiderare la loro scelta di lavorare in Svizzera, il che allevierebbe in certa misura la pressione sui salari e sulle infrastrutture in Ticino.

Un risarcimento finanziario a favore del nostro Cantone – che per le note ragioni storiche era stato penalizzato dall'Accordo del 1974 – è, tuttavia, stato respinto lo scorso 13 marzo con una netta maggioranza dal Consiglio nazionale che si è così allineato sulla posizione del Consiglio federale. Quest'ultimo, rappresentato dal Presidente della Confederazione e responsabile del Dipartimento federale delle finanze (DFF) on. Ueli Mauer, pur avendo espresso comprensione per il disappunto più volte espresso dalle autorità ticinesi, ha segnalato la mancanza di una base legale che autorizzi una qualche forma di indennizzo al nostro Cantone, nonché il precedente politico che si creerebbe nei confronti di altri Cantoni che pure si ritrovano svantaggiati per la mancanza di un soddisfacente accordo internazionale che tocchi i loro interessi (p. es., il Cantone Zurigo in relazione ai voli da e per Kloten).

Ritengo, invece, che occorra cautela nel richiedere la disdetta unilaterale dell'attuale Accordo del 1974. È vero che l'ALC ha modificato nel 2007 la nozione di frontaliere, abbandonando il requisito del rientro giornaliero dal luogo di lavoro a quello di domicilio (bastando un unico rientro settimanale) ed è altrettanto vero che il contesto storico è radicalmente mutato rispetto all'epoca in cui fu concluso l'Accordo sui frontalieri, in particolare in seguito all'adozione dello scambio automatico di informazioni in materia fiscale. Cionondimeno, come risulta dal Messaggio del Consiglio federale del 2 luglio 1975, l'Accordo del 1974 è parte integrante della Convenzione

italo-svizzera contro le doppie imposizioni (CDI CH-ITA), la cui importanza economica per il nostro Paese – come pure per l'Italia – non deve essere comprovata.

Come ha ben spiegato il prof. Stefano Dorigo in un convincente contributo dottrinale apparso su *Novità fiscali*^[1], la CDI CH-ITA contempla sì un diritto di denuncia, ma unicamente in relazione all'intero trattato e non in relazione a singole clausole, come appunto quelle concernenti l'imposizione reciproca dei frontalieri. E se ciononostante la Svizzera intendesse denunciare unicamente l'Accordo sui frontalieri invocando l'art. 44 della Convenzione di Vienna, che autorizza il recesso di trattati in caso di mutamento fondamentale delle circostanze, non riuscirebbe comunque a dimostrare (come esige questo articolo della Convenzione di Vienna) che quell'Accordo non era per la controparte italiana una condizione essenziale per la stipulazione della CDI CH-ITA. Dalla genealogia della CDI CH-ITA risulta, infatti, che per l'Italia è sempre stato essenziale prevedere un regime di tassazione dei frontalieri che comportasse il ristorno ai Comuni italiani di frontiera di una parte delle imposte riscosse alla fonte dalla Svizzera.

A questo punto si pone il quesito di sapere se il Consiglio federale intenda predisporre un piano B per il caso, ormai sempre più verosimile, in cui l'Italia dovesse comunicare la sua rinuncia definitiva alla sottoscrizione del nuovo Accordo sulla fiscalità dei frontalieri. L'attuale governo, dominato dalla Lega di Salvini, mostra, infatti, ancora meno disponibilità del precedente ad accrescere – seppure a medio-lungo termine – la pressione fiscale sui frontalieri residenti nei Comuni della fascia di confine, perlopiù amministrati da giunte a maggioranza leghista, preferendo quindi mantenere l'attuale disparità fiscale tra contribuenti italiani.

Per questa ragione ho depositato al Consiglio nazionale un postulato che incarica il Consiglio federale di presentare un rapporto in cui siano illustrate le conseguenze e presentati gli scenari strategici nel caso di mancato accordo con il nostro importante vicino. Il rapporto dovrà indicare anche le implicazioni finanziarie e delineare eventuali misure di compensazione o di equo indennizzo a favore del nostro Cantone.

[1] STEFANO DORIGO, L'Accordo italo-svizzero sui frontalieri del 1974 e la sua possibile denuncia, in: NF 5/2014, pp. 31-34.

Fiscalità dei frontalieri: i fatti sono testardi

Dopo anni di flop, occorre riconoscere che la via istituzionale e diplomatica ha fallito. L'unico strumento efficace è il blocco dei ristorni



Lorenzo Quadri
Consigliere nazionale Lega dei Ticinesi

II. Nuova offensiva.....	106
III. Dialogo in inglese?	106
IV. Nessun indennizzo.....	106
V. Disdire l'Accordo sui frontalieri?.....	106
VI. L'unico strumento.....	107

I. Introduzione

L'Accordo fiscale con l'Italia ha assunto tutti i contorni della farsa. La sua sottoscrizione era stata spacciata come "imminente" già quattro anni fa dall'allora consigliera federale Widmer Schlumpf. Ma si trattava di un espediente per convincere il Consiglio di Stato a non bloccare (totalmente o parzialmente) il versamento dei ristorni dei frontalieri. Ai tempi, la stessa direttrice del Dipartimento federale delle finanze (DFF), in un incontro con la deputazione ticinese alle Camere federali, evocò – quale mezzo di pressione sul Belpaese affinché firmasse – misure unilaterali nei confronti dell'Italia e, segnatamente, la disdetta dell'Accordo sui frontalieri del 1974 che regola i ristorni dei frontalieri. Quest'ultimo divenuto ormai obsoleto. In oltre quattro decenni, le condizioni quadro sono, infatti, cambiate radicalmente. Si pensi solo all'introduzione della libera circolazione delle persone e allo smantellamento del segreto bancario per i clienti esteri.

II. Nuova offensiva

Di recente l'Agenzia delle Entrate italiana si è, inoltre, prodotta nell'ennesima offensiva contro la piazza finanziaria elvetica a proposito delle operazioni "cross-border". Contemporaneamente, il Belpaese nicchia sull'accesso degli operatori finanziari svizzeri al mercato italiano. Su questi temi si segnala l'inerzia del Consiglio federale: il Ticino resta, evidentemente, l'ultima ruota del carro. È manifesto che, se situazioni analoghe a quelle sopra descritte si verificassero sulla piazza finanziaria zurighese, la reazione di Berna sarebbe assai diversa.

III. Dialogo in inglese?

Come ciliegina sulla torta, il dialogo italo-svizzero, in agenda il 21 marzo di quest'anno, si è svolto in inglese; le scorse edizioni si sono, invece, tenute in italiano. Immaginare di ottenere qualcosa dalla vicina Penisola trattando in inglese significa essere completamente fuori dal mondo. È sempre più evidente l'inadeguatezza della burocrazia federale nel rapportarsi con i vicini a Sud. La mancanza di risultati reali lo dimostra. L'arrivo di un ministro degli esteri ticinese non ha cambiato nulla. L'incontro di gennaio tra Cassis e l'omologo Moavero ha prodotto solo le consuete e vuote dichiarazioni d'intenti.

IV. Nessun indennizzo

Ciononostante, pur portando la responsabilità per il perdurare di un accordo vetusto, superato dagli eventi, che con ristorni esagerati penalizza pesantemente il Ticino, il Consiglio federale, a più riprese negli ultimi 8 anni (l'ultima volta a metà febbraio), si è sempre rifiutato di riconoscere un indennizzo al nostro Cantone. Una decisione confermata in marzo dal Consiglio nazionale, che ha respinto a maggioranza una mozione in tal senso.

V. Disdire l'Accordo sui frontalieri?

Il nuovo Accordo sulla fiscalità dei frontalieri comporterebbe, per il Ticino, un vantaggio di una dozzina di mio. di fr. all'anno rispetto alla situazione attuale. Per la controparte italiana, i maggiori incassi sarebbero molto più elevati; si stima nell'ordine di centinaia di mio. di euro. Ciononostante, per motivi politici, la vicina Repubblica non vuole il nuovo trattato e scientemente rinuncia ai vantaggi fiscali che esso le porterebbe.

È, inoltre, evidente, come emerge dalla sua ultima risposta sul tema risalente sempre al mese di febbraio, che il Consiglio federale – al contrario di quanto falsamente dichiarato dall'allora "ministra" Widmer Schlumpf – non prende nemmeno in considerazione la denuncia dell'Accordo del 1974.

VI. L'unico strumento

Allo stato attuale, i ristorni dei frontalieri sono lievitati ad 84 mio. di fr. all'anno. Il nuovo Accordo sulla fiscalità dei frontalieri, parafato nel dicembre del 2015, è manifestamente su un binario morto. I comportamenti scorretti da parte italiana proseguono, come dimostra l'ultima "offensiva" contro la piazza finanziaria ticinese. La gestione del *dossier* da parte della Confederazione è vistosamente deficitaria. Dunque, l'unico mezzo a disposizione del Canton Ticino per arginare un'immotivata emorragia di mio. di fr. consiste nel bloccare il versamento dei ristorni dei frontalieri. Dopo anni di *flop*, occorre riconoscere che la via istituzionale e diplomatica ha fallito.

E al proposito, vale la pena ricordare che già nel settembre del 1991, il gruppo parlamentare in Gran Consiglio della neonata Lega dei Ticinesi sollevava il tema del versamento dei ristorni, pur se in relazione alla mancata realizzazione di depuratori su suolo italiano. I fatti sono testardi, come si suol dire.

La RFFA e il principio dell'unità della materia

Il Popolo svizzero sarà chiamato a votare il 19 maggio prossimo su un unico oggetto contenente due tematiche differenti: la riforma fiscale delle imprese e il finanziamento dell'AVS



Samuele Vorpe

Responsabile del Centro di competenze tributarie della SUPSI

Il 19 maggio prossimo, il Popolo sarà chiamato a votare sulla Legge federale concernente la riforma fiscale e il finanziamento dell'AVS (RFFA), contro la quale è riuscito il referendum. È proprio l'unione della fiscalità con la socialità a sollevare più di un interrogativo, soprattutto con riferimento al rispetto del principio costituzionale dell'unità della materia, il quale richiede l'esistenza di un rapporto intrinseco tra le varie componenti di un progetto governativo oppure di un'iniziativa popolare (art. 34 cpv. 2 Cost.). Nel presente caso non sembra esserci un siffatto rapporto poiché la Legge sulla RFFA lega una questione di puro diritto fiscale con una questione di finanziamento/compensazione sociale. In apparenza, non vi è alcun tema che possa costituire un comun denominatore. Infatti, non vi è alcun rapporto intrinseco e l'unione dei due temi in un unico oggetto non è altro che un compromesso politico. In merito, il Tribunale federale ha osservato che simili negoziati sono certamente legittimi e possono avere quale conseguenza che una forza politica accetti una legge che non la convince integralmente, al fine di ottenere un sostegno in un altro dossier. Tuttavia, la posizione in cui si trova il cittadino è differente poiché non può negoziare un compromesso, ma solo accettare o rifiutare l'oggetto che gli viene sottoposto (sì/no). Per questo motivo, la Legge sulla RFFA viola il principio dell'unità della materia.

I. Introduzione.....	108
II. Il principio dell'unità della materia.....	109
A. Scopo, rapporto intrinseco e nozione relativa.....	109
B. Le basi costituzionali.....	109
III. La nullità delle iniziative o dei progetti governativi ...	110
A. Le iniziative popolari considerate nulle dall'Assemblea federale.....	110
B. Le iniziative popolari e i progetti governativi considerati nulli dal Tribunale federale.....	110
1. Panoramica.....	110
2. Il caso appenzellose.....	111
3. Il caso neocastellano.....	111
IV. Il caso della riforma fisco-sociale ticinese.....	112
V. Stessa valutazione tra iniziative e leggi federali?.....	112

VI. La Legge sulla RFFA.....	112
A. Il processo legislativo.....	112
B. 6 settembre 2017.....	112
C. 21 marzo 2018.....	113
D. 7 giugno 2018.....	114
E. 12 settembre 2018.....	114
F. 28 settembre 2018.....	114
G. Referendum e votazione.....	115
H. La Legge sulla RFFA rispetta l'unità della materia?.....	115

I. Introduzione

Contro la Legge federale concernente la riforma fiscale e il finanziamento dell'AVS (RFFA) è riuscito formalmente il referendum, per cui il Popolo sarà chiamato ad esprimersi il prossimo 19 maggio. La Legge sulla RFFA si presenta come un pacchetto unico che include la modifica di varie leggi, in particolare quelle di natura fiscale^[1], tra cui però anche la Legge federale sull'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti (LAVS; RS 831.10). È proprio l'unione di fiscalità e socialità a sollevare qualche interrogativo. Infatti, gli oggetti sottoposti a votazione popolare in Svizzera, sia essi federali o cantonali, devono rispettare il principio costituzionale dell'unità della materia, il quale richiede l'esistenza di un rapporto intrinseco tra le varie componenti di un progetto governativo oppure di un'iniziativa popolare. Il rispetto di questo principio, ricavato dall'art. 34 cpv. 2 della Costituzione federale (Cost.; RS 101), serve ad evitare che il cittadino avente diritto di voto si trovi nel dilemma di dover approvare due elementi di una proposta

[1] In ambito fiscale si tratta della Legge federale sull'imposta federale diretta (LIFD; RS 642.11); della Legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (LAID; RS 642.14); della Legge federale concernente l'esecuzione delle convenzioni internazionali concluse dalla Confederazione per evitare i casi di doppia imposizione (RS 672.2); del Decreto federale del 20 marzo 1998 sull'aumento delle aliquote dell'imposta sul valore aggiunto a favore dell'AVS/AI (RS 641.203) e della Legge federale sull'imposta preventiva (LIP; RS 642.21). Viene inoltre modificata la Legge federale concernente la perequazione finanziaria e la compensazione degli oneri (LFPC; RS 613.2), che nei suoi parametri di calcolo considera anche la variabile fiscale.

quando però ne condivide solo uno[2]. In tali casi, infatti, egli si troverebbe nella situazione di non poter esprimere la propria volontà liberamente.

La Legge sulla RFFA è, quindi, una manovra politica piuttosto inedita basata sulla ricerca di un compromesso tra le principali forze politiche: i partiti borghesi da un lato, quelli di sinistra dall'altro. Per evitare un nuovo fallimento, dopo il no popolare del 12 febbraio 2017 concernente la Riforma III dell'imposizione delle imprese (Riforma III), la Legge sulla RFFA contiene una compensazione sociale in favore dell'AVS che si lega alle misure fiscali[3]. Il nesso che unisce questi due temi, diversi l'uno dall'altro, è da ricercare nella volontà del legislatore di giungere ad un testo di legge finale, che rappresentasse l'essenza di un compromesso politico, sulla base del seguente principio: "per ogni franco di gettito fiscale perso a causa della riforma dell'imposizione delle imprese, un altro franco sarà versato nelle casse dell'AVS".

In questo contributo si cercherà di esaminare se la Legge sulla RFFA rispetta o meno il requisito costituzionale dell'unità della materia.

II. Il principio dell'unità della materia

A. Scopo, rapporto intrinseco e nozione relativa

La finalità del principio dell'unità della materia è quella di impedire di includere, nel medesimo oggetto sottoposto ad un voto popolare, molteplici proposte di natura e scopi differenti, che obbligano il cittadino ad approvare o respingere (sì/no) l'intero oggetto, anche se d'accordo solo con alcune delle proposte ivi contenute. Ne consegue che il cittadino deve di principio poter decidere separatamente in merito ad ogni oggetto e non venir costretto ad accettare o respingere globalmente un pacchetto di proposte di cui ne accetta solo alcune. Al fine di valutare la salvaguardia dell'unità della materia è, quindi, determinante valutare il punto di vista del cittadino, a cui spetta, in ultima analisi, pronunciarsi sul testo in votazione[4].

Ai sensi dell'art. 75 cpv. 2 della Legge federale sui diritti politici (LDP; RS 161.1), "[l]'unità materiale è rispettata se le singole parti dell'iniziativa sono [tra di loro] intrinsecamente connesse". Secondo tale disposizione, deve, quindi, esistere un rapporto intrinseco e un'unità di scopo, vale a dire un rapporto di connessione, che faccia apparire come oggettivamente giustificata l'unione di proposte apparentemente differenti in un unico oggetto sottoposto al voto popolare[5].

L'apprezzamento deve avvenire in funzione delle circostanze concrete. Non vi è, infatti, nessuna connessione oggettivamente giustificata quando le singole proposte sono riunite in maniera artificiosa o soggettiva[6].

Quanto sinora affermato può essere riassunto nella definizione del principio dell'unità della materia resa dal prof. PIERRE TSCHANNEN: "ogni argomento sul quale si vota – non importa se iniziativa o progetto governativo – deve preservare l'unità della materia in virtù del diritto federale [...]. L'unità della materia si manifesta quale divieto di abbinamento. Gli elettori non vanno obbligati a decidere con un'unica parola [SÌ/NO] su questioni che non presentano un sufficiente nesso causale. Il criterio del nesso causale offre ovviamente un certo margine d'interpretazione. Secondo il Tribunale federale, tale concetto è difficile da definire in modo generale, dato che dipende dalla ponderazione delle circostanze del singolo caso [...]: se gli elementi di un progetto di legge rimangono all'interno di un quadro tematico, se perseguono un obiettivo uniforme o se si trovano in una relazione plausibile tra scopo e mezzi, l'unità della materia è considerata preservata; in tal caso non sussiste alcun diritto alla votazione separata di singole parti del progetto. Al contrario, l'unità della materia viene violata se la connessione tra gli elementi normativi di un progetto appare artificiale o è addirittura motivata esclusivamente da tattiche di voto. Con un'unica e sola proposta non possono quindi essere perseguiti diversi obiettivi politici che, nel dibattito politico, vengono percepiti come postulati indipendenti. È altrettanto proibito sottoporre agli elettori dei veri e propri programmi di partito"[7].

B. Le basi costituzionali

L'esigenza di rispettare il principio dell'unità della materia è esplicitamente prevista per le modifiche costituzionali (artt. 139 cpv. 1 e 194 cpv. 2 Cost.; art. 75 cpv. 1 LPD).

L'art. 139 cpv. 1 Cost. osserva che "[s]e l'iniziativa viola il principio dell'unità della forma o della materia o disposizioni cogenti del diritto internazionale, l'Assemblea federale la dichiara nulla in tutto o in parte"[8]. Sono, dunque, le Camere federali, vale a dire il Consiglio nazionale e il Consiglio degli Stati (art. 148 cpv. 2 Cost.), e non il Tribunale federale (art. 188 cpv. 1 Cost.), le autorità legittimate a decidere in merito al rispetto dell'unità della materia.

Anche l'art. 194 cpv. 2 Cost. esplicita il principio dell'unità materiale, il quale dev'essere salvaguardato ad ogni revisione parziale della Costituzione[9].

[6] DTF 123 I 63 consid. 4d.

[7] PIERRE TSCHANNEN, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (a cura di), Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basler Kommentar, Basilea 2015, N 41 ss. ad Art. 34 BV.

[8] Il principio dell'unità della forma, per contro, esige che un'iniziativa debba essere presentata o come proposta generica o come progetto elaborato. È dunque vietato presentare un testo che coniughi i due aspetti.

[9] Ufficio federale di giustizia (UFG), Loi fédérale relative à la réforme fiscale et au financement de l'AVS (selon décision de la CER-E du 24 mai 2018), Unité de la matière, Berna, 31 maggio 2018, in: <https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/stellungnahme-bj-einheit-materie-18-031-f.pdf> (consultato il 09.03.2019), p. 2.

[2] MARIE VUILLEUMIER, Fiscalità delle imprese e AVS, un compromesso rischioso, 18 settembre 2018, in: https://www.swissinfo.ch/ita/progetto-fiscale-17_fiscalit%C3%A0-delle-imprese-e-avs--un-compromesso-rischioso/44408352 (consultato il 09.03.2019).

[3] Gli esiti della votazione popolare sono disponibili al seguente link: <https://www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/votazioni/Votazione-popolare-del-12-febbraio-2017%20.html> (consultato il 09.03.2019).

[4] DTF 137 I 200 consid. 2.2.

[5] DTF 137 I 200 consid. 2.2.

La dottrina unanime, così come la giurisprudenza del Tribunale federale, rilevano che il principio dell'unità della materia si ricava ugualmente dall'art. 34 cpv. 2 Cost., secondo il quale "[l]a garanzia dei diritti politici protegge la libera formazione della volontà e l'espressione fedele del voto"^[10].

La dottrina maggioritaria ritiene, soprattutto con riferimento all'art. 34 cpv. 2 Cost., che l'unità della materia si applichi non solo alle iniziative popolari, ma anche alle leggi federali emanate dall'Assemblea federale (art. 163 cpv. 1 Cost.)^[11]. Si segnala a questo proposito una recente iniziativa parlamentare del 15 giugno 2018, depositata dall'on. Thomas Minder, che propone l'aggiunta di un nuovo cpv. 5 all'art. 22 della Legge federale sull'Assemblea federale (LParl; RS 171.10), con lo scopo di codificare definitivamente il principio dell'unità della materia per le leggi federali^[12]. Il tenore della disposizione proposta è il seguente: "[g]li atti legislativi sottoposti a referendum devono rispettare il principio dell'unità della materia. Quest'ultima è rispettata se le singole parti di un atto normativo sono intrinsecamente connesse". In sostanza, si tratta di introdurre una norma di diritto positivo analoga a quella già attualmente in vigore per le iniziative popolari federali secondo l'art. 75 cpv. 2 LDP.

L'11 ottobre scorso, la Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio degli Stati ha dato seguito all'iniziativa.

III. La nullità delle iniziative o dei progetti governativi

A. Le iniziative popolari considerate nulle dall'Assemblea federale

Sino ad oggi, solo due iniziative popolari federali sono state dichiarate nulle dall'Assemblea federale in quanto non rispettose del principio dell'unità della materia^[13]:

- la prima, risalente al 1977, denominata "contro il rincaro e l'inflazione" venne dichiarata nulla poiché metteva sotto lo stesso cappello diversi diritti sociali fondamentali e ampie competenze di natura economico-politica della Confederazione;

[10] UFG (nota 9), pp. 2 e 4 con riferimento a DTF 137 I 200 consid. 2.2.

[11] Cfr. la numerosa dottrina citata nel testo dell'iniziativa parlamentare depositata dall'on. Thomas Minder (nota 12), di seguito indicata: ANDREAS AUER, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Berna 2016, nm. 1149; GEROLD STEINMANN, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (a cura di), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, III^e ed., Zurigo/San Gallo 2014, N 23 ad Art. 34 BV; CRISPIN HUGENSCHMIDT, *Einheit der Materie – überholtes Kriterium zum Schutze des Stimmrechts?*, diss., Basilea 2001, p. 93 ss.; BÉNÉDICTE TORNAY SCHALLER, *La démocratie directe saisie par le juge*, diss., Ginevra 2008, p. 210; CHRISTOPH ALBRECHT, *Gegenvorschläge zu Volksinitiativen – Zulässigkeit, Inhalt, Verfahren*, diss., San Gallo 2003, p. 175 s.; ANDREA TÖNDURY, *Toleranz als Grundlage politischer Chancengleichheit*, abil., Zurigo/San Gallo 2017, p. 625.

[12] Iniziativa parlamentare, n. 18.436, dal titolo "Atti normativi dell'Assemblea federale. Preservare il principio dell'unità della materia", in: <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20180436> (consultato il 09.03.2019).

[13] Rapporto della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio degli Stati, Requisiti per la validità di iniziative popolari. Esame della necessità di una riforma, del 20 agosto 2015, in: FF 2015 5813, p. 5817 (cit.: Rapporto CdS sulle istituzioni politiche).

- la seconda, del 1995, denominata "per meno spese militari e più politica di pace" venne, invece, dichiarata nulla poiché la riduzione delle spese per la difesa nazionale che propugnava veniva collegata all'impiego dei mezzi risparmiati a favore della politica di pace, dell'assicurazione sociale e della ristrutturazione dell'industria dell'armamento.

Benché non sia stata dichiarata nulla, ha dato adito ad un vivace dibattito l'iniziativa popolare federale del 2014, denominata "Stop alla sovrappopolazione – sì alla conservazione delle basi naturali della vita" (cd. "iniziativa Eco-pop")^[14]. L'Assemblea federale non ha, infatti, dato luce verde alle numerose richieste di dichiarare nulla l'iniziativa. Per alcuni, le due misure contenute nel testo degli iniziattivisti – la limitazione dell'immigrazione in Svizzera, da un lato, e la pianificazione familiare nei Paesi in sviluppo, dall'altro – erano considerate troppo disgiunte. Per altri, invece, l'iniziativa perseguiva un unico scopo, vale a dire la stabilizzazione globale della popolazione^[15].

Ancora più recentemente, secondo il costituzionalista ANDREAS AUER, il progetto federale "Previdenza per la vecchiaia 2020"^[16], poi bocciato in votazione popolare il 24 settembre 2017^[17], violava l'unità della materia, poiché, concepito come una "legge mantello", andava a modificare ben 12 leggi molto diverse tra loro^[18].

B. Le iniziative popolari e i progetti governativi considerati nulli dal Tribunale federale

1. Panoramica

Negli ultimi anni, l'Alta Corte ha avuto modo di occuparsi a livello cantonale del criterio dell'unità della materia tanto in testi concernenti iniziative popolari, quanto in progetti governativi che dovevano essere sottoposti al voto del Popolo. In tutti i casi trattati, il Tribunale federale ha ravvisato una violazione del principio dell'unità materia ai sensi dell'art. 34 cpv. 2 Cost.^[19]:

- un'iniziativa ginevrina, composta da 11 capitoli, che era volta – tra l'altro – alla promozione di posti di lavoro, alla lotta alla disoccupazione, così come all'introduzione di una riforma fiscale^[20];

[14] Rapporto CdS sulle istituzioni politiche (nota 13), p. 5817. Per maggiori dettagli si veda: <https://www.bk.admin.ch/ch/i/pore/vi/vis406.html> (consultato il 09.03.2019).

[15] Rapporto CdS sulle istituzioni politiche (nota 13), p. 5817.

[16] Per maggiori dettagli si veda: https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/it/dokumente/themenubergreifend/broschueren/altersvorsorge_reform.pdf.download.pdf/AV2020-reform-it-170908.pdf (consultato il 09.03.2019).

[17] Gli esiti della votazione popolare sono disponibili al seguente link: <https://www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/votazioni/20170924/riforma-previdenza-vecchiaia-2020.html> (consultato il 09.03.2019).

[18] ANDREAS AUER, *Die Reform der Altersvorsorge 2020 und der Grundsatz der Einheit der Materie*, 15 settembre 2017, in: <https://napoleonsnightmare.ch/2017/09/15> (consultato il 09.03.2019); UFG (nota 9), p. 3.

[19] ANDREAS AUER, *Perizia giuridica sulla ricevibilità dell'iniziativa costituzionale ticinese "Avanti con le nuove città di Locarno e Bellinzona"*, luglio 2012 (traduzione a cura dell'avv. Sarah Socchi).

[20] DTF 123 I 63.

- un'iniziativa sempre ginevrina che, da un lato, perseguiva la costituzione di una cassa malati cantonale e, dall'altro, voleva sottoporre le decisioni di privatizzazione dei compiti dello Stato a *referendum* obbligatorio[21];
- un'altra iniziativa ginevrina che riguardava la tutela degli inquilini, la costruzione di alloggi sociali, la conservazione di spazi abitativi, la costituzione di un tribunale in materia di locazione, l'estensione dei diritti politici ed altri oggetti[22];
- una proposta di legge dell'autorità appenzellese, con cui si volevano impiegare gli utili straordinari derivanti dalla vendita dell'oro della Banca Nazionale Svizzera (BNS) per l'abbattimento del debito e la promozione della cultura, risp. per rendere il Cantone competitivo da un profilo fiscale[23];
- una proposta di legge dell'autorità neocastellana, che aveva vincolato una legge sull'imposizione delle imprese ad un controprogetto d'iniziativa popolare per le strutture di accoglienza dei bambini. In quest'ultimo caso, l'entrata in vigore dell'una era vincolata all'altra[24].

2. Il caso appenzellese

Nel 2006, il Consiglio di Stato aveva varato un progetto di legge sull'utilizzazione degli utili straordinari derivanti dalla vendita dell'oro della BNS. Da un lato, il progetto determinava in quale modo utilizzare la parte che era stata ricevuta dalla Confederazione con la vendita dell'oro della BNS. In particolare, era previsto di utilizzare un determinato importo per ridurre il debito del Cantone e dei Comuni, così come impiegarlo per fondi culturali. Dall'altro, il progetto conteneva una modifica della legge tributaria, il cui scopo era di migliorare la competitività fiscale del Cantone.

Secondo il Tribunale federale, diversamente dal versamento unico in favore delle finanze del Cantone e dei Comuni e dei fondi culturali, i cui risultati sarebbero stati immediatamente visibili, la revisione della legge tributaria riguardava piuttosto una misura di politica-fiscale a lungo termine, i cui effetti sarebbero stati visibili soltanto dopo diversi anni e difficilmente prevedibili con sicurezza. L'Alta Corte riteneva che non era possibile affermare che una parte del progetto di legge era la condizione dell'altra e che senza questa non avrebbe potuto esistere. Tra i due temi sottoposti al voto popolare mancava, quindi, il cd. "rapporto intrinseco", vale a dire un sufficiente legame causale. Infatti, entrambe le parti non presentavano un immediato rapporto tra lo scopo e i mezzi a disposizione; la revisione della legge tributaria aveva un peso proprio e andava ben al di là dello scopo dell'impiego dei proventi della BNS[25].

3. Il caso neocastellano

Come sopra indicato, il Consiglio di Stato intendeva sottoporre a votazione popolare i seguenti progetti di legge[26]:

- a) una riforma dell'imposizione fiscale delle imprese;
- b) un miglioramento della struttura di accoglienza dei bambini, quale controprogetto ad un'iniziativa popolare che mirava allo stesso obiettivo.

I due progetti di legge erano uniti l'uno all'altro con delle clausole, le quali stabilivano che l'entrata in vigore di una legge sarebbe stata subordinata all'entrata in vigore dell'altra. Questo concetto veniva, inoltre, indicato nella *brochure* di voto inviata ai cittadini, dove c'era scritto che i due oggetti erano strettamente legati e se una delle due leggi fosse stata respinta dal Popolo, l'altra non sarebbe potuta entrare in vigore, ancorché approvata dal Popolo medesimo[27].

Chiamato in causa a decidere sulla possibile violazione del principio dell'unità della materia, il Tribunale federale ha affermato come il cittadino dev'essere in grado di apprezzare globalmente l'oggetto in votazione per decidere se è d'accordo con lo scopo perseguito e con i mezzi utilizzati per raggiungerlo. Ciò non è possibile se i diversi oggetti sono tra di loro molto diversi e mirano ad obiettivi troppo differenti[28].

Da un lato, la legge tributaria riguarda unicamente il diritto fiscale, in questo specifico caso l'imposizione delle imprese, e non ha nulla a che vedere con lo scopo dell'altra legge, quella sull'accoglienza, se non la clausola formale, la quale stabilisce che tutte e due devono essere approvate simultaneamente per poter entrare in vigore. Lo stesso ragionamento può essere fatto in senso inverso.

Nel presente caso, il legame stabilito tra i due progetti di legge violava, quindi, l'esigenza del principio dell'unità della materia, soprattutto perché non era ravvisabile alcun legame materiale tra le due leggi[29]. Oltretutto, la modifica della legge tributaria non prevedeva che una parte delle imposte incassate dalle persone giuridiche dovesse essere utilizzata per finanziare il miglioramento della struttura di accoglienza dei bambini, ovvero l'altro oggetto in votazione[30].

Secondo le autorità neocastellane, però, l'unione dei due progetti costituiva una sorta di contratto sociale tra le parti, ovvero il risultato di un negoziato tra *partner* politici e sindacali, il cui scopo era quello di migliorare le condizioni quadro offerte dal Cantone alla sua economia[31].

Il Tribunale federale aveva osservato come le negoziazioni siano certamente legittime e possano condurre una forza politica ad accettare una legge che non la convince pienamente, al fine di ottenere un sostegno in un altro *dossier*. Tuttavia, va rilevato che il cittadino si trova in una posizione

[21] DTF 129 I 381.

[22] DTF 130 I 185.

[23] Sentenza TF n. 1P.223/2006 del 12 settembre 2006.

[24] DTF 137 I 200.

[25] Sentenza TF n. 1P.223/2006 del 12 settembre 2006 consid. 3.5.

[26] DTF 137 I 200, fatti iniziali A.

[27] DTF 137 I 200 consid. 3.1.

[28] DTF 137 I 200 consid. 4.1

[29] DTF 137 I 200 consid. 4.1.

[30] DTF 137 I 200 consid. 4.1. Si deve, inoltre, rilevare che in questo caso si trattava di due progetti di legge separati, legati però l'uno all'altro. Il Tribunale federale avrebbe sicuramente trattato nella stessa maniera il caso, qualora le due proposte fossero state inserite in un unico progetto di legge (UFG [nota 9], p. 5).

[31] DTF 137 I 200 consid. 4.1 s.

differente: egli non è, infatti, nella posizione di negoziare, ma può solo accettare o rifiutare (sì/no) l'oggetto sottopostogli[32]. Pertanto, se l'accettazione di una parte dell'oggetto implica delle concessioni in un ambito completamente diverso, il cittadino non può esprimere la sua volontà liberamente[33]. Così, i cittadini favorevoli alla modifica dell'imposizione delle imprese avrebbero dovuto approvare la legge sulle strutture di accoglienza dei figli, nonostante non fossero stati d'accordo con questa, e viceversa[34].

IV. Il caso della riforma fisco-sociale ticinese

Il 7 novembre e il 12 dicembre 2017, il Gran Consiglio ha approvato la "Riforma cantonale fiscale e sociale". Contro le sole misure fiscali è stato promosso un referendum sul quale i cittadini sono stati chiamati ad esprimersi il 29 aprile 2018.

Rispondendo ad una domanda della Commissione tributaria sulla correttezza legislativa di vincolare tra di loro i decreti della legge tributaria e delle leggi sociali, il Consiglio di Stato si è così espresso: "[p]er evitare qualsiasi rischio giuridico, dal profilo legislativo le clausole di entrata in vigore potrebbero essere formulate nel modo usuale, con la delega al Consiglio di Stato di fissare l'entrata in vigore in modo indipendente di ciascuna modificazione di legge. Anche in tale ipotesi, il Consiglio di Stato ritiene di poter porre in vigore il pacchetto in modo integrale. Qualora ciò non sarà possibile, perché una sua parte cadrà, il Consiglio di Stato potrà tenere in sospeso l'altra parte per un certo periodo, riportandola poi eventualmente davanti al Parlamento per l'abrogazione non essendo più dati i presupposti per una sua approvazione".

Nel presente caso, la violazione dell'unità della materia non è stata eccepita da ricorsi al Tribunale federale. Tuttavia, qualora le modifiche della legge tributaria non fossero state accolte in votazione popolare[35], l'altra legge, quella sociale, sarebbe comunque restata giuridicamente valida, in attesa di una decisione in merito all'entrata in vigore del Consiglio di Stato. Se, poi, restando nel campo delle ipotesi, il Gran Consiglio avesse deciso di abrogarla su eventuale messaggio del Consiglio di Stato, una volta abrogata, si sarebbe potuto lanciare un referendum contro tale decisione, dopo la sua pubblicazione sul Foglio ufficiale, al fine di chiedere al Popolo di esprimersi su questo oggetto.

Si può, quindi, affermare che in questo caso l'unità della materia sia stata rispettata, a maggior ragione visto che il 29 aprile 2018 il Popolo si è potuto esprimere soltanto su un tema, ovvero quello concernente la legge tributaria.

V. Stessa valutazione tra iniziative e leggi federali?

Il principio dell'unità della materia non dovrebbe essere applicato allo stesso modo tra le iniziative popolari e le leggi federali. Questo poiché la situazione di partenza non è la medesima[36]:

- per quanto concerne le iniziative popolari per revisioni parziali della Costituzione (art. 139 Cost.), un piccolo gruppo può spontaneamente e senza alcun dibattito preventivo preparare un testo e lanciare un'iniziativa. Raccolte le firme necessarie, il testo viene sottoposto a votazione senza essere modificato dalle autorità;
- per quanto concerne le leggi federali, invece, la procedura è analoga a quella di una revisione della Costituzione da parte delle autorità (art. 194 Cost.). Le discussioni in Parlamento garantiscono un processo di negoziazione e una legittimazione democratica significativa (esami in commissioni, sistema bicamerale). Oltre a ciò, è prevista una procedura di consultazione che permette di considerare le opinioni di una estesa cerchia di soggetti interessati (art. 147 Cost.). Il voto del testo di legge finale è il risultato di un percorso articolato che dà luogo a discussioni, alla ricerca di soluzioni e compromessi accettabili tra i parlamentari, diversamente da quanto accade per le iniziative per revisioni parziali.

Dato che la legittimazione democratica delle autorità è di livello più elevato rispetto a quella del comitato di iniziativa, si auspica una valutazione meno rigorosa dei criteri oggetto dell'esame dell'unità materia. In aggiunta, una legge federale è frutto di un processo legislativo e di discussioni che, inevitabilmente, garantiscono una legittimazione democratica del risultato finale. Al fine di esaminare se un progetto di legge rispetti l'unità della materia, non ci si dovrebbe, quindi, soltanto basare sul punto di vista degli elettori ("libera espressione della loro volontà"), ma si dovrebbe altresì accettare che il legislatore disponga di un ampio margine di apprezzamento per ricercare dei compromessi politici[37].

Su questi due punti di vista il Tribunale federale sembra, però, pensarla diversamente, come si evince dalla sentenza del Canton Neuchâtel: l'unico e determinante punto di vista sembra, infatti, quello dell'elettore finale, che può soltanto accettare o rifiutare un progetto di legge (sì/no) che persegue più scopi intrinsecamente non legati tra loro, senza esprimersi sul compromesso politico. Un'iniziativa popolare ed un progetto governativo sembrerebbero, quindi, essere posti sullo stesso piano.

VI. La Legge sulla RFFA

A. Il processo legislativo

Il processo legislativo che ha portato il 28 settembre 2018 l'Assemblea federale ad adottare la Legge sulla RFFA è partito il 6 settembre 2017, qualche mese dopo la bocciatura popolare della Riforma III[38]. Nei prossimi capitoli verranno esposte le diverse tappe del processo legislativo.

B. 6 settembre 2017

Il 6 settembre 2017 è stata avviata la procedura di consultazione, come previsto dall'art. 147 Cost., dell'avamprogetto di

[32] DTF 137 I 200 consid. 4.2.

[33] DTF 137 I 200 consid. 4.2.

[34] DTF 137 I 200 consid. 4.3.

[35] Tra l'altro, il sì è prevalso per una manciata di voti.

[36] DTF 123 I 63 consid. 4b; UFG (nota 9), p. 3.

[37] Cfr. UFG (nota 9), p. 4.

[38] Sui contenuti della Riforma III si veda: https://www.efd.admin.ch/efd/it/home/dokumentation/legislazione/votazioni/riforma-iii-dellimposizione-delle-imprese--ri-imprese-iii-/fb_usriii.html (consultato il 09.03.2019).

legge concernente il Progetto fiscale 17 (PF17)[39]. Il testo sottoposto in consultazione dal DFF coniugava due temi molto diversi tra loro: misure fiscali, da un lato, e misure sociali, dall'altro, senza che fosse stata spesa una parola sulla possibile violazione del principio dell'unità della materia. Le misure fiscali proposte, nella sostanza, consistevano in una riproposta di quelle bocciate in votazione popolare il 12 febbraio 2017 e contenute nella Riforma III.

In particolare, l'avamprogetto di legge proponeva le seguenti misure fiscali:

- a) l'abrogazione delle disposizioni stabilite nell'art. 28 LAID concernenti le società a statuto speciale cantonale (società *holding*, di domicilio e miste), nonché l'abrogazione delle prassi fiscali cantonali concernenti le società *principal*[40] e le *swiss finance branch*[41], risp. la possibilità per queste tipologie di società di sciogliere le riserve occulte presenti al momento del cambiamento di regime fiscale (*step-up*);
- b) l'introduzione di un *Patent box* a livello cantonale, conforme agli *standard* internazionali stabiliti dal Piano di azione 5 del Progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS)[42], che riduce sino ad un massimo del 90% l'utile proveniente dalla proprietà intellettuale;
- c) l'introduzione di una deduzione maggiorata per le spese di ricerca e sviluppo a livello cantonale, sino ad un massimo del 150%;
- d) l'introduzione di una limitazione dello sgravio fiscale che obbliga i Cantoni ad assoggettare sempre a tassazione almeno il 30% dell'utile imponibile delle imprese prima dell'applicazione delle agevolazioni fiscali previste dal PF17;
- e) l'aumento dell'imposizione parziale al 70% a livello federale, e almeno al 70% a livello cantonale, dei dividendi provenienti da partecipazioni qualificate (almeno il 10%) percepiti da persone fisiche;
- f) l'aumento dal 17% al 20,5% della quota parte del gettito dell'imposta federale diretta in favore dei Cantoni, e
- g) la necessità per i Cantoni di considerare da un profilo finanziario le loro Città e i loro Comuni[43].

[39] Dipartimento federale delle finanze (DFF), Il Consiglio federale avvia la consultazione concernente il Progetto fiscale 17, Comunicato stampa, Berna, 6 settembre 2017, in: https://www.efd.admin.ch/efd/it/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-68007.html (consultato il 09.03.2019). L'avamprogetto è disponibile al seguente link: <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/49602.pdf> (consultato il 09.03.2019), mentre il Rapporto esplicativo al seguente link: <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/49599.pdf> (consultato il 09.03.2019).

[40] Circolare n. 8 dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC), Ripartizione fiscale internazionale delle società principali, Berna, 18 dicembre 2001, in: <https://www.estv.admin.ch/dam/estv/it/dokumente/bundessteuer/kreisschreiben/2003/W02-008.pdf.download.pdf/w02-008i.pdf> (consultato il 09.03.2019).

[41] In questo caso si tratta di una prassi non pubblicata.

[42] OCSE, *Lutter plus efficacemente contre les pratiques fiscales dommageables*, en prenant en compte la transparence et la substance, Action 5 – Rapport final 2015, in: <http://www.oecd.org/fr/ctp/lutter-plus-efficacement-contre-les-pratiques-fiscales-dommageables-en-prenant-en-compte-la-transparence-et-la-substance-9789264255203-fr.htm> (consultato il 09.03.2019).

[43] L'avamprogetto prevedeva inoltre sgravi fiscali per l'imposta sul capitale, disposizioni volte a disciplinare le riserve occulte in caso di inizio e fine

Nello stesso avamprogetto di legge era, inoltre, contenuta una misura sociale di politica familiare volta ad aumentare di fr. 30 le prescrizioni minime per gli assegni familiari nei Cantoni[44].

Nei risultati della procedura di consultazione, diversi interessati avevano eccepito la violazione del principio dell'unità della materia[45].

C. 21 marzo 2018

Il 21 marzo 2018, il Consiglio federale, alla luce dei risultati della procedura di consultazione, ha indirizzato il proprio messaggio sulla Legge PF17 alle Camere federali[46]. Non si segnalano nel disegno di legge significative differenze rispetto all'avamprogetto. L'unica degna di rilievo risulta essere l'aumento al 21,2% della quota parte del gettito dell'imposta federale diretta in favore dei Cantoni, percentuale che corrisponde a quella che era già prevista nella Riforma III. Per contro, per quanto concerne il principio dell'unità della materia, il Consiglio federale prende posizione nel modo seguente: "[il] progetto comporta la modifica di diverse leggi federali. Ciò è ammesso dal punto di vista dell'unità della materia a condizione che tra le singole parti del progetto sussista un nesso materiale. Il nesso materiale è presumibile in particolare se le singole parti del progetto perseguono lo stesso obiettivo. Qui la risposta è sicuramente affermativa per la modifica degli atti tributari e della LPFC [ndr. Legge federale concernente la perequazione finanziaria e la compensazione; RS 613.2], poiché tale modifica è intesa a mantenere l'attrattiva della piazza economica nonostante l'abolizione dei privilegi fiscali. L'aumento degli assegni familiari persegue, invece, un obiettivo diverso. L'inclusione di questa modifica nel PF17 serve prima di tutto a ottenere il consenso politico ed è pertanto discutibile nell'ottica dell'unità della materia. Il nostro Collegio ritiene tuttavia che, scorporando questa parte in

assoggettamento in Svizzera, l'estensione del computo globale d'imposta su interessi, dividendi e canoni in favore degli stabilimenti d'impresa svizzeri di una società estera assoggettati all'imposta sull'utile ordinaria, adeguamenti della perequazione finanziaria.

[44] Così facendo gli assegni minimi per i figli sarebbero arrivati a fr. 230 al mese e gli assegni di formazione a fr. 280 al mese.

[45] Si vedano i pareri ricevuti dal DFF in merito all'avamprogetto PF17, disponibili al seguente link: https://www.admin.ch/ch/i/gg/pc/documents/2897/Progetto-fiscale-17_Pareri-B.pdf (consultato il 09.03.2019). In pochi avevano sollevato il problema dell'unità della materia: tra questi la sezione del Partito liberale radicale argoviese, secondo cui "[w]as die Erhöhung der Mindestvorgaben des Bundes für die Familienzulagen um monatlich 30 Franken in einer Steuervorlage zu suchen hat, bleibt schleierhaft. Diese Verletzung der Einheit der Materie ist abzulehnen" (p. 118); lo studio Bruhin & Partner AG di Bäch, osservando che: "[d]ie Politik hat sich daran gewöhnt, in Verletzung des Grundsatzes der Einheit der Materie Dinge miteinander zu verknüpfen, die mit einander nichts zu tun haben, nur um das Pakt dem Bürger dann als «Kompromiss» verkaufen zu können. Kinderzulagen sind eine Sache der Familienpolitik. Sie haben in einer Vorlage zur Unternehmensbesteuerung nichts zu suchen. Die Erhöhung der Kinderzulagen belasten vor allem die KMU. Der ganze Bereich Kinderzulagen ist aus der Vorlage zu streichen. Bei Ablehnung der «Gesamtvorlage» weiss man letztlich dann nicht, welcher Teil nicht gewollt war: Die Anpassungen bei den Unternehmenssteuern oder die Erhöhung der Kinderzulagen?" (p. 74). In un altro documento contenente i pareri, disponibile al seguente link: https://www.admin.ch/ch/i/gg/pc/documents/2897/Progetto-fiscale-17_Pareri-A.pdf (consultato il 26.02.2019), i verdi liberali rilevano che "[d]er materielle Zusammenhang zwischen der Steuervorlage 17 und den Familienzulagen ist aus Sicht der Grünliberalen sehr weit hergeholt" (p. 234).

[46] Messaggio concernente la legge federale sul Progetto fiscale 17 (PF17), del 21 marzo 2018, n. 18.031, in: FF 2018 2079, <https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2018/2079.pdf> (consultato il 09.03.2019) (cit. Messaggio PF17). Il relativo disegno di legge è disponibile in: FF 2018 2209, <https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2018/2209.pdf> (consultato il 09.03.2019).

un proprio progetto di referendum, verrebbe messo in discussione l'equilibrio politico necessario per il PF17[47].

Come si evince dalle considerazioni dell'esecutivo federale, il PF17 viola il principio dell'unità della materia stabilito all'art. 34 cpv. 2 Cost., ma tale violazione costituzionale sarebbe di per sé necessaria per ottenere un sufficiente consenso politico. Ergo, il Consiglio federale ritenne che un'applicazione rigida dell'unità della materia avrebbe impedito il raggiungimento del "grande compromesso" politico tra i partiti borghesi e quelli di sinistra[48].

Ma quindi, quello che non si può fare a livello cantonale, come ha statuito il Tribunale federale nel caso del Canton Neuchâtel, secondo cui i compromessi politici non devono legare il Popolo, è ammesso a livello federale? La risposta è certamente negativa, anche perché la portata dell'art. 34 cpv. 2 Cost. non è limitata ai progetti governativi cantonali, ma si estende anche a quelli federali.

Tuttavia, i progetti governativi federali godono di una propria immunità costituzionale poiché, a livello federale, viene impedito al Popolo il diritto di ricorrere al Tribunale federale invocando la violazione dell'unità della materia, cosa che, invece, può fare a livello cantonale. Infatti, al Tribunale federale non è permesso sindacare sull'incostituzionalità delle leggi federali (art. 190 Cost.). La stessa Costituzione stabilisce inoltre all'art. 189 cpv. 4 Cost. che "[g]li atti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale non possono essere impugnati presso il Tribunale federale". Per contro, ai sensi degli artt. 82 ss. della Legge federale sul Tribunale federale (LTF; RS 173.110) è ammessa la possibilità di ricorrere al Tribunale federale in caso di una possibile violazione del principio dell'unità della materia per un progetto governativo cantonale.

D. 7 giugno 2018

Il 7 giugno 2018, il Consiglio degli Stati si è pronunciato a favore di un piano globale per il PF17, che prevede una compensazione sociale nell'AVS di fr. 2 mia. per controbilanciare le pari perdite fiscali. Il Consiglio degli Stati ha, quindi, deciso di togliere dal progetto l'aumento di fr. 30 per gli assegni per figli e quelli di formazione, come proposto dal Consiglio federale, e di prevedere un aumento dei contributi salariali (0,15% a carico dei salariati e 0,15% a carico dei datori di lavoro), del contributo della Confederazione, nonché l'assegnazione integrale all'AVS del percento demografico IVA[49].

[47] Messaggio PF17, p. 2190.

[48] Durante il dibattito di entrata in materia al Consiglio degli Stati, il 7 giugno 2018, la Sinistra ha sottolineato che l'introduzione di una componente sociale costituisce un criterio indispensabile per l'accettazione della riforma (CSt: approvato "Riforma fiscale e finanziamento AVS", Messaggio ATS, Berna, 7 giugno 2018, in: https://www.parlament.ch/it/services/news/Pagine/2018/20180607123453203194158159041_bsi069.aspx [consultato il 26.02.2019] [cit. Comunicato CSt del 7 giugno 2018]).

[49] Ufficio federale delle assicurazioni sociali (UFAS), Il Consiglio federale avvia la consultazione sulla stabilizzazione dell'AVS (AVS 21), Comunicato stampa, Berna, 28 giugno 2018, in: <https://www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/comunicati-stampa.msg-id-71365.html> (consultato il 09.03.2019); Comunicato CSt del 7 giugno 2018 (nota 48).

Secondo i senatori, per ogni franco di tassazione perso a livello di Confederazione, Cantoni e Comuni per via del PF17, è necessaria una "compensazione sociale" con un franco di finanziamento all'AVS[50].

A differenza del Consiglio federale, inoltre, il Consiglio degli Stati ha reintrodotta una misura che era stata molto criticata nel corso dei dibattiti sulla Riforma III, vale a dire la deduzione degli interessi figurativi dall'utile aziendale, a condizione, però, che nel Cantone interessato a questa misura, l'aliquota cumulata dell'imposta nel capoluogo cantonale sia almeno pari al 13,5% (cd. "lex Zurigo")[51]. Ne consegue un'imposizione minima effettiva con un'aliquota applicabile all'utile del 18,03% (quota federale, cantonale e comunale).

Il Consiglio degli Stati si è poi distanziato dalla proposta del Consiglio federale per quanto concerne la tassazione minima dei redditi da partecipazione nei Cantoni, abbassando la soglia minima dal 70% al 50%. È poi stata proposta una disposizione concernente gli apporti di capitale, in base alla quale le società quotate in borsa possono distribuire dividendi dal conto "riserva da apporti di capitale" in esenzione di imposta, soltanto se distribuiscono dividendi imponibili per un ammontare equivalente[52].

Dal momento che comprende anche una compensazione sociale a favore del primo pilastro, il PF17 è stato ribattezzato dal Consiglio degli Stati "Legge federale sulla riforma fiscale e finanziamento dell'AVS" (RFFA)[53].

E. 12 settembre 2018

Il 12 settembre 2018, il Consiglio nazionale ha confermato le decisioni del Consiglio degli Stati. Durante il dibattito ci sono state diverse voci contrarie a causa dell'unione in un unico pacchetto della riforma fiscale e del finanziamento dell'AVS. Regula Rytz dei Verdi si è in particolare chiesta "[c]osa deve votare un cittadino se è contro gli sgravi fiscali ma favorevole al finanziamento del primo pilastro?". Dal canto suo, Christian Lüscher del PLR ha affermato che "[b]isogna spiegare al popolo che si tratta di un compromesso, che A non può essere ottenuto senza B, e viceversa". Per il PS, Corrado Pardini ha osservato che "[u]na compensazione sociale è la condizione sine qua non per fare in modo che il PS accetti la riforma"[54].

F. 28 settembre 2018

Il Parlamento federale ha approvato la Legge sulla RFFA il 28 settembre 2018: il Consiglio degli Stati con 39 voti a favore, 4 contrari e 2 astensioni e il Consiglio nazionale con 112 voti a favore, 67 contrari e 11 astensioni[55].

[50] Comunicato CSt del 7 giugno 2018 (nota 48).

[51] Comunicato CSt del 7 giugno 2018 (nota 48).

[52] Comunicato CSt del 7 giugno 2018 (nota 48).

[53] Comunicato CSt del 7 giugno 2018 (nota 48).

[54] CN: approvata riforma fiscale con compensazione nell'AVS, Messaggio ATS, Berna, 12 settembre 2018, in: https://www.parlament.ch/it/services/news/Pagine/2018/20180912190502862194158159041_bsi217.aspx (consultato il 09.03.2019).

[55] DFF, Riforma fiscale e finanziamento dell'AVS (RFFA), in: Berna,

G. Referendum e votazione

Contro la Legge sulla RFFA, pubblicata il 9 ottobre 2018 sul Foglio federale, è stato lanciato un referendum^[56]. Entro il 17 gennaio 2019 sono state raccolte dai comitati referendari le 50'000 firme necessarie affinché il Popolo sia chiamato ad esprimersi^[57]. Uno dei comitati costituiti, quello composto dai Giovani UDC e PLR, nonché dal consigliere nazionale Sebastian Frehner (UDC) e dall'ex consigliere nazionale Toni Bortoluzzi (UDC), si è opposto al collegamento tra AVS e riforma fiscale delle imprese. Secondo il comitato, i due aspetti non hanno nulla a che fare l'uno con l'altro^[58].

La votazione popolare è prevista per il 19 maggio 2019^[59].

H. La Legge sulla RFFA rispetta l'unità della materia?

L'UFG, incaricato dal Consiglio federale di esaminare la costituzionalità della Legge sulla RFFA, con una perizia del 31 maggio 2018, l'ha definita conforme al principio dell'unità della materia, considerandola un "caso limite". Tuttavia, l'UFG ha rilevato che sarebbe stato meglio sottoporre al voto popolare i due oggetti separatamente^[60].

Ora, entrando nel merito, lo scopo della riforma fiscale è quello di ottenere un'imposizione equilibrata delle imprese ed eliminare le disparità di trattamento. Oltre alle misure fiscali per le imprese, sono chiamati in causa anche gli azionisti, con un aumento della tassazione dei dividendi. Si può, dunque, di principio affermare che per la parte fiscale esista un legame stretto tra imprese e azionisti. Per contro, l'intervento relativo al finanziamento dell'AVS non costituisce una riforma strutturale, bensì una compensazione sociale volta a controbilanciare le perdite di gettito causate dalla riforma fiscale, si tratta di un

compromesso di natura politico-sociale. Salariati e imprese sono chiamati, insieme alla Confederazione e al Popolo per quanto concerne l'IVA, a contribuire al finanziamento dell'AVS. In questo caso, diversamente da quanto indicato sopra, il legame è tra imprese e salariati, esclusi gli azionisti^[61].

Esiste dunque un filo conduttore? I due temi proposti in votazione in un'unica legge federale (riforma fiscale delle imprese e finanziamento dell'AVS) mirano allo stesso obiettivo? Qual è il legame intrinseco? Vi è un rapporto logico?

Come si esprimerebbe allora l'Alta Corte sulla Legge sulla RFFA? Richiamando il considerando 4 della sentenza neocastellana, "se l'accettazione di una parte dell'oggetto implica delle concessioni in un ambito completamente diverso, il cittadino non può esprimere la sua volontà liberamente"^[62].

La Legge sulla RFFA lega una questione di puro diritto fiscale con una questione di finanziamento/compensazione sociale. In apparenza, non può essere trovato alcun tema che possa costituire un comun denominatore. Non vi è un rapporto intrinseco, bensì unicamente un compromesso politico. La RFFA viola, quindi, il principio dell'unità della materia.

Stato: febbraio 2019, in: <https://www.efd.admin.ch/efd/it/home/dokumentation/legislazione/votazioni/staf/fb-steuervorlage17.html> (consultato il 09.03.2019).

[56] FF 2018 5105.

[57] Il 17 gennaio 2019, i comitati referendari hanno depositato 61'381 firme contro la RFFA. Dopo aver controllato le firme depositate, la Cancelleria federale ha constatato che 60'749 di queste sono valide (DFF, RFFA e direttiva sulle armi: referendum riusciti, Comunicato stampa, Berna, 6 febbraio 2019, in: <https://www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/comunicati-stampa.msg-id-73902.html> [consultato il 09.03.2019]).

[58] Oltre 50mila firme contro la Riforma fiscale e dell'AVS, 29 dicembre 2018, in: <https://www.tio.ch/svizzera/politica/1343677/oltre-50mila-firme-contro-la-riforma-fiscale-e-dell-avs?mr=1&ref=> (consultato il 09.03.2019).

[59] DFF, Il Consiglio federale raccomanda di accettare la legge federale concernente la riforma fiscale e il finanziamento dell'AVS, Comunicato stampa, Berna, 18 febbraio 2019, in: <https://www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/comunicati-stampa.msg-id-74027.html> (consultato il 09.03.2019).

[60] UFG (nota 9), p. 10. Le motivazioni per giustificare la conformità della RFFA con il principio dell'unità della materia sono piuttosto ambigue e non condivisibili e neanche l'UFG sembra convinto di ciò che afferma. Nella perizia si osserva che qualora si applicassero i criteri elaborati dalla giurisprudenza del Tribunale federale concernente i casi cantonali esaminati, la RFFA difficilmente sarebbe compatibile con il principio costituzionale. Gli autori sostengono, però, che nel caso in specie si rende necessario un approccio più "morbido" per quanto attiene l'applicazione dell'unità della materia poiché dottrina e Assemblea federale interpretano tale principio in maniera più generosa, in ossequio della ricerca del compromesso politico. Inoltre, viene citata una sentenza data dal Tribunale federale (DTF 105 Ia 80) per giustificare il loro approccio e la compensazione sociale che però nulla ha a che vedere con il tema in questione (UFG [nota 9], pp. 10-11).

[61] Se, invece, il finanziamento dell'AVS fosse stato garantito anche dai redditi da partecipazioni, allora il rapporto intrinseco tra fiscalità e socialità sarebbe stato più intenso, poiché si sarebbe creato un legame tra imprese e azionisti per la parte sociale.

[62] DTF 137 I 200 consid. 4.

Scambio automatico: estensione degli oneri di verifica e comunicazione per i conti detenuti da entità

Un approfondimento sugli effetti della revisione, entrata in vigore il 1° gennaio 2019, dell'Ordinanza sullo scambio automatico a fini fiscali



Giovanni Molo

Dr. iur., Avvocato, LL.M.,
Socio Studio Bolla Bonzanigo & Associati, Lugano

Le norme sullo scambio automatico prevedono meccanismi incisivi di verifica e di reportistica con riferimento a conti detenuti da entità. Ne sono esentate le entità di investimento purché siano situate in una giurisdizione partecipante. La revisione dell'OSAIIn restringe il campo di applicazione territoriale di tale esenzione alle entità di investimento situate in Stati che hanno concluso con la Svizzera degli accordi sullo scambio automatico di informazioni.

I. Introduzione	116
II. I conti aperti dopo il 1° gennaio 2019	117
III. I conti aperti al 1° gennaio 2019	117
IV. I conti chiusi al 31 dicembre 2018	117
V. Conclusione	118

I. Introduzione

L'art. 2 cpv. 2 della Legge federale sullo scambio automatico internazionale di informazioni a fini fiscali (LSAI; RS 653.1) conferisce al Consiglio federale la facoltà di estendere per una durata determinata la definizione di giurisdizione partecipante utilizzata negli accordi applicabili. Il Consiglio federale ha fatto uso di tale competenza qualificando nella sezione 1, art. 1 dell'Ordinanza sullo scambio automatico internazionale di informazioni a fini fiscali (OSAIIn; RS 651.11) quali giurisdizioni partecipanti non solo gli Stati *partner* con cui la Svizzera ha convenuto lo scambio automatico di informazioni, ma anche gli altri Stati che si sono impegnati ad attuare lo scambio automatico nei confronti del *Global Forum*.

La delimitazione delle giurisdizioni partecipanti ha per effetto accessorio di determinare la qualificazione delle entità di investimento. Le entità di investimento che non sono localizzate in una giurisdizione partecipante sono, infatti, da considerarsi come entità non finanziarie passive (*passive non-financial entities* [NFE]) secondo la sezione VIII.D.8 dello *standard* comune di comunicazione di informazioni e

adeguata verifica in materia fiscale relativa ai conti finanziari (SCC)[1]. Si ricorda che secondo la sezione VIII.D.1 SCC, per conto oggetto di comunicazione si intende un conto detenuto da una persona fisica residente in uno Stato *partner* oppure da una *passive* NFE controllata da una simile persona. L'assimilazione di un'entità di investimento ad una *passive* NFE ha, quindi, per effetto di assoggettare il conto detenuto da una simile entità agli oneri, in capo agli istituti finanziari, di verifica dell'identità dei titolari del controllo dell'entità in questione, nonché di comunicazione in favore degli Stati in cui essi sono residenti.

Nella seduta del 7 novembre 2018, il Consiglio federale ha deciso di abrogare con effetto al 1° gennaio 2019 la disposizione transitoria concernente la definizione di giurisdizione partecipante, abrogando, quindi, la sezione 1, art. 1 OSAIIn. Tale decisione risponde ad un'esortazione dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) che ne voleva l'eliminazione[2].

L'abrogazione della disposizione transitoria contenuta nell'OSAIIn relativa alla delimitazione delle giurisdizioni partecipanti avrà, per conseguenza, di determinare una necessità di riqualificazione dei titolari di conti. I titolari di conti che erano in precedenza qualificati quali istituti finanziari dovranno, nella misura in cui si tratti di entità di investimento ubicate in Stati con cui non è stato concluso alcun accordo di scambio automatico (ma che, semplicemente, si sono impegnati nei confronti del *Global Forum*), essere considerati quali *passive* NFE. Quindi verranno riassorbiti, mediante l'identificazione dei loro titolari del controllo, nel meccanismo dello scambio automatico. Tali

[1] SACHA CATTELAN/GIOVANNI MOLO/LARS SCHLICHTING, N 26 ad Art. 2 LSAI, in: Giovanni Molo/Lars Schlichting/Samuele Vorpe (a cura di), Commentario, Lo scambio automatico di informazioni fiscali, Manno 2017.

[2] Dipartimento federale delle finanze (DFE), Il Consiglio federale abroga la disposizione transitoria nell'ordinanza sullo scambio automatico internazionale di informazioni a fini fiscali, Comunicato stampa, Berna, 7 novembre 2018, in: https://www.efd.admin.ch/efd/it/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-72825.html (consultato il 13.03.2019).

conseguenze si esplicheranno in maniera diversa a seconda che i conti detenuti da simili entità verranno aperti dopo il 1° gennaio 2019, essendo stati aperti in precedenza persisteranno in seguito, o verranno chiusi entro tale data. Tali diverse tipologie verranno considerate qui di seguito.

II. I conti aperti dopo il 1° gennaio 2019

Per i conti aperti dopo il 1° gennaio 2019 occorrerà semplicemente applicare le procedure ordinarie valide per i nuovi conti di enti descritte nella sezione VI SCC[3]. Nella misura in cui il titolare del conto è un'entità di investimento che non è situata in uno Stato *partner* non ci sarà più possibilità di deroga sulla base dell'OSAIn, e l'entità in questione verrà assimilata ad una *passive NFE* con conseguenti oneri in termini di comunicazione in funzione del luogo di residenza dei titolari del controllo di tale entità.

Secondo la sezione VI SCC, lo *status* del titolare del conto verrà, quindi, determinato sulla base di un'autocertificazione, che potrà essere compiuta al momento dell'apertura del conto. La stessa autocertificazione potrà essere considerata come attendibile a meno che sulla base delle informazioni a disposizione dell'istituto finanziario un altro *status*, rispetto a quello indicato nell'autocertificazione, non risulti invece quello corretto. Per determinare le persone che esercitano il controllo sul titolare del conto occorrerà riferirsi alle informazioni raccolte e conservate secondo le procedure in materia di prevenzione contro il riciclaggio di denaro (le procedure, cioè, nel linguaggio dello SCC, *Anti-Money Laundering [AML]/ Know Your Customer [KYC]*). Saranno quindi determinanti, con riferimento a società di sede ai sensi della Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche (CDB 16), cioè a società senza personale e locali propri, gli aventi economicamente diritto indicati sui formulari A e, con riferimento alle società operative (cioè società con personale locali propri), secondo la stessa CDB 16, i detentori di controllo, cioè coloro che detengono una partecipazione superiore al 25% (tale soglia non è, invece, contemplata dalla nozione di avente economicamente diritto secondo il formulario A).

Si osserva che le nozioni di *passive NFE* e di *active NFE*, per quanto analoghe a quelle di società di sede e, rispettivamente, di società operativa ai sensi del diritto svizzero in materia di prevenzione di riciclaggio, non sono coincidenti. Le nozioni di *passive* e *active NFE*, infatti, si fondano su una valutazione della natura degli attivi (*asset test*) o dei redditi (*gross income test*) della società in questione.

Per i *trust* e le fondazioni, per i quali varranno come persone che detengono il controllo il disponente, i beneficiari (tenendo presente l'esonero dall'obbligazione di comunicazione con

[3] DFF, Spiegazioni concernenti questioni di attuazione relative all'abrogazione dell'articolo 1 dell'ordinanza sullo scambio automatico internazionale di informazioni a fini fiscali (OSAIn), Berna, 7 novembre 2018, p. 3, in: DFF, Spiegazioni concernenti questioni di attuazione relative all'abrogazione dell'articolo 1 dell'ordinanza sullo scambio automatico internazionale di informazioni a fini fiscali (OSAIn), Berna, 7 novembre 2018, p. 3, in: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/54378.pdf> (consultato il 13.03.2019).

riferimento ai beneficiari discrezionali per opposizione ai beneficiari fissi[4]), i *protector* (laddove esistenti), i *trustee*, saranno determinanti i dati contenuti nei formulari T e S. La residenza dei detentori del controllo di tali entità, decisiva per la calibrazione degli obblighi di comunicazione, verrà stabilita mediante autocertificazione.

III. I conti aperti al 1° gennaio 2019

Ai sensi dell'art. 11 cpv. 3 LSAI i conti preesistenti (i conti, cioè, che sussistevano già al momento dell'entrata in vigore di un accordo di scambio automatico) devono essere sottoposti a verifica entro due anni dall'applicazione dello scambio automatico con lo Stato *partner*.

Ciò significa, ad es., con riferimento a comunicazioni che devono avvenire riguardo a detentori del controllo residenti nell'Unione europea (UE) di *passive NFE* (o di entità di investimento situate in territori che non corrispondono a Stati *partner*), che tale verifica dev'essere stata compiuta entro fine 2018. Si osserva, tuttavia, che la riqualificazione necessaria delle entità di investimento sulla base dell'abrogazione della disposizione dell'OSAIn non va letta in funzione dei termini di verifica per i conti preesistenti ma quale cambiamento delle circostanze[5]. Si tratta, in altre parole, dell'insorgenza di nuovi elementi di fatto determinanti per la qualificazione dello *status* del titolare del conto.

Conformemente alle procedure applicabili in questi casi, quindi, l'istituto finanziario dovrà ottenere entro 90 giorni una nuova autocertificazione. Tale termine, con riferimento ad entità di investimento situate in giurisdizioni ritenute partecipanti, ma che non costituiscono Stati *partner*, scadrà, quindi, al 31 marzo 2019 e riguarderà lo *status* degli enti in questione al 31 dicembre 2018.

Il termine di 90 giorni coincide con quello fissato dall'art. 11 cpv. 8 LSAI che impone all'istituto finanziario tenuto alla comunicazione di chiudere il conto se non riceve le informazioni sull'identità del titolare del conto e delle persone che esercitano il controllo entro 90 giorni dall'apertura di un nuovo conto. In questo caso, tuttavia, la conseguenza di un'omessa autocertificazione non sarà la chiusura del conto ma, sulla base di una classificazione del titolare del conto quale *passive NFE*, l'identificazione delle persone che esercitano il controllo e della loro residenza sulla base degli indizi disponibili[6].

IV. I conti chiusi al 31 dicembre 2018

Se un conto, il cui *status* dovesse essere riqualificato sulla base dell'abrogazione dell'art. 1 OSAIn, fosse stato chiuso entro il 31 dicembre 2018, esso non dovrà fare oggetto di alcun onere di verifica da parte dell'istituto finanziario. Non si tratta, in altre parole, di un cambiamento delle circostanze rilevante da considerare per una nuova determinazione dello *status* del conto.

[4] SIBILLA G. CRETTEI, N 24 ad Art. 17 LSAI, in: Molo/Schlichting/Vorpe (nota 1).

[5] DFF (nota 3), p. 2.

[6] DFF (nota 3), pp. 2-3.

Pertanto, se i dati già ottenuti dell'istituto finanziario mediante autocertificazione sono sufficienti per determinare le persone oggetto di comunicazione, così da procedere allo scambio delle informazioni, l'istituto finanziario vi procederà, posto che i dati in questione non siano ritenuti inattendibili. Invece, se l'istituto finanziario non dispone di simili dati, egli non sarà tenuto ad alcuna verifica, e non si procederà allo scambio automatico^[7].

V. Conclusione

La portata pratica, dell'abrogazione dell'art. 1 OSAIn dipende dal numero di giurisdizioni che possono essere ritenute partecipanti, avendo dichiarato al *Global Forum* l'intenzione di aderire allo scambio automatico, ma che non sono ancora Stati *partner* con la Svizzera. Da qui dipende, infatti, l'esigenza di riqualificazione dello *status* dei conti detenuti da entità di investimento.

Assunto che la rete svizzera degli accordi conta più di 75 Stati *partner*, la revisione dell'OSAIn ha di fatto un basso impatto sugli istituti finanziari e sull'attuazione pratica dello scambio automatico^[8]. Tale rete include, infatti, la maggior parte dei centri finanziari internazionali con la sola eccezione rilevante degli Stati Uniti d'America (USA), che continueranno ad essere uno Stato che non può essere ritenuto né *partner* né partecipante ai fini della applicazione dello scambio automatico.

Di conseguenza, le entità di investimento ubicate nella maggior parte dei centri finanziari internazionali non dovranno essere riqualificate, le entità di investimento situate negli USA continueranno, invece, ad essere trattate quali *passive* NFE con la necessità di dovere individuare, laddove dispongono di conti in Svizzera, i detentori del controllo, e di provvedere, nella misura in cui sono residenti in uno Stato *partner*, allo scambio di informazioni che li riguardano.

[7] DFF (nota 3), p. 3.

[8] DFF (nota 2). Per una illustrazione degli Stati *partner* vedi Segreteria di Stato per le questioni finanziarie internazionali (SFI), Conti finanziari, in: https://www.sif.admin.ch/sif/it/home/multilateral/steuer_informationsaust/automatischer-informationsaustausch/automatischer-informationsaustausch1.html (consultato il 13.03.2019).

Il regime fiscale italiano degli interessi su finanziamenti erogati a persone fisiche italiane da banche svizzere

Considerazioni alla luce delle recenti posizioni dell'Amministrazione finanziaria italiana



Toni Marciante

Dottore Commercialista,
Freshfields Bruckhaus Deringer, Milano
toni.marciante@freshfields.com

L'Amministrazione finanziaria italiana ha recentemente inviato dei questionari a 160 istituti di credito svizzeri e monegaschi al fine di chiedere chiarimenti circa: (i) l'esistenza di eventuali redditi di capitale di fonte italiana e (ii) i rapporti finanziari intrattenuti con i clienti residenti in Italia, nonché con strutture o enti a questi riconducibili. L'obiettivo dei questionari è in pratica quello di comprendere se: (a) tali istituti di credito hanno erogato finanziamenti a clienti italiani in relazione ai quali hanno percepito interessi non assoggettati a tassazione in Italia e (b) sia configurabile una stabile organizzazione in Italia di tali istituti di credito per effetto della presenza sul territorio italiano di procuratori responsabili della gestione della clientela italiana. I questionari fanno seguito alla recente risposta n. 41/2018 dove l'Agenzia delle Entrate ha confermato il principio per cui gli interessi su finanziamenti erogati da banche svizzere prive di stabile organizzazione in Italia a soggetti residenti in Italia si qualificano come redditi di capitale di fonte italiana e conseguentemente ivi tassabili con aliquota convenzionale del 12,5%. Non risultano, invece, linee guida pubbliche finalizzate a chiarire il regime fiscale applicabile agli interessi su finanziamenti erogati da banche svizzere che detengono una stabile organizzazione in Italia (o per cui venga, a seguito di accertamento, configurata una stabile organizzazione). In tali circostanze, infatti, potrebbe trovare applicazione un regime impositivo più gravoso ove fosse adottata un'interpretazione formalistica delle norme convenzionali e domestiche. Lo scopo del presente contributo è quello di analizzare il regime fiscale italiano applicabile (anche per il passato) in relazione agli interessi su finanziamenti erogati a persone fisiche che non si qualificano come sostituti d'imposta da banche svizzere con e senza stabile organizzazione in Italia.

I. La fattispecie esaminata nella risposta n. 41 119

II. Il trattamento fiscale applicabile agli interessi percepiti da banche non residenti secondo le norme domestiche italiane 121

A. La qualificazione del reddito e la territorialità ai fini delle norme domestiche italiane..... 121

B. Il trattamento fiscale domestico applicabile agli interessi percepiti da banche non residenti prive di una SO in Italia 122

1. Il regime applicabile fino al periodo d'imposta 2015 122

2. Il regime applicabile dal periodo d'imposta 2016 122

C. Il trattamento fiscale domestico applicabile agli interessi percepiti da banche non residenti con una SO in Italia 122

1. Il regime applicabile fino al periodo d'imposta 2015 122

2. Il regime applicabile dal periodo d'imposta 2016 123

D. Il regime IRAP applicabile agli interessi percepiti da banche non residenti con o senza una SO in Italia..... 124

III. Il regime fiscale applicabile agli interessi percepiti da banche non residenti secondo la CDI CH-ITA 124

A. La qualificazione del reddito e la territorialità ai fini della CDI CH-ITA..... 124

B. Il regime fiscale applicabile secondo la CDI CH-ITA quando una società non residente non ha una SO in Italia..... 125

C. Il regime fiscale applicabile secondo la CDI CH-ITA quando una società non residente ha una SO in Italia 125

1. I redditi attribuibili alla SO in base all'art. 7 CDI CH-ITA..... 125

2. La relazione esistente tra l'art. 7 e gli artt. 10, 11, 12 e 21 CDI CH-ITA..... 126

3. La cd. "riserva assoluta della SO" contenuta nella CDI CH-ITA..... 126

IV. Conclusioni..... 127

I. La fattispecie esaminata nella risposta n. 41

La fattispecie esaminata dall'Agenzia delle Entrate nella risposta all'istanza di interpello n. 41 del 2018 può essere sintetizzata nei seguenti termini:

- 1) un istituto di credito residente in Svizzera e privo di stabile organizzazione (SO) in Italia ha erogato finanziamenti in favore di soggetti residenti in Italia (di seguito "banca svizzera");

- 2) gli interessi percepiti dalla banca svizzera in relazione ai finanziamenti erogati a soggetti operanti come sostituti d'imposta ai sensi dell'art. 23, comma 1, del Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) del 29 settembre 1973, n. 600 (Decreto 600), sono stati tassati in Italia mediante applicazione della ritenuta alla fonte a titolo d'imposta ai sensi dell'art. 26, comma 5, Decreto 600;
- 3) gli interessi percepiti dalla banca svizzera nei periodi d'imposta dal 2011 al 2015 in relazione ai finanziamenti erogati a soggetti persone fisiche non esercenti attività d'impresa e che non si qualificano come sostituti d'imposta italiani non sono stati, invece, tassati in Italia poiché:
 - a. non è stata applicata alcuna ritenuta alla fonte da tali soggetti; e
 - b. non è stata presentata alcuna dichiarazione in Italia in quanto la banca svizzera riteneva che gli interessi non dovessero essere assoggettati a tassazione in Italia;
- 4) nel 2017, la banca svizzera ha rivisto la propria posizione circa il regime fiscale applicabile agli interessi percepiti da persone fisiche italiane. Conseguentemente ha dichiarato e sono stati tassati in Italia tali redditi presentando la dichiarazione per il periodo d'imposta 2016, nonché per i precedenti periodi d'imposta dal 2011 al 2015, e versando imposte e, ove dovuti, interessi e sanzioni.

Mediante la presentazione di un'istanza di interpello, la banca svizzera ha chiesto chiarimenti circa: (i) la possibilità di beneficiare dell'aliquota convenzionale del 12,5%, in luogo dell'aliquota ordinaria, con riguardo agli interessi corrisposti da privati non sostituti d'imposta; e (ii) la possibilità di applicare tale aliquota ridotta direttamente nella dichiarazione d'imposta sul reddito delle società (IRES).

Tanto premesso, con la recente risposta n. 41, l'Agenzia delle Entrate ha confermato che:

- 1) ai sensi delle norme domestiche italiane, gli interessi corrisposti da soggetti residenti in Italia alla banca svizzera devono essere assoggettati a tassazione in Italia;
- 2) l'art. 11 della Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra Italia e Svizzera (CDI CH-ITA; RS 0.672.945.41), prevede una potestà impositiva concorrente per lo Stato della fonte (i.e. l'Italia nel caso di specie) limitandola al 12,5% dell'ammontare degli interessi;
- 3) la banca svizzera può beneficiare dell'aliquota convenzionale ridotta anche in relazione agli interessi ricevuti da soggetti privati non sostituti d'imposta. A tal fine, deve presentare la dichiarazione ai fini IRES in Italia e applicare l'aliquota del 12,5% direttamente in tale dichiarazione.

In estrema sintesi, la risposta n. 41 dell'Agenzia delle Entrate fornisce indicazioni precise sul trattamento fiscale degli interessi percepiti da banche estere prive di SO in Italia. A tal fine, l'Agenzia delle Entrate ha previsto che tali redditi devono essere tassati in Italia, ma ha anche ammesso che la banca svizzera può godere del trattamento convenzionale più favorevole (i.e. tassazione con aliquota convenzionale del 12,5%, anziché con aliquota IRES piena) anche in relazione agli interessi corrisposti da privati sprovvisti della qualifica di sostituto d'imposta.

Vale la pena segnalare che, come pubblicato sulla stampa specializzata^[1], l'Agenzia delle Entrate e la Guardia di Finanza hanno recentemente inviato dei questionari a 160 istituti di credito svizzeri e monegaschi al fine di chiedere: (i) chiarimenti circa l'esistenza di eventuali redditi di capitale di fonte italiana; e (ii) informazioni circa i rapporti finanziari intrattenuti con i clienti residenti in Italia, nonché con strutture o enti a questi riconducibili. L'obiettivo dei questionari è in pratica quello di comprendere se: (a) tali istituti di credito hanno erogato finanziamenti a clienti italiani in relazione ai quali hanno percepito interessi non assoggettati a tassazione in Italia; e (b) sia configurabile una SO in Italia di tali istituti di credito per effetto della presenza sul territorio italiano di procuratori responsabili della gestione della clientela italiana.

Gli aspetti contenuti nei questionari recentemente notificati ai 160 istituti di credito svizzeri e monegaschi non sono nuovi, ma sono già stati trattati dall'Agenzia delle Entrate nel contesto di accertamenti che hanno interessato negli scorsi mesi alcune banche non italiane (incluse banche svizzere). In particolare, nel contesto di tali accertamenti l'Agenzia delle Entrate ha adottato i seguenti approcci:

- 1) data l'impossibilità giuridica delle banche estere (ed in particolare delle banche svizzere) di fornire i dati anagrafici dei singoli clienti, l'Agenzia delle Entrate ha richiesto a tali banche di fornire i dati relativi ai redditi percepiti da clienti italiani per masse;
- 2) dal momento che i dati relativi al reddito realizzato con clientela italiana sono stati forniti dalle banche estere a seguito di un processo di *due diligence* interna volta ad individuare i clienti e i prodotti che potrebbero dare origine a reddito da tassare in Italia, l'Agenzia delle Entrate ha richiesto che i dati fossero accompagnati da:
 - a. una relazione tecnica preparata da un professionista italiano finalizzata a individuare i prodotti che potrebbero generare reddito imponibile in Italia, i clienti da considerare, nonché il regime fiscale italiano applicabile;
 - b. in talune circostanze, la certificazione rilasciata da una società di revisione indipendente al fine di attestare l'accuratezza e la completezza dei dati forniti;
- 3) il reddito imponibile in Italia è stato determinato considerando, non solo il reddito percepito direttamente da clienti italiani, ma anche il reddito percepito da entità (ad es. società, *trust*, fondazioni, ecc.) il cui beneficiario effettivo, individuato sulla base delle leggi antiriciclaggio svizzere, risultava essere un cliente italiano;
- 4) l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto sussistere in Italia SO occulte delle banche estere per effetto dell'attività svolta sul territorio italiano dai dipendenti di tali banche ("*relationship managers*") e volta a collocare prodotti presso la clientela italiana. Su queste basi ha assoggettato a tassazione in Italia una porzione delle commissioni percepite dalle banche estere in relazione all'attività svolta in Italia.

[1] Cfr. ALESSANDRO GALIMBERTI, Alle banche estere contestate imposte sui mutui concessi agli italiani, in: *Il Sole 24 Ore* del 14 febbraio 2019.

Tralasciando ai fini del presente contributo ogni considerazione di carattere penale che potrebbe derivare dai suddetti procedimenti, l'ipotesi che venga configurata una SO in Italia della banca svizzera potrebbe avere diverse conseguenze da un punto di vista fiscale. In particolare, limitando le considerazioni fiscali al trattamento applicabile agli interessi^[2], la possibile esistenza di una SO in Italia per una banca svizzera che ha percepito interessi su finanziamenti erogati a clienti italiani potrebbe implicare una più gravosa tassazione di tali redditi almeno per i periodi d'imposta dal 2016 in avanti. La risposta n. 41 non considera il regime fiscale applicabile alle banche svizzere che detengono una SO in Italia in relazione a tali redditi e non risultano documenti pubblici in cui l'Amministrazione finanziaria italiana abbia fornito indicazioni al riguardo.

Lo scopo del presente contributo è pertanto quello di fornire una ricostruzione del regime fiscale italiano applicabile agli interessi pagati da persone fisiche che non si qualificano come sostituti d'imposta a banche svizzere con o senza SO in Italia. L'analisi avrà ad oggetto sia il regime applicabile fino al periodo d'imposta 2015, nonché quello applicabile dal periodo d'imposta 2016 per effetto delle modifiche introdotte dal Decreto Legislativo n. 147 del 14 settembre 2015 (cd. "Decreto Internazionalizzazione") alle norme che disciplinano il regime italiano di tassazione dei soggetti non residenti.

II. Il trattamento fiscale applicabile agli interessi percepiti da banche non residenti secondo le norme domestiche italiane

A. La qualificazione del reddito e la territorialità ai fini delle norme domestiche italiane

Secondo l'art. 151 D.P.R. n. 917 del 22 dicembre 1986 (Decreto 917)^[3], le società non residenti sono soggette a tassazione in Italia con riferimento ai redditi che, ai sensi dell'art. 23 Decreto 917 (cd. "principio della territorialità"), si qualificano come redditi di fonte italiana^[4], salvo quei redditi

[2] Da un punto di vista fiscale, la possibile configurazione di una SO in Italia della banca svizzera richiederebbe la necessità di considerare anche ulteriori conseguenze per la banca svizzera relativamente a: il reddito d'impresa relativo alla SO italiana per le attività svolte in Italia; gli obblighi di monitoraggio ai sensi dell'art. 1 del Decreto Legge (D.L.) n. 167 del 1990; gli obblighi relativi all'imposta sulle transazioni finanziarie di cui alla Legge (L.) n. 228 del 2012; gli obblighi di sostituzione d'imposta in relazione ai compensi percepiti dai procuratori per l'attività svolta in Italia; ecc.

[3] Gli artt. 151 e 152 Decreto 917 sanciscono le regole applicabili in merito alla tassazione del reddito di fonte italiana realizzato da società non residenti in Italia. Gli artt. 151 e 152 Decreto 917 sono stati modificati dal Decreto Internazionalizzazione con efficacia dal 1° gennaio 2016. Come chiarito dalla Relazione illustrativa al menzionato Decreto Internazionalizzazione, la modifica ha avuto la finalità di introdurre "nell'ordinamento nazionale alcune regole volte a determinare il reddito derivante da attività esercitate nel territorio mediante stabile organizzazione, in linea con le indicazioni e gli orientamenti espressi in ambito OCSE, con l'intento di razionalizzare, allo stesso tempo, le disposizioni esistenti sul reddito delle società ed enti non residenti [...]".

[4] A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 7 Decreto Internazionalizzazione, l'art. 151, comma 2, Decreto 917 prevede che "si considerano prodotti nel territorio dello Stato i redditi indicati nell'art. 23 [ndr. del Decreto 917]". In precedenza, il medesimo articolo ampliava i principi di territorialità espressi dall'art. 23 facendo riferimento anche ad altri redditi. Per un commento alla precedente versione dell'art. 151, comma 2, Decreto 917 si veda: SIEGFRIED MAYR, Società

che sono esenti, soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta o ad imposta sostitutiva. In sostanza, secondo le norme fiscali italiane, al fine di determinare il reddito complessivo di una società non residente che non agisce mediante una SO in Italia, occorre:

- 1) in primo luogo, qualificare il reddito in questione, individuando in quale categoria di reddito esso dev'essere incluso (di capitale, diversi, d'impresa, ecc.); e
- 2) in secondo luogo, individuare quali categorie di reddito si qualificano come realizzate nel territorio dello Stato, tenendo a mente che le norme fiscali italiane dettano diversi principi di territorialità a seconda delle diverse categorie di reddito.

Nella risposta n. 41, l'Agenzia delle Entrate qualifica gli interessi su finanziamenti percepiti dalla banca svizzera come "reddito di capitale" ai sensi dell'art. 44 Decreto 917. Ancorché non sia espressamente indicato, secondo l'interpretazione normalmente adottata dall'Amministrazione finanziaria italiana, la stessa qualificazione dovrebbe anche applicarsi a qualsiasi commissione di natura finanziaria dovuta dal mutuatario in relazione a finanziamenti e linee di credito^[5].

Al fine di verificare se il reddito realizzato da un soggetto non residente dev'essere considerato come un reddito di fonte italiana, si deve far riferimento ai criteri stabiliti dall'art. 23 Decreto 917. In particolare, l'art. 23, comma 1, lett. b, Decreto 917 afferma che, esclusi gli interessi e gli altri proventi derivanti da depositi e conti correnti bancari e postali, il reddito di capitale (come gli interessi) si considera di fonte italiana quando è corrisposto, tra l'altro, da residenti italiani.

Alla luce dei criteri di territorialità sanciti dall'art. 23 Decreto 917, nella risposta n. 41 l'Agenzia delle Entrate conclude che gli interessi su finanziamenti, realizzati dalla banca svizzera dovrebbero essere considerati come reddito di fonte italiana dato che si qualificano come "redditi di capitale" pagati da residenti italiani. Al riguardo si nota che in passato la Corte

estera con stabile organizzazione in Italia e con partecipazioni in società italiane, in: Boll. Trib., 2000, p. 731 (cit.: Società estera con SO); SIEGFRIED MAYR, Riforma Tremonti: le società commerciali non residenti con o senza stabile organizzazione in Italia, in: Boll. Trib., 2003, p. 1222; MARCO PIAZZA, Guida alla fiscalità internazionale, Milano, 2004, p. 288; CARLO GARBARINO, Forza di attrazione della stabile organizzazione e trattamento isolato dei redditi, in: Rass. Trib., 1990, 427; MAURIZIO LEO, Le imposte sui redditi nel Testo Unico, 2014, p. 2343; GIOVANNI FORT, La determinazione del reddito della stabile organizzazione secondo il Tuir ed il Modello OCSE, in: La stabile organizzazione delle imprese industriali, Siegfried Mayr/Benedetto Santacroce (a cura di), Milano, 2013, p. 188; ALBERTO DE LUCA/ALESSANDRO BAMPO, La stabile organizzazione in Italia, 2009, p. 197.

[5] Si veda al riguardo l'interpretazione estensiva adottata dall'Amministrazione finanziaria nella Risoluzione n. 151/E dell'11 giugno 2009 dove è stato ricondotto tra i redditi di capitale ex art. 44 Decreto 917 non solo il compenso una *tantum* parametrato all'importo del prestito, ma anche il "compenso di agenzia" annuale (che funge da garanzia alla corretta applicazione dell'accordo tra le parti) in quanto derivante dal medesimo contratto di finanziamento.

di Cassazione[6] e l'Agenzia delle Entrate[7] avevano adottato un diverso approccio circa la qualificazione dei redditi realizzati da soggetti non residenti nell'esercizio di attività commerciale senza SO in Italia. Secondo questo diverso approccio i redditi realizzati da tali soggetti dovrebbero sempre qualificarsi come "redditi d'impresa" e conseguentemente, in assenza di una SO italiana, non dovrebbero essere tassati in Italia.

B. Il trattamento fiscale domestico applicabile agli interessi percepiti da banche non residenti prive di una SO in Italia

1. Il regime applicabile fino al periodo d'imposta 2015

Prima delle modifiche introdotte dal Decreto Internazionalizzazione, l'art. 152, comma 2, Decreto 917 dettava le regole per la determinazione del reddito complessivo imponibile in Italia delle società non residenti prive di SO italiana sancendo che "i redditi [ndr. di fonte italiana] che concorrono a formare il reddito complessivo sono determinati secondo le disposizioni del Titolo I, relative alle categorie nelle quali rientrano". In altre parole, il reddito complessivo tassabile in Italia realizzato da una società estera priva di SO italiana viene determinato attraverso la somma algebrica delle diverse tipologie reddituali in cui sono inclusi i "redditi di capitale" pagati da residenti italiani, mentre è escluso il "reddito d'impresa" per il quale il criterio di collegamento è individuato nell'esistenza di una SO in Italia.

Gli obblighi d'imposta italiani di società non residenti prive di SO in Italia, con riferimento agli interessi sui finanziamenti pagati da residenti italiani, sono generalmente soddisfatti mediante l'applicazione alla fonte di una ritenuta a titolo di imposta effettuata dal soggetto residente debitore che si qualifica come sostituto d'imposta. Ciò si verifica quando il debitore è una società residente in Italia, la SO italiana di una società estera o una persona fisica che opera nell'ambito di un'attività d'impresa[8]. Ove ciò non si verifichi, (i.e. l'interesse è corrisposto da un soggetto che non è tenuto ad effettuare la ritenuta), non si applica la ritenuta alla fonte a titolo d'imposta e la società non residente deve presentare una dichiarazione dei redditi in Italia. Come segue:

[6] La Corte di Cassazione, rifacendosi ad un precedente delle Sezioni Unite (Sentenza n. 7184 del 7 luglio 1983), nella Sentenza n. 9197 del 21 aprile 2011 ha ritenuto che gli interessi pagati da società italiane a società residenti all'estero, che non agiscono a mezzo di SO in Italia, sono da considerarsi comunque "redditi d'impresa" della società non residente (in quanto interessi rientranti nell'ambito dell'attività commerciale istituzionale della società estera). La decisione era basata sull'impostazione per cui ai fini della qualificazione di un reddito (d'impresa piuttosto che di capitale) ciò che prevale è il requisito soggettivo dell'esercizio d'impresa commerciale e non l'oggettiva natura del reddito.

[7] Nella Risoluzione Ministeriale (R.M) n. 9/360 del 19 maggio 1979, l'Agenzia delle Entrate ha affermato che i corrispettivi realizzati da un soggetto non residente attraverso la cessione di azioni non possono che dar luogo a ricavi concorrenti alla formazione del reddito d'impresa e che pertanto essi non possono essere tassati se non in ipotesi di esercizio di attività d'impresa nel territorio dello Stato mediante SO.

[8] Secondo le norme fiscali italiane, se l'interesse è dovuto da un soggetto che si qualifica come sostituto d'imposta, tale soggetto è obbligato ad applicare la ritenuta alla fonte a titolo d'imposta. Se detto obbligo non viene rispettato, il beneficiario dell'interesse in questione non è soggetto ad obblighi dichiarativi, ma in sede di riscossione è comunque solidalmente responsabile con il sostituto d'imposta per il pagamento delle imposte dovute.

- 1) gli interessi sui finanziamenti corrisposti da debitori che si qualificano come sostituti d'imposta italiani o corrisposti per il tramite di società fiduciarie italiane[9] a banche non residenti, che non agiscono mediante una SO in Italia, sono soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta ai sensi dell'art. 26, comma 5, Decreto 600. La ritenuta alla fonte a titolo d'imposta si applica con l'aliquota del 26% (o del 20% per gli interessi divenuti esigibili prima del 1° luglio 2014 e del 12,5% o 27% per gli interessi divenuti esigibili prima del 1° gennaio 2012) sull'importo lordo degli interessi. L'aliquota domestica del 26% della ritenuta alla fonte potrebbe essere ridotta se il percettore ha diritto a beneficiare di una convenzione contro le doppie imposizioni (CDI);
- 2) come chiarito dall'Amministrazione finanziaria[10], gli interessi sui finanziamenti corrisposti a persone fisiche residenti in Italia (che normalmente non si qualificano come sostituti d'imposta ai fini fiscali italiani) da banche non residenti, che non agiscono mediante una SO in Italia, sono soggetti all'imposta sul reddito italiana. In tal caso, la ritenuta alla fonte a titolo di imposta non è effettuata dal mutuatario. Spetta quindi alla banca estera l'onere di presentare la dichiarazione dei redditi in Italia, determinare l'imposta sul reddito dovuta e pagare l'imposta applicando l'aliquota IRES domestica[11] o l'aliquota convenzionale ridotta sull'importo lordo degli interessi, ove consentito dalla convenzione.

2. Il regime applicabile dal periodo d'imposta 2016

Le modifiche introdotte dal Decreto Internazionalizzazione non hanno in sostanza modificato i criteri da seguire per assoggettare a tassazione in Italia gli interessi su finanziamenti percepiti da persone fisiche da banche non residenti prive di SO. Pertanto, anche per i periodi d'imposta dal 2016 in avanti tali redditi dovrebbero essere tassati secondo quanto descritto precedentemente, come peraltro confermato nella risposta n. 41.

C. Il trattamento fiscale domestico applicabile agli interessi percepiti da banche non residenti con una SO in Italia

1. Il regime applicabile fino al periodo d'imposta 2015

L'art. 152, comma 1, Decreto 917, ante Decreto Internazionalizzazione, sanciva che il reddito imponibile per le società estere con una SO in Italia fosse determinato, secondo le disposizioni in materia di reddito d'impresa, "sulla base di

[9] Si veda la Risoluzione n. 89/E del 25 settembre 2012 con la quale l'Amministrazione finanziaria italiana ha confermato che: (i) gli interessi sui finanziamenti pagati da una società fiduciaria italiana, per conto di un soggetto residente, a una banca estera, sono soggetti ad imposizione in Italia; e (ii) la società fiduciaria italiana agisce come sostituto d'imposta con riferimento agli interessi e applica la ritenuta alla fonte a titolo di imposta con aliquota domestica o convenzionale.

[10] Si veda la Risoluzione n. 954-135 del 30 aprile 2015, che non è disponibile al pubblico, nella quale l'Amministrazione finanziaria ha confermato che: (i) gli interessi sui finanziamenti corrisposti da persone fisiche residenti in Italia ad una banca svizzera, priva di una SO in Italia, sono soggetti a imposizione in Italia; e (ii) la banca estera deve presentare una dichiarazione fiscale in Italia per tassare gli interessi e applicare direttamente l'aliquota inferiore prevista dalla CDI.

[11] L'aliquota ordinaria IRES fino al periodo d'imposta 2016 risultava essere pari al 27,5%, poi ridotta a decorrere dal periodo d'imposta 2017 al 24%. Inoltre, l'art. 1, comma 65, L. n. 208 del 2015 prevede che, per gli enti creditizi e finanziari, l'aliquota IRES è applicata con un'addizionale di 3,5 punti percentuali.

apposito conto economico relativo alla gestione delle stabili organizzazioni e alle altre attività produttive di redditi imponibili in Italia".

Con riferimento a quanto previsto dall'art. 152, comma 1, Decreto 917 occorre considerare quanto segue:

- 1) dottrina autorevole^[12] ha affermato che l'art. 152, comma 1, nella parte in cui afferma che il reddito complessivo è formato anche dalle "altre attività produttive di redditi imponibili in Italia" esprime un principio di forza di attrazione "assoluta" della SO. In base a tale principio, i redditi realizzati dall'impresa non residente "al di fuori" della SO (ad es. per transazioni svolte direttamente dalla casa madre con controparti residenti in Italia) oppure i dividendi, gli interessi e le *royalties* che la stessa impresa abbia percepito da fonti situate in Italia, sono ordinariamente (*i.e.* secondo le regole di determinazione dei "redditi d'impresa") tassabili in Italia per il solo fatto che la medesima impresa ivi dispone di una SO. Quindi, a prescindere dal fatto che tali redditi siano effettivamente collegati con le attività svolte in Italia dalla SO;
- 2) la dottrina^[13] ha altresì precisato che, nonostante il disposto dell'art. 152, comma 1, non sempre i redditi derivanti dalle altre attività produttive di redditi imponibili in Italia sono attratti nel reddito d'impresa della SO. Vi sono ipotesi in cui norme di accertamento prevedono espressamente che nei confronti dei non residenti sia applicata una ritenuta alla fonte a titolo d'imposta o un'imposta sostitutiva. È questo il caso, ad es.:
 - a. delle *royalties* di cui all'art. 25, comma 5, Decreto 600;
 - b. dei redditi di capitale di cui all'art. 26, comma 5, Decreto 600;
 - c. dei dividendi di cui all'art. 27, comma 3, Decreto 600.

In questi casi, per effetto dell'art. 151, comma 1, Decreto 917^[14], il reddito soggetto a ritenuta d'imposta non concorre alla formazione del reddito complessivo imponibile in Italia della società od ente non residente e, pertanto, l'attrazione di cui all'art. 152, comma 1, non può operare;

- 3) come brevemente accennato al precedente punto (1), per effetto del principio di "forza di attrazione", i singoli redditi realizzati dal soggetto non residente e attratti nel reddito della SO perdono la loro qualificazione tipica e vengono riqualeficati in "reddito d'impresa"^[15]. Di conseguenza, questi redditi verrebbero sottratti al regime del "trattamento isolato del reddito" che comporta di norma sistemi di tassazione su base lorda e verrebbero assoggettati a sistemi di tassazione su base netta. Secondo quanto sostenuto da dottrina autorevole, da tale riqualeficazione ne deriverebbe altresì la possibilità di:
 - a. dedurre gli oneri sostenuti all'estero dalla casa madre per realizzare tali redditi^[16] (e, si aggiunge, determinare i redditi d'impresa da "attrarre" alla SO su base netta, secondo i criteri relativi alla attribuzione dei profitti alle stabili organizzazioni stabiliti anche in sede OCSE);
 - b. compensare i redditi "attratti" con le perdite fiscali^[17] e gli altri attributi fiscali (quali crediti d'imposta o deduzione ACE^[18]) generati dalla SO italiana.

2. Il regime applicabile dal periodo d'imposta 2016

Il Decreto Internazionalizzazione ha modificato gli artt. 151 e 152 Decreto 917 con effetto dal periodo d'imposta 2016 al fine di allineare la normativa domestica alla prassi internazionale. In tal senso si è adottato il cd. "*functionally separate entity approach*" secondo cui, la SO viene considerata ai fini fiscali un'impresa indipendente, distinta e separata dalla casa madre. Pertanto, i redditi attribuibili alla SO sono solo quelli che con essa presentano un'effettiva connessione economica.

[12] SIEGFRIED MAYR, La forza attrattiva e la riserva della stabile organizzazione, in: *Corr. Trib.*, 1990, pp. 7-8 (cit.: Forza attrattiva); SILVIA GIORGI, Il principio del trattamento isolato dei redditi e la cd. "forza di attrazione" della stabile organizzazione: problemi e proposte di soluzione, in: *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Vicktor Uckmar/Carlo Garbarino (a cura di), *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Milano 1995, p. 25 ss.; Leo (nota 4), p. 2349; GIOVANNI ACAMPORA, Sulla tassabilità delle plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni in società italiane da parte di non residenti, in: *Bollettino Tributario*, 1990, p. 588; NATALE GIROLAMO/LUCA ROSSI/PAOLO SCARIONI, La tassazione delle attività finanziarie, 1999, p. 12; ALESSANDRO DRAGONETTI/VALERIO PIACENTINI/ANNA SFONDRINI, *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano 2014, p. 1073; ROBERTO CORDEIRO GUERRA, *Interessi e royalties transnazionali: regime impositivo, problemi esegetici, e spunti critici*, in: Victor Uckmar/Carlo Garbarino (a cura di), *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Milano 1995, pp. 129-130; FORT (nota 4), p. 190; PRIMO CEPPELLINI/ROBERTO LUGANO, *Testo Unico delle imposte sui redditi*, Gruppo24Ore, Milano 2012, p. 1369.

[13] PIAZZA (nota 4), p. 296; PAOLO LUDOVICI, Il regime impositivo della stabile organizzazione agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto, in: *Riv. Dir. Trib.*, 1998, p. 67; RICCARDO MICHELUTTI, I nuovi presupposti di territorialità per i redditi diversi realizzati da soggetti non residenti; in particolare, le plusvalenze da cessione di partecipazioni sociali, in: *Riv. Dir. Trib.*, 1999, p. 300 (cit.: Nuovi presupposti di territorialità); RICCARDO MICHELUTTI, Chiarimenti ministeriali in merito al versamento delle ritenute sugli utili corrisposti a soggetti non residenti, in: *Riv. dir. trib.*, 1998, pp. 75-76; RICCARDO MICHELUTTI, Note in tema di dual income tax e stabile organizzazione di soggetti non residenti, in: *Riv. dir. trib.*, 1998, p. 253 (cit.: Dual income tax).

[14] L'art. 151, comma 1, Decreto 917 esclude dal reddito complessivo delle società non residenti i redditi di fonte italiana che tuttavia sono "esenti da imposta [...] soggetti a ritenuta alla fonte a titolo di imposta o ad imposta sostitutiva".

[15] La riqualeficazione dei redditi "attratti" in "redditi d'impresa" è sostenuta da tutta la dottrina citata nelle note precedenti. In particolare, si è specificato che la riqualeficazione dei redditi in redditi d'impresa avverrebbe per effetto dell'art. 81 Decreto 917 che è richiamato dall'art. 152, comma 1, del medesimo Decreto (cfr. MICHELUTTI, *Dual income tax* [nota 13], p. 249; MICHELUTTI, *Nuovi presupposti di territorialità* [nota 13], p. 298).

[16] PIAZZA (nota 4), p. 295; DRAGONETTI/PIACENTINI/SFONDRINI (nota 12), p. 1073; MAYR, *Forza attrattiva* (nota 12), p. 3; CORDEIRO GUERRA (nota 12), p. 135; GIORGI (nota 12), p. 31.

[17] PIAZZA (nota 4), p. 297; SIEGFRIED MAYR, *La tassazione degli interessi e dei dividendi*, in: *Il Fisco*, 1989, p. 3414 (cit.: *Interessi e dividendi*); MAYR, *Forza attrattiva* (nota 12), p. 3; ENRICO CERIANA, *Stabile organizzazione e imposizione sul reddito*, in: *Diritto e pratica tributaria*, 1995, p. 694; DRAGONETTI/PIACENTINI/SFONDRINI (nota 12), p. 1073.

[18] Con riferimento alla vecchia disciplina dettata dal D.Lgs. del 18 dicembre 1997, n. 446, in materia di "Dual Income Tax" (DIT), autorevole dottrina (TOMMASO DI TANNO, *La dual income tax*, Milano 1998, p. 209) sembra esprimersi favorevolmente all'applicazione del beneficio cd. "DIT" ai redditi "attratti" dalla SO, nella parte in cui afferma che "essendo la DIT un istituto che si «aggancia» al vigente e generale sistema di imposizione personale sui redditi, non era (come non è) pensabile di rinvenire nel comma 5 in esame un criterio diverso da quello che informa il *Testo Unico delle Imposte sui Redditi*".

Coerentemente con questo approccio, sono state eliminate dalla normativa domestica le previsioni che configurerebbero il principio della "forza di attrazione" della SO, in quanto, come affermato dalla stessa relazione illustrativa del Decreto Internazionalizzazione, tale principio risulta essere contrario agli orientamenti dell'OCSE e vietato dalle CDI[19]. Al fine di sciogliere ogni dubbio circa l'eliminazione del principio di "forza di attrazione", la norma precisa che il reddito della SO è ora determinato in base "agli utili e alle perdite ad essa riferibili".

Se il principio della "forza di attrazione" non trova applicazione, allora i redditi realizzati direttamente dalla casa madre estera senza il coinvolgimento della SO in Italia sono qualificati secondo le norme descritte in precedenza e, in linea di principio, sono sottoposti a tassazione in Italia secondo il regime del "trattamento isolato del reddito" con aliquota domestica (eventualmente ridotta in base alla CDI, ove applicabile) applicata sull'ammontare lordo di tale reddito (i.e. senza la deduzione di costi).

Ad ogni modo, il reddito complessivo del soggetto non residente dovrebbe ricomprendere, oltre ai redditi di fonte italiana realizzati direttamente dalla casa madre della società non residente, anche il reddito d'impresa riferibile all'eventuale SO in Italia della medesima società estera[20]. La tassazione dovrebbe avvenire senza compensazioni, pertanto, ove il reddito d'impresa della SO in un dato periodo d'imposta sia negativo, esso non dovrebbe essere utilizzato in abbattimento degli altri redditi positivi (ad es., i redditi di capitale). Ciò in quanto, nonostante, il reddito d'impresa e gli altri redditi concorrano a formare un unico reddito complessivo, con l'entrata in vigore delle novità introdotte dal Decreto Internazionalizzazione, non si dovrebbe più verificare la riqualificazione dei redditi "esterni" alla SO in "redditi d'impresa". Ne deriverebbe che:

- a) le perdite derivanti dalla SO dovrebbero poter essere computate in diminuzione soltanto dai relativi redditi d'impresa conseguiti tramite tale SO; e
- b) gli altri redditi (tra cui i redditi di capitale) continuerebbero ad essere tassati secondo il principio del "trattamento isolato" e secondo le regole previste per la categoria di appartenenza, pertanto, ove previsto, continuerebbe a trovare applicazione l'obbligo di effettuazione della ritenuta alla fonte da parte del sostituto d'imposta (generalmente con aliquota del 26%) o nel caso in cui non vi sia

[19] In particolare, dall'art. 151 è stato eliminato il riferimento a "gli utili distribuiti da società ed enti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, dell'articolo 73 del TUIR" e alle "plusvalenze indicate nell'articolo 23, comma 1 lettera f)" mentre dall'art. 152 è scomparso il riferimento "alle altre attività produttive di redditi imponibili in Italia".

[20] Si veda in tal senso, la relazione al Decreto Internazionalizzazione afferma che "l'articolo 151 prevede la tassazione su base isolata, senza compensazioni e secondo le disposizioni del Titolo I del Decreto 917/86 dei redditi che si considerano prodotti nel territorio dello Stato, con la sola eccezione dei redditi d'impresa da stabile organizzazione, di cui alla lettera e) comma 1, dell'articolo 23, per i quali si applica il successivo articolo 152". Tale impostazione è altresì confermata dalla Relazione illustrativa al Decreto Internazionalizzazione nella parte in cui chiarisce che le modifiche introdotte sono volte a semplificare gli adempimenti delle società e degli enti non residenti, i quali "a regime, dovranno presentare un'unica dichiarazione dei redditi, nella quale indicare, per ciascuna categoria, tutti i redditi prodotti nel territorio dello Stato".

alcuna tassazione alla fonte spetterebbe alla società non residente presentare la dichiarazione in Italia e tassare tali redditi con aliquota IRES piena (eventualmente ridotta in base alla CDI, ove applicabile).

D. Il regime IRAP applicabile agli interessi percepiti da banche non residenti con o senza una SO in Italia

Secondo l'art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 446 del 15 dicembre 1997 (Decreto 446) le società non residenti sono soggette a IRAP (Imposta Regionale sulle Attività Produttive) a condizione che: (i) realizzino un reddito imponibile in Italia mediante una SO italiana; e (ii) tale SO sia mantenuta in Italia per un periodo di tempo non inferiore a tre mesi.

Alla luce di quanto sancito dall'art. 2, comma 2, Decreto 446:

- 1) le società non residenti prive di SO in Italia non sono soggette a IRAP per i redditi realizzati in Italia; e
- 2) le società non residenti con una SO in Italia non dovrebbero essere soggette a IRAP con riferimento ai redditi di fonte italiana direttamente realizzati dalla casa madre, senza il coinvolgimento della SO italiana. Infatti, dalla formulazione dell'art. 12, comma 2, Decreto 446, appare chiaro che le società non residenti sono soggette a IRAP solo in relazione ai redditi effettivamente attribuibili alla SO italiana; al contrario, i redditi derivanti da attività non realizzate mediante la SO non dovrebbero confluire nella base imponibile IRAP. Tale principio dovrebbe essere valido anche per i periodi d'imposta fino al 2015 in quanto ai fini IRAP non trovava applicazione il principio della "forza di attrazione" della SO prevista ai fini IRES[21].

III. Il regime fiscale applicabile agli interessi percepiti da banche non residenti secondo la CDI CH-ITA

Dalle considerazioni svolte nei capitoli precedenti ne consegue che, sulla base delle norme domestiche italiane, gli interessi pagati da residenti in Italia a banche svizzere si qualificano come redditi di fonte italiana ivi assoggettabili a tassazione. La disciplina domestica dev'essere armonizzata con le disposizioni dettate dalle disposizioni convenzionali, come sarà discusso nei capitoli che seguono.

A. La qualificazione del reddito e la territorialità ai fini della CDI CH-ITA

Nelle CDI conformi al Modello OCSE di Convenzione fiscale (M-OCSE), la disciplina degli interessi è prevista dall'art. 11. Ciò trova corrispondenza anche nella CDI CH-ITA il cui art. 11 definisce i criteri da seguire ai fini dell'imposizione degli interessi.

[21] PIAZZA (nota 4), p. 929; MARCO PIAZZA, Il soggetto non residente alle prese con Irap e Dit, in: Guida Normativa, Il Sole 24 Ore, 16 luglio 2001; GIAMPAOLO COREA, Aspetti fiscali della concessione in uso degli "industrial, commercial, scientific equipments" e degli altri beni mobili, in: Rass. Trib., 2003, p. 1703; PAOLO LUDOVICI, IRAP: novità legislative e impatto sul bilancio 1998, Atti del convegno de "Il Sole 24 Ore" del 28 ottobre 1998; PAOLO LUDOVICI, Recenti orientamenti di prassi amministrativa in merito all'applicazione dell'IRAP nei rapporti internazionali, in: Riv. Dir. Trib., 1999, p. 41; ISABELLA PANDOLFINI, IRAP: The Regional tax on productive activities – International issues, in: European Taxation 1999, p. 253.

Circa la qualificazione degli interessi percepiti dalle banche svizzere senza il coinvolgimento di una SO in Italia, nonché le regole sulla territorialità, il suddetto art. 11 CDI CH-ITA sancisce quanto segue:

- a) l'art. 11, par. 3, CDI CH-ITA prevede che *"ai fini del presente articolo [ndr. art. 11] il termine «interessi» designa i redditi [...] delle obbligazioni di prestiti garantite o non da ipoteca [...] e dei crediti di qualsiasi natura, nonché ogni altro provento assimilabile, in base alla legislazione fiscale dello Stato da cui i redditi provengono, ai redditi di somme date in prestito"*;
- b) il successivo par. 5 dell'art. 11 CDI CH-ITA prevede che *"gli interessi si considerano provenienti da uno Stato contraente quando il debitore è [...] un residente di detto Stato"*.

Dall'applicazione delle suddette disposizioni convenzionali ne deriva che gli interessi pagati da un residente italiano ad una banca svizzera in relazione ad un finanziamento erogato da quest'ultima, senza il coinvolgimento di una SO in Italia, dovrebbero qualificarsi come "interessi" ai fini dell'art. 11 CDI CH-ITA e dovrebbero considerarsi di fonte italiana. Tale impostazione trova conferma nella risposta n. 41 dell'Agenzia delle Entrate.

B. Il regime fiscale applicabile secondo la CDI CH-ITA quando una società non residente non ha una SO in Italia

In base all'art. 11, par. 2, M-OCSE, lo Stato della fonte ha il diritto di tassare gli interessi ivi provenienti e pagati ad un residente dell'altro Stato contraente. Se il percettore di tale reddito ne è l'effettivo beneficiario, l'imposta che può essere applicata dallo Stato della fonte è limitata in relazione ad una certa percentuale dell'ammontare lordo dell'interesse pagato. Il suddetto paragrafo non indica come *"l'ammontare lordo dell'interesse"* debba essere determinato. In base all'interpretazione normalmente adottata nella prassi, *"l'ammontare lordo dell'interesse"* dovrebbe corrispondere all'ammontare ricevuto dal beneficiario effettivo come remunerazione per l'utilizzo del capitale prestato[22] senza alcuna deduzione dei costi[23].

L'art. 11, par. 2, CDI CH-ITA è sostanzialmente conforme al medesimo articolo del M-OCSE. Pertanto, gli interessi pagati da un residente italiano ad una banca svizzera, che si qualifica come il beneficiario effettivo, in relazione ad un finanziamento erogato da quest'ultima, senza il coinvolgimento di una SO in Italia, dovrebbero essere sottoposti a tassazione in Italia su base separata e applicando l'aliquota ridotta prevista dalla CDI CH-ITA (i.e. 12,5%). Tale trattamento trova conferma nella risposta n. 41 dell'Agenzia delle Entrate. Ancorché il punto non sia espressamente considerato nella risposta n. 41, per le ragioni sopra esposte, si ritiene che l'aliquota convenzionale debba essere applicata sull'importo lordo di tali interessi.

[22] Si veda AA.VV., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Vol. 1, Wolter Kluwer, 2015, p. 915.

[23] Cfr. Commentario all'art. 11 M-OCSE, par. 7.1 secondo cui: *"the tax in the State of source is typically levied on the gross amount of the interest regardless of expenses incurred in order to earn such interest"*. Lo stesso concetto è espresso al par. 7.7 in relazione agli interessi pagati agli intermediari finanziari.

In principio, il beneficio convenzionale dovrebbe essere riconosciuto nel momento in cui avviene il pagamento dell'interesse mediante applicazione di una ritenuta alla fonte con aliquota ridotta. Tuttavia, se la banca svizzera riceve l'interesse senza che sia stata applicata alcuna ritenuta alla fonte in virtù del fatto che il soggetto pagatore italiano non si qualifica come sostituto d'imposta, come confermato dall'Agenzia delle Entrate nella risposta n. 41 (nonché in un interpello privato non pubblicato e commentato sulla stampa specializzata[24]), la banca svizzera può presentare la dichiarazione in Italia ed applicare l'aliquota convenzionale direttamente nel modello di dichiarazione IRES.

C. Il regime fiscale applicabile secondo la CDI CH-ITA quando una società non residente ha una SO in Italia

1. I redditi attribuibili alla SO in base all'art. 7 CDI CH-ITA

Come indicato in precedenza, fino al periodo d'imposta 2015, le norme domestiche italiane prevedevano il principio di "forza di attrazione" della SO per cui tutti i redditi realizzati dal soggetto non residente (per il tramite della SO o senza il coinvolgimento della medesima SO) dovevano essere tassati in capo a tale SO italiana. Tale principio, che dal periodo d'imposta 2016 è venuto meno per effetto delle modifiche introdotte dal Decreto Internazionalizzazione, era già nel passato normalmente neutralizzato dalle CDI conformi al M-OCSE.

L'art. 7, par. 1, CDI conformi al M-OCSE, dispone che gli utili prodotti da un'impresa residente in uno Stato [A] che eserciti la propria attività in un altro Stato [B] mediante una SO, possono essere tassati da quest'ultimo Stato [B], *"ma soltanto per la parte di essi attribuibile a detta stabile organizzazione secondo quanto previsto dal paragrafo 2"*. I redditi realizzati nello Stato della fonte possono, quindi, essere tassati come reddito d'impresa in capo alla SO solo se esiste una connessione economico-funzionale, non essendo al contrario sufficiente un'attribuzione per finzione giuridica (come era in precedenza previsto dalle norme domestiche italiane). In questo senso si esprimono anche il Commentario al M-OCSE[25] e il Rapporto OCSE 17 luglio 2008 (come rielaborato il 22 luglio 2010) *"Report on the attribution of profits to permanent establishments"*[26].

L'art. 7, par. 1, CDI CH-ITA è conforme all'art. 7, par. 1, M-OCSE, infatti, prevede che *"gli utili di un'impresa di uno Stato contraente sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che l'impresa non svolga la sua attività nell'altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata. Se l'impresa svolge in tal modo la sua attività, gli utili dell'impresa sono imponibili nell'altro Stato ma soltanto nella misura in cui detti utili sono attribuibili alla stabile organizzazione"*. Pertanto, in base a tale previsione, il potere di tassazione dell'Italia (i.e. il Paese in cui è situata la SO della banca svizzera) non si estenderebbe (con le eccezioni che

[24] Cfr. Interpello n. 954-135 del 30 aprile 2015 commentato da MARCO PIAZZA/ALESSANDRO SAINI, *Interessi, benefici fiscali allargati*, in: Il Sole 24 ore del 2 aprile 2015.

[25] Cfr. il par. 12. del Commentario all'art. 7 M-OCSE.

[26] Cfr. il par. 8, Parte I, del Report OCSE.

verranno descritte in seguito) ai proventi della banca svizzera che, benché realizzati in Italia, non sono attribuibili a tale SO italiana.

2. La relazione esistente tra l'art. 7 e gli artt. 10, 11, 12 e 21 CDI CH-ITA

Quanto poc'anzi indicato, tuttavia, non implica che lo Stato di insediamento della SO possa tassare solo il reddito attribuibile alla SO. Infatti, il reddito della società non residente che non è attribuibile alla SO potrà rimanere soggetto alla potestà impositiva dello Stato in cui tale reddito è generato secondo le specifiche condizioni e modalità proprie previste dalla CDI[27]. Pertanto, per i redditi (quali dividendi, interessi, *royalties* e "altri redditi") realizzati direttamente dalla società non residente senza l'intervento della sua SO in Italia, e per i quali esiste una specifica previsione convenzionale (i.e. artt. 10, 11, 12 e 21), torna applicabile tale ultima previsione[28] e questi redditi possono essere tassati isolatamente, nonostante la presenza della SO, se così previsto dalla normativa nazionale dello Stato della fonte. In sostanza, l'art. 7 è derogato nei casi in cui una particolare componente reddituale rientra nelle norme delle CDI rispettivamente relative ad interessi, dividendi, canoni, redditi immobiliari ed "altri redditi" poiché, in base al principio di specialità, tali norme prevalgono sulla disposizione concernente i redditi d'impresa[29].

La CDI CH-ITA è conforme al principio di prevalenza delle disposizioni specifiche in materia di interessi, dividendi, ecc. rispetto alle disposizioni dell'art. 7 in materia di redditi d'impresa. Infatti, secondo l'art. 7, par. 7, CDI CH-ITA, "quando gli utili comprendono elementi di reddito considerati separatamente in altri articoli della presente Convenzione, le disposizioni di tali articoli non vengono modificate da quelle del presente articolo". Al riguardo, il Commentario all'art. 7 M-OCSE del 1977 (i.e. il commentario vigente all'epoca in cui la CDI CH-ITA è stata siglata), al par. 34, chiariva che l'art. 7, par. 7, è una norma interpretativa volta a chiarire qual è "il campo di applicazione del presente Articolo in relazione agli altri Articoli che trattano specifiche categorie di reddito. In conformità con la prassi normalmente adottata nei trattati bilaterali, il paragrafo 7 dà priorità agli specifici Articoli riguardanti i dividendi, gli interessi, etc. [...]". Resta inteso che gli elementi di reddito oggetto degli specifici Articoli possono, fatte salve le disposizioni della Convenzione, essere tassati sia separatamente o come utili industriali e commerciali, in conformità con le leggi fiscali degli Stati contraenti"[30].

[27] DRAGONETTI/PIACENTINI/SFONDRINI (nota 12), p. 96; FORT (nota 4), p. 253.

[28] Si veda in tal senso l'art. 7, par. 4 (in precedenza art. 7, par. 7), M-OCSE, il quale sancisce che: "where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article".

[29] In questi termini si esprimono CARLO GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano 2008, p. 382; VICTOR UCKMAR, *Diritto tributario internazionale*, Milano 2005, p. 423; PAOLO VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2012, p. 381; ROBERTO BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano 2009, p. 202.

[30] Il par. 34. del Commentario all'art. 7, par. 7, M-OCSE del 1977 espressamente recitava "[i]t has seemed desirable, however, to lay down a rule of interpretation in order to clarify the field of application of the present Article in relation to the other Articles dealing with a specific category of income. In conformity with the practice generally adhered to in existing bilateral conventions, paragraph 7 gives first

3. La cd. "riserva assoluta della SO" contenuta nella CDI CH-ITA
Come scritto in precedenza, nei casi in cui gli interessi non siano stati realizzati dalla banca svizzera per il tramite della SO italiana, allora tali interessi non possono confluire nel reddito riferibile alla SO, ma devono essere tassati separatamente secondo la specifica previsione convenzionale applicabile. In tale contesto, è tuttavia necessario approfondire un altro profilo che interessa specificatamente la CDI CH-ITA.

Nelle CDI conformi al M-OCSE, per effetto di quanto previsto agli art. 10, par. 4 (per i dividendi), 11, par. 4 (per gli interessi), 12, par. 3 (per i canoni) e 21, par. 2 (per gli altri redditi), l'art. 7, par. 1, torna ad essere applicabile anche a tali proventi (benché in via generale riconducibili all'area di applicazione degli articoli specifici contenuti nella CDI) se l'asset generatore dei medesimi è "effettivamente connesso" alla SO situata nello Stato della fonte. In tale caso, i dividendi, gli interessi, i canoni e gli "altri redditi" non sono più tassati separatamente in base a quanto disposto dalle norme speciali, bensì perdono la loro qualifica e sono ricompresi nel reddito della SO e tassati quali redditi d'impresa (come più avanti discusso, tale approccio è definito principio della cd. "riserva relativa della SO") [31].

Deve sottolinearsi che non tutte le CDI stipulate dall'Italia sono conformi al M-OCSE[32]. In passato, infatti, l'Italia si è riservata il diritto di concludere delle CDI discostandosi dal M-OCSE[33]. Tale riserva è stata di recente eliminata[34], tuttavia, come confermato da alcuni autori, in passato essa è stata fatta valere in sede di stipula di alcuni trattati[35].

La CDI CH-ITA è una delle CDI stipulate dall'Italia che si discosta dal M-OCSE in quanto adotta una diversa formulazione degli artt. 10, par. 4, 11, par. 4, 12, par. 3 e 21, par. 2. In particolare, diversamente da quanto previsto dal M-OCSE, l'art. 11, par. 4, CDI CH-ITA[36] non prevede il requisito per

preference to the special Articles on dividends, interest, etc.[...]. It is understood that the items of income covered by the special Articles may, subject to the provisions of the Convention, be taxed either separately, or as industrial and commercial profits, in conformity with the tax laws of the Contracting States".

[31] Si veda in questo senso il par. 24 del Commentario all'art. 11. Nello stesso senso si esprimono il par. 31 del Commentario all'art. 10; il par. 20 del Commentario all'art. 12; il par. 27 del Commentario all'art. 13; il par. 5 del Commentario all'art. 21.

[32] Nel M-OCSE, l'art. 11, par. 4, recita come segue: "[t]he provisions of paragraphs 1 and 2 shall not apply if the beneficial owner of the interest, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State in which the interest arises through a permanent establishment situated therein and the debt-claim in respect of which the interest is paid is effectively connected with such permanent establishment. In such case the provisions of Article 7 shall apply". Una simile formulazione è contenuta anche negli artt. 10, par. 4, 12, par. 3 e 21, par. 2.

[33] Si veda il par. 82 del Commentario al M-OCSE del 2008 all'art. 10, relativamente ai dividendi; par. 45 del Commentario al M-OCSE del 2008 all'art. 11, relativamente agli interessi; par. 47 del Commentario al M-OCSE del 2008 all'art. 12, relativamente alle *royalties*. A titolo esemplificativo, la riserva posta dall'Italia al par. 4 dell'art. 11 M-OCSE recitava: "Italy reserves the right to subject interest to the taxes imposed by its law whenever the recipient thereof has a permanent establishment in Italy, even if the indebtedness in respect of which the interest is paid is not effectively connected with such permanent establishment".

[34] Si veda Commentario M-OCSE del 2010, Commentario M-OCSE del 2014 e il Commentario M-OCSE del 2017.

[35] DRAGONETTI/PIACENTINI/SFONDRINI (nota 12), p. 1074.

[36] Ciò si riscontra anche negli artt. 10, par. 4, 12, par. 3 e 21, par. 2 CDI CH-ITA.

cui "il credito generatore degli interessi sia effettivamente connesso alla suddetta stabile organizzazione" e semplicemente sancisce che "le disposizioni dei paragrafi 1 e 2 non si applicano nel caso in cui il beneficiario degli interessi, residente di uno Stato contraente, esercita nell'altro Stato contraente dal quale provengono gli interessi [...] un'attività commerciale o industriale per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata [...]. In tal caso gli interessi sono imponibili in detto altro Stato contraente secondo la propria legislazione". A tal proposito occorre notare quanto segue:

- 1) le disposizioni in materia di dividendi, interessi, canoni, "altri redditi", contenute nella CDI CH-ITA, esprimono il concetto della cd. "riserva assoluta della SO"^[37]. La presenza di tale concetto nella CDI CH-ITA è confermata anche dagli autori che hanno analizzato tale CDI^[38]. A differenza della cd. "riserva relativa della SO", normalmente contenuta nei medesimi articoli delle CDI conformi al M-OCSE, la "riserva assoluta della SO" implica che in virtù della mera presenza di una SO non possono trovare applicazione gli sgravi ed esenzioni da ritenute dettate dagli articoli speciali (10, 11, 12 e 21) e i redditi considerati da tali articoli "sono imponibili in detto altro Stato contraente (n.d.r. Stato della fonte) secondo la propria legislazione";
- 2) per effetto di tale rinvio operato dalla CDI CH-ITA, trova applicazione la normativa domestica italiana. Circa il regime fiscale applicabile agli interessi pagati da soggetti residenti a banche svizzere che detengono una SO in Italia nel caso in cui l'applicazione dei benefici convenzionali sia impedita dalla "riserva assoluta della SO" contenuta nell'art. 11, par. 4, CDI CH-ITA non esistono linee guida pubbliche emesse dall'Amministrazione finanziaria italiana. In linea di principio, in questi casi potrebbero trovare applicazione il seguente trattamento:

[37] Alcuni autori ritengono che le disposizioni contenute negli articoli relativi a dividendi, interessi, canoni, "altri redditi", così come formulate nella CDI CH-ITA, esprimerebbero il principio di "forza di attrazione assoluta" della SO. Pertanto, in base agli artt. 10, par. 4, 11, par. 4, 12, par. 3 e 21, par. 2, CDI CH-ITA, la mera esistenza di una SO sarebbe in sé sufficiente a ricondurre gli interessi, i dividendi, le *royalties* e gli "altri redditi" nell'ambito del reddito della SO tassato nello Stato della fonte, senza che sia richiesta l'ulteriore condizione della pertinenza dei diritti o beni generati del reddito alla SO (si veda in questo senso DRAGONETTI/PIACENTINI/SFONDRINI [nota 12], p. 888; BAGGIO [nota 29], cfr. nota 119 a p. 193; UCKMAR [nota 29], p. 424). A tal proposito, si rende necessario un chiarimento per distinguere il principio della "forza di attrazione" della stabile organizzazione dal concetto della cd. "riserva" della stabile organizzazione, contenuta solitamente agli artt. 10, 11 e 12 CDI stipulate dall'Italia. Il concetto di "riserva" implica che in presenza di una stabile organizzazione possano venir meno i benefici convenzionali solitamente disposti dagli articoli in materia di dividendi, interessi, *royalties*, altri redditi. A tal proposito la "riserva" può essere di due tipi: (i) "assoluta", fa sì che l'agevolazione venga meno per la semplice presenza di una SO; (ii) "relativa", fa sì che l'agevolazione venga meno solo se il bene che dà origine al reddito è effettivamente connesso con la SO. La maggior parte delle CDI stipulate dall'Italia prevede la cd. "riserva relativa", per cui, laddove applicabile, lo Stato della fonte non tasserebbe più i redditi in questione, considerati isolatamente, con aliquota convenzionale ridotta, bensì come redditi della SO. Ciò avverrebbe perché il bene che genera il reddito è connesso alla SO. Altre CDI stipulate dall'Italia (Svizzera, Irlanda) prevedono invece la cd. "riserva assoluta". In questo caso, la mera presenza della SO impedirebbe l'applicazione della aliquota convenzionale ridotta, ancorché il reddito non sia connesso alla SO. Pertanto, il reddito in questione sarebbe tassato secondo la normativa interna.

[38] PIAZZA (nota 4), p. 744; MAVR, Società estera con SO (nota 4), p. 737; MAVR, Forza attrattiva (nota 12), pp. 7-8; MAVR, Interessi e dividendi (nota 4), p. 3414.

- a. in relazione ai periodi d'imposta fino al 2015, la banca svizzera avrebbe potuto imputare i redditi in questione alla propria SO italiana e tassarli in capo a quest'ultima in virtù del principio di forza di attrazione "assoluta" della SO, a meno che i medesimi redditi non fossero soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta (come nel caso in cui gli interessi sono pagati ad una banca svizzera da un soggetto che si qualifica come sostituto d'imposta italiano). Come discusso in precedenza, l'attrazione in capo alla SO italiana avrebbe comportato una tassazione degli interessi con aliquota IRES del 27,5%, più alta rispetto quella convenzionale. Questo effetto sarebbe stato mitigato dal fatto che gli interessi entrando nel regime di tassazione del reddito d'impresa sarebbero stati tassati al netto dei costi sostenuti dalla casa madre estera per generare tale reddito;
- b. in relazione ai periodi d'imposta dal 2016 in poi, dal momento che le norme domestiche non prevedono più il principio di "forza di attrazione", tali redditi dovrebbero essere tassati separatamente dal reddito della SO italiana e pertanto applicando l'aliquota IRES piena sull'importo lordo degli interessi senza alcuna deduzione dei costi. Tale approccio, se confermato dall'Agenzia delle Entrate, implicherebbe una tassazione eccessivamente gravosa per le banche svizzere con SO in Italia.

IV. Conclusioni

Sulla base delle disposizioni previste dalle norme fiscali domestiche italiane e delle disposizioni della CDI CH-ITA, gli interessi pagati da persone fisiche italiane che non si qualificano come sostituti d'imposta a banche svizzere che hanno erogato finanziamenti senza il coinvolgimento di una SO italiana non dovrebbero essere tassati ai fini IRAP, bensì solo ai fini IRES secondo il seguente regime:

- 1) *per le banche svizzere prive di SO in Italia*: gli interessi dovrebbero essere qualificati, ai sensi delle norme fiscali domestiche e della CDI CH-ITA, come redditi di fonte italiana soggetti a tassazione in Italia. Tali interessi dovrebbero essere tassati sul loro importo lordo con l'aliquota ridotta prevista dalla CDI CH-ITA. Tale approccio riflette l'attuale posizione dell'Agenzia delle Entrate (applicabile anche i precedenti periodi d'imposta) chiaramente espressa nella recente risposta n. 41, ancorché in passato la Corte di Cassazione e la stessa Amministrazione finanziaria avessero adottato un diverso approccio;
- 2) *per le banche svizzere con SO in Italia*: non si rinvergono linee guida pubbliche emesse dall'Agenzia delle Entrate. Ai sensi della normativa domestica e della CDI CH-ITA, gli interessi dovrebbero essere qualificati come redditi di fonte italiana soggetti a tassazione in Italia. Tuttavia, per effetto della cd. "riserva assoluta della SO" contenuta nell'art. 11 par. 4 CDI CH-ITA tali interessi non potrebbero essere tassati con aliquota convenzionale ridotta e dovrebbe trovare applicazione le norme domestiche. In mancanza di chiarimenti da parte dell'Amministrazione finanziaria italiana circa il regime domestico applicabile in conseguenza della "riserva assoluta della SO", in linea di principio, potrebbe essere considerato il seguente trattamento:

- a. per i periodi d'imposta fino al 2015, per effetto del principio di "forza di attrazione", la banca svizzera avrebbe potuto tassare gli interessi (al netto dei costi) in capo al SO in Italia con aliquota IRES del 27,5%. La banca svizzera avrebbe potuto scomputare dagli interessi netti gli eventuali attributi fiscali della SO. In questo modo, il mancato riconoscimento dei benefici convenzionali sarebbe stato compensato dall'applicazione di un regime di tassazione "netto";
- b. per i periodi d'imposta dal 2016 in poi, dal momento che è stata eliminata dalle norme domestiche il principio di "forza di attrazione", la banca svizzera non potrebbe far confluire gli interessi nel reddito d'impresa della SO italiana, non potrebbe dedurre i costi sostenuti per generare tale reddito e non potrebbe scomputare gli eventuali attributi fiscali della SO. Gli interessi dovrebbero essere tassati separatamente dal reddito della SO italiana e pertanto applicando l'aliquota IRES piena sull'importo lordo degli interessi. Qualora fosse confermato questo trattamento le banche svizzere si troverebbero a dover sopportare una tassazione eccessivamente gravosa. Sarebbe pertanto auspicabile che l'Agenzia delle Entrate adotti un'interpretazione della CDI CH-ITA che sia orientata ai principi OCSE (recepiti nelle norme domestiche italiane per effetto del Decreto Internazionalizzazione [39]) consentendo anche alle banche svizzere con SO in Italia di tassare gli interessi percepiti da persone fisiche non sostituti d'imposta con aliquota convenzionale del 12,5%.

[39] Come detto in precedenza, la Relazione illustrativa al menzionato Decreto Internazionalizzazione ha chiarito che le modifiche introdotte hanno avuto la finalità di introdurre "nell'ordinamento nazionale alcune regole volte a determinare il reddito derivante da attività esercitate nel territorio mediante stabile organizzazione, in linea con le indicazioni e gli orientamenti espressi in ambito OCSE, con l'intento di razionalizzare, allo stesso tempo, le disposizioni esistenti sul reddito delle società ed enti non residenti [...]".

Il resident non domiciled inglese

Aspetti teorici, profili critici e soluzioni operative nel contesto pre- e post-Brexit



Gabriele Schiavone
Chartered Accountant, SGS & Partners

Il presente contributo si sofferma, dopo un doveroso inquadramento teorico, sugli aspetti critici ed operativi del regime anglosassone del resident non domiciled, nel contesto della pianificazione fiscale internazionale e alla luce delle novità normative attuali.

I. Residenza e domicilio nel diritto tributario UK.....	129
A. La residenza.....	129
B. Il domicilio	130
II. Il domicilio ai fini successori.....	130
III. La remittance e l'utilizzo dei fondi esteri in UK	131
IV. La remittance charge.....	132
V. Il residente non domiciliato nell'ambito della pianificazione fiscale internazionale, la novità Brexit e il neo residente italiano.....	133

I. Residenza e domicilio nel diritto tributario UK

Residenza e domicilio di una persona fisica sono fattori fondamentali nel determinare l'assoggettamento tributario nel Regno Unito (UK)[1]. Gli individui che sono residenti e domiciliati sono assoggettati a tassazione sui redditi ovunque prodotti (*the arising basis*), a prescindere dalla circostanza che siano utilizzati (o come vedremo "rimessi") in UK.

A. La residenza

Storicamente, il Regno Unito non aveva una nozione legislativamente predefinita di residenza, la cui nozione si basava sui precedenti giurisprudenziali e sulla prassi di *HM Revenue & Customs* (HMRC). Con l'obiettivo di apportare maggior chiarezza, dal 6 aprile 2013 è stato introdotto legislativamente un insieme di norme (*statutory residence rules* – FA 2013. Sch 43)

[1] Per Regno Unito (o semplicemente UK) si intende, ai fini del presente articolo ed in particolare come vedremo nel seguito ai fini della *remittance*, l'Inghilterra, il Galles, la Scozia e l'Irlanda del Nord (e non ad esempio le dipendenze della corona britannica quali l'Isola di Man, Jersey e Guernsey).

che, seppur alquanto complesse, hanno creato un *framework* sufficientemente chiaro al fine di determinare la residenza.

Al fine di determinare la residenza di un individuo coerentemente con le *statutory residence rules*, occorre seguire alcuni passaggi qui sotto sinteticamente dettagliati:

- la persona fisica è residente se trascorre almeno 183 giorni in UK; se ciò non si verifica occorre passare al punto successivo;
- la persona fisica non è residente se soddisfa almeno uno dei requisiti previsti dall'*automatic overseas test*[2]; se ciò non si verifica occorre passare al punto successivo;
- la persona fisica è residente se soddisfa uno dei requisiti dell'*automatic UK test*[3]; anche qui, se ciò non si verifica occorre verificare il punto successivo;
- la persona fisica è residente in UK se, pur non avendo soddisfatto i requisiti di cui sopra, trovano applicazione i *sufficient ties test* (quali legami affettivi, personali e lavorativi da abbinare al tempo trascorso in territorio inglese[4]).

Il sistema dei *test*, volto originariamente a creare maggiore certezza nell'applicazione della norma, sta creando difficoltà applicative nei casi di individui con una significativa mobilità lavorativa e sociale. Occorre, peraltro, prestare grande attenzione nel verificare con sufficiente evidenza documentale (ad es., tramite biglietti aerei e *boarding cards*), i giorni effettivamente trascorsi nel Regno Unito, soprattutto per le persone fisiche residenti in UK che decidono di trasferirsi (*leavers*) in un Paese terzo, ma che mantengono con il Regno Unito rapporti professionali (i quali, nello stesso tempo, impongono una seppur minima presenza in UK). Ne risulta, peraltro, che i legami

[2] Un individuo non è residente se soddisfa, alternativamente, uno dei tre seguenti requisiti: (i) residente in uno dei 3 anni precedenti e trascorre meno di 16 giorni in UK; (ii) residente in nessuno dei 3 anni precedenti e trascorre meno di 46 giorni in UK; (iii) impiegato a tempo pieno all'estero.

[3] Un individuo è residente se (i) trascorre più di 183 giorni in UK; (ii) se mantenendo un'abitazione, trascorre in UK almeno 30 giorni e, pur non avendo un'abitazione all'estero, è presente all'estero meno di 30 giorni; (iii) lavora un sufficiente numero di ore per un periodo di 12 mesi continui.

[4] Cfr. MARK McLAUGHLIN, *Tax Planning*, 2018/2019, p. 187 ss.

familiari, che in taluni Paesi di *civil law* (come ad es. l'Italia e la Francia) assumono un ruolo preponderante, in UK assumono un ruolo secondario.

B. Il domicilio

Il domicilio, che coincide normalmente con il Paese in cui una persona ha un'abitazione permanente, è una nozione di diritto privato, che tuttavia, come vedremo, impatta anche sugli obblighi tributari. Non vi è, diversamente da quanto accade per la residenza, una nozione "fiscale" di domicilio. Giurisprudenza e prassi hanno, tuttavia, sviluppato un consolidato concetto di domicilio che ormai è ampiamente accettato e riconosciuto ai fini fiscali[5].

È possibile individuare tre tipologie di "domicile": il domicilio (i) di origine, (ii) di dipendenza e (iii) di scelta. Tuttavia, occorre fin da subito chiarire che in UK è possibile essere ivi domiciliati senza aver avuto mai nessuna abitazione permanente in territorio inglese, né tanto meno senza mai essere stato ivi residente.

Per quanto concerne il domicilio di origine, di regola si considera tale il Paese dove un individuo è nato. Assume in particolare rilevanza fintanto che non sia sostituito da un domicilio di dipendenza o di scelta (questo avviene frequentemente con il passare degli anni), oppure, viceversa, quando un domicilio di scelta venga perso o contestato. Il domicilio di origine di una persona può essere, in taluni casi, il domicilio del padre e/o della madre.

Il domicilio di dipendenza assume carattere marginale in quanto, di fatto, riguarda solo gli individui sotto i 16 anni e quelli con limitate capacità mentali, per i quali il domicilio è lo stesso del genitore e/o del tutore.

Un domicilio di scelta si acquisisce tramite la presenza fisica e l'intenzione chiara e precisa (*settled*) di risiedere volontariamente in UK permanentemente o per un periodo limitato[6]. Non si acquisisce per meri motivi lavorativi né acquistando un'abitazione, né tanto meno acquisendo la cittadinanza inglese, sebbene siano tutti e tre validi elementi indiziari di una precisa intenzione di stabilirsi in via permanente in UK.

Occorre, pertanto e come già rilevato, valutare l'intenzione di stabilirsi in un Paese in modo permanente. Pertanto, un domicilio di scelta non si acquisisce lasciando UK se l'intenzione è quella di risiedere nell'altro Paese, anche per molti anni, ma non di rimanervi a tempo indeterminato. In questi ultimi casi, spesso contestati dall'HMRC, cittadini inglesi che hanno spostato la residenza in altri Paesi (ad es., in Hong Kong per motivi professionali o in Spagna a seguito di un pensionamento e all'acquisto di una casa di villeggiatura), vengono comunque considerati domiciliati in UK proprio in virtù del vincolo creato dalla nascita.

[5] Si veda per un'analisi dettagliata HMRC, *Residence, Domicile and Remittance Basis*, Manual 2018, nonché Withers LLP, Robert L Williams, *Guide to US/UK Private Wealth Tax Planning*, 2017.

[6] MCLAUGHLIN (nota 4), p. 412 ss.

Come vedremo nel prosieguo, questo ha un effetto di grande rilevanza in quanto non solo potrebbe ciò avere influenza (seppur indiretta) sulla loro residenza fiscale ma, soprattutto, ai fini dell'imposta sulle successioni. HMRC è particolarmente sensibile sul tema del domicilio di origine, partendo dall'assunto che le mere dichiarazioni debbano considerarsi meno rilevanti rispetto alla condotta fattuale. Sebbene l'onere della prova sia equamente diviso tra contribuente e autorità fiscali, l'acquisizione di un domicilio di scelta a discapito di quello di origine (semplice da appurare), comporta, in caso di accertamento, un onere probatorio più ingente a carico del contribuente[7].

Si segnala che, a partire dall'aprile 2017, le persone fisiche residenti e non domiciliate da 15 anni sono considerati presuntivamente domiciliati (*deemed domiciled*) e, pertanto, sono assoggettate a tassazione sui redditi ovunque prodotti. In altri termini, è stata introdotta, di fatto, una quarta categoria di domicilio: oltre a quella per origine e per scelta, si aggiunge il *deemed domicile*, che si acquisisce dopo un qualificato periodo di residenza in UK. Per le persone fisiche *deemed domiciled*, non è più possibile optare per il regime della *remittance* e gli stessi sono tassati sulla base dei redditi ovunque prodotti. Se non rimettono i redditi e il capitale in precedenza accumulati durante il regime di *resident not domiciled*, i *deemed domiciled* possono mantenere all'estero il patrimonio senza pagarvi imposte ulteriori (ovviamente eventuali redditi derivanti dal possesso di tali beni saranno assoggettati a tassazione); per quest'ultimi appare, dunque, di fondamentale importanza mantenere distinti gli elementi di reddito e di patrimonio prodotti nei differenti periodi fiscali, attraverso conti dedicati e altri strumenti giuridici quali *trust* e polizze assicurative.

II. Il domicilio ai fini successori

Una persona fisica può essere considerata domiciliata in UK ai fini dell'*inheritance tax* anche se non sia ivi né residente né domiciliata ai fini delle imposte dirette. Pertanto, sebbene la nozione di domicilio ai fini successori sia profondamente influenzata da quella utilizzata per le imposte dirette, ai fini dell'applicazione del tributo successorio occorre fare riferimento ad una definizione autonoma predeterminata legislativamente (*IHTA 1984 s 267*).

Si considera domiciliato ai fini successori una persona fisica che, alternativamente, (i) sia stato domiciliato in UK nei 3 anni precedenti l'evento morte, (ii) sia stato residente in UK almeno 15 anni negli ultimi 20 e almeno in uno dei 4 anni prima dell'evento morte e (iii) sia stato residente domiciliato e residente nei 2 anni precedenti l'anno dell'evento morte.

[7] Si veda il caso *Barlow Clowes International Ltd (in liquidation) and others v Henwood* [2008] EWCA 577. In base a tale sentenza, un cittadino inglese si trasferisce definitivamente nell'Isola di Man acquisendo un domicilio di scelta. Dopo circa 20 anni, lascia l'isola per trasferirsi in Francia, dove nel frattempo ha comprato una casa di villeggiatura. Poiché, dopo aver lasciato l'Isola di Man, non ha acquisito un altro domicilio di scelta, le autorità hanno considerato che il suo domicilio di origine fosse di *default* quello inglese.

Pertanto, ne risulta che le persone fisiche domiciliate, per origine o per scelta, possono ricadere nell'ambito di applicazione del tributo, anche se non residenti in UK al momento dell'evento morte (lo stesso vale per qualsiasi trasmissione a titolo gratuito)[8].

Le stesse regole valgono anche per i *deemed domiciled* a partire dal periodo fiscale che inizia dal 6 aprile 2017. Ne consegue che le persone fisiche divenute *deemed domiciled* lo saranno anche ai fini successori e, in particolare, come da modifica legislativa, a partire dal sedicesimo anno (così come potranno considerarsi non domiciliati ai fini del tributo soltanto 6 anni dopo l'uscita dal Regno Unito, mentre se usciranno entro il quattordicesimo anno, ne dovrebbero risultare esenti immediatamente).

In linea generale, è opportuno, prima che un residente divenga domiciliato o *deemed domiciled*, così come e a maggior ragione prima di diventare residente in UK, apportare i beni (o taluni di essi) esteri in un *trust* affinché tali beni possano formare una *excluded property*, esente, seppur non definitivamente, ai fini successori e, a certe condizioni, ai fini delle imposte sui redditi. È di fondamentale importanza che al momento del conferimento dei beni in *trust* il *settlor* non sia domiciliato, non rilevando eventuali modifiche del suo *status* successive alla creazione del vincolo di destinazione[9].

Si ricorda, infine, che in presenza di una convenzione per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sulle successioni, i criteri territoriali stabiliti all'interno della convenzione prevalgono su quelli domestici.

III. La remittance e l'utilizzo dei fondi esteri in UK

Le persone fisiche residenti in UK, ma non domiciliate nel senso in precedenza delineato, possono essere tassate in base ai redditi ovunque prodotti (*the arising basis*) oppure in base ai redditi "rimessi" in UK (*the remittance basis*).

In termini generali[10], una persona fisica residente che opta per il regime della *remittance* è tassata sui redditi e sulle plusvalenze di fonte UK, mentre su quelli di fonte non UK solo se, e nella misura in cui, siano rimessi in UK.

Per *remittance* si intende il trasporto, il trasferimento, la ricezione e l'utilizzo[11] di qualsiasi tipologia di bene, liquido ed

illiquido[12], in UK, direttamente od indirettamente (ad es. a persone correlate)[13].

Un residente non domiciliato, che abbia optato per il regime della *remittance*, deve considerare che le spese, sia ordinarie che in conto capitale, devono essere finanziate da redditi e da plusvalenze assoggettate a tassazione in UK oppure da elementi di patrimonio (*clean capital*).

Per "*clean capital*" devono intendersi sia beni liquidi sia illiquidi detenuti dalla persona fisica prima che diventi residente in UK, sia beni di qualsiasi genere non soggetti a tassazione in UK in base a disposizione domestica. Sono esclusi dal campo di applicazione della *remittance* i beni di modico valore e quelli prettamente personali (vestiti e gioielli).

Non rilevano altresì ai fini della *remittance*, i *qualifying investments* nell'ambito del *Business Investment Relief* (BIR). Si intende per *qualifying investment* la sottoscrizione di azioni e di un finanziamento ad un'azienda inglese, quotata o non, sempre che tale investimento non comporti un beneficio, commercialmente non giustificato, all'investitore (o che via sia anche solo l'intenzione di produrre tale beneficio) e sempre che tale società svolga un'attività commerciale (o che lo faccia entro 2 anni dall'investimento)[14].

Un *qualifying investment* perde tale qualifica nella misura in cui (i) la società *target* non sia più *eligible*, (ii) l'investimento è oggetto di disinvestimento e (iii) la società *target*, direttamente o indirettamente, attribuisce un valore, anche in natura e commercialmente non giustificato, all'investitore e/o a sue parti correlate e, infine, (iv) se la società *target* entro 2 anni non avvii un'attività commerciale. Non vi sarebbe relazione tra valore dell'investimento e beneficio all'investitore: la circostanza che l'investitore tragga un vantaggio economico dall'investimento effettuato, a prescindere dal valore dello stesso, fa venir meno integralmente gli effetti dell'agevolazione con ripresa a tassazione dell'intero investimento[15].

Vale la pena notare che, in caso di disinvestimento, soltanto la parte non reinvestita o non trasferita all'estero, genera *remittance* tassabile. Qualora la persona fisica disponga, ceda o trasferisca tale investimento, lo stesso si considera rimesso a meno che entro un lasso di tempo ragionevole (per HMRC 45 giorni, in taluni casi 45 più ulteriori 90 giorni) gli stessi fondi siano trasferiti all'estero (sullo stesso conto corrente o su uno dedicato) oppure che gli stessi siano reinvestiti in un (altro) investimento qualificato.

[8] A titolo esemplificativo, un domiciliato non residente che effettua una donazione all'estero di beni esteri, potrebbe incorrere nell'applicazione del tributo inglese, anche se pensa di esserne esente.

[9] Sono state introdotte disposizioni transitorie nel caso di residenti in procinto di diventare *deemed domiciled* nel periodo 2017: per quest'ultimi vi è stata la possibilità di conferire beni in *trust* anche se ormai divenuti domiciliati, in piena neutralità fiscale.

[10] Si rimanda, per una disamina generale, a GABRIELE SCHIAVONE, *Aspetti di fiscalità internazionale nell'ordinamento tributario britannico*, in: *Fiscalità e Commercio Internazionale*, n. 3/2017.

[11] Sono, ad es., rilevanti le garanzie concesse in relazione all'assunzione di un debito verso un soggetto inglese.

[12] Tra i beni liquidi possiamo citare i conti correnti ed in generale i fondi, mentre tra i beni illiquidi figurano, ad es., le partecipazioni, le opere d'arte, i gioielli.

[13] Sono considerate anche le *remittance* a persone correlate *relevant*, quali familiari, società controllate e beneficiari, diretti ed indiretti, di un *trust*.

[14] Risulta, pertanto, assimilabile a *remittance* qualsiasi beneficio, diretto ed indiretto, anche a favore di persone collegate, ad eccezione dei compensi e delle remunerazioni di capitale effettuate a valori di mercato (si veda in questo senso HMRC (nota 5) per cui i dividendi e gli interessi ottenuti sono regolarmente tassati in base alla normativa domestica, sempre che siano a valori di mercato).

[15] Così si esprime HMRC (nota 5).

Le autorità fiscali hanno confermato che il BIR può essere abbinato ad altre tipologie di agevolazioni domestiche come *Enterprise Investment Scheme* e il *Seed Enterprise Investment Scheme*^[16].

Fin da subito appare difficile individuare e tenere separati il reddito e il capitale: la soluzione di utilizzare un conto bancario separato per capitale e redditi è una soluzione operativa diffusa, necessaria, ma assolutamente non in grado di risolvere tutte le criticità potenziali.

Questo tema risulta operativamente di grande impatto, soprattutto nella considerazione che molti operatori del mondo bancario ritengono che creare due conti – reddito e capitale – sia sufficiente per distinguere in maniera soddisfacente le due tipologie di beni. A titolo esemplificativo, non è corretto imputare il reddito al conto capitale e poi, secondo meccanismi interni all'istituto di credito, trasferirlo sul conto reddito, così come sarebbe da valutare con attenzione lasciare il reddito derivante dal *clean capital* in moneta estera, in quanto il possesso di una valuta estera assume rilevanza ai fini reddituali per sé. Così come, in caso di cessione di un bene non liquido facente parte del *clean capital*, i fondi derivanti da tale cessione, se quest'ultima genera una plusvalenza, devono essere accreditati presso un conto separato, in quanto ai fini della *remittance* non è possibile separare una plusvalenza dal prezzo complessivo della cessione.

In generale, è consigliabile, nella misura in cui sia fattibile, creare conti separati per ogni singola tipologia di reddito e di capitale, per facilitare un'eventuale remissione di fondi in UK utilizzando per primo il conto che ha accolto il reddito tassato più favorevolmente.

Nel caso in cui vi sia una *remittance* di fondi derivanti da varie fonti di reddito e di capitale, e in tutte quelle fattispecie in cui non sia possibile individuare con precisione il reddito e il capitale, trovano applicazione le *mixed funds rules*. In base a tali disposizioni, sono individuate 9 differenti categorie di reddito per ciascun anno. Il procedimento è piuttosto complesso ed esula dagli obiettivi del presente articolo: per semplicità, si considerano per primi rimessi i redditi da lavoro, successivamente in ordine i redditi di capitale, i redditi esteri assoggettati a ritenuta e infine gli altri redditi (tra cui, sono inclusi, sia i redditi di fonte inglese che i *clean capital*). La "stratificazione" fiscale originaria non cambia a seguito di una modifica della destinazione dei beni: se, ad es., i fondi in un conto sono usati per acquistare un immobile all'estero che poi viene rivenduto, in caso di *remittance* occorre ricostruire la fonte reddituale/patrimoniale del primo conto, non rilevando la natura dell'ultima operazione in ordine temporale.

[16] L'*Enterprise Investment Scheme* e il *Seed Enterprise Investment Scheme* sono delle agevolazioni fiscali, molte diffuse in UK, connesse agli investimenti in società cd. "start up"; garantiscono, *inter alia*, di maturare in capo all'investitore residente in UK un credito d'imposta pari, rispettivamente al 30% e al 50% dell'importo investito oltre a generare plusvalenze esenti.

Particolare attenzione, infine, è da prestare ai conti "cointestati" in quanto i criteri per determinare la provenienza del reddito/capitale devono essere analizzati non solo in relazione al titolare del conto, ma anche alle parti correlate.

Al fine di agevolare il percorso di ricostruzione dei fondi ai fini della *remittance*, vale la pena considerare una casistica diffusa: cittadino italiano, residente in UK e con molteplici attività imprenditoriali all'estero, e con una relazione di *private banking* presso una banca elvetica.

Dal punto di vista logico, occorre primariamente chiedersi se i fondi depositati in Svizzera siano *clean capital*. In caso affermativo, l'utilizzo, anche in UK, è totalmente libero e senza alcun effetto fiscale.

Al contrario, se i fondi non sono *clean capital* (oppure, come spesso accade, non si è in grado di determinarne con certezza tale natura), la *remittance* in UK di fondi per scopi privati è sempre da considerarsi reddito, con le regole viste in precedenza (e quindi, solo in caso di BIR, la tassazione viene congelata). Occorre verificare con attenzione quindi non soltanto da dove partono i fondi (ovvero da quale conto) ma anche come si sono formati.

Ricordiamo che se un reddito è di fonte inglese, non ha alcuna rilevanza quanto sopra detto in tema di *remittance* in quanto essendo di fonte UK, anche se depositato all'estero, è in ogni caso assoggettato a tassazione in UK e quindi liberamente disponibile: tipici casi sono ad esempio gli interessi maturati su titoli di debito emessi da un soggetto inglese, gli interessi attivi su conti correnti di banche inglesi, i dividendi distribuiti da società inglesi nonchè i redditi derivanti dalla partecipazione a società di persone inglesi (ad esempio una *limited partnership*), oltre che ovviamente i redditi di lavoro dipendente ed autonomo pagati da soggetti UK.

IV. La remittance charge

I residenti non domiciliati che intendono avvalersi del regime della *remittance* devono annualmente optare, nell'ambito della propria dichiarazione dei redditi, per tale regime, completando un apposito allegato.

Nel caso che il contribuente non intenda avvalersi per un anno del regime della *remittance*, i redditi accumulati in precedenza non possono ovviamente essere riportati automaticamente in UK senza incorrere in tassazione. Su questo ultimo punto, si consideri la seguente esemplificazione: A, residente non domiciliato in UK nell'anno 1, 2 e 3, decide di non optare per l'anno 4; ogni anno ha un reddito estero di 100 (quindi alla fine del 4 anno ha depositato averi per 400 di cui 100 sono stati assoggettati a tassazione in UK); A decide di trasferire 250 in UK convinto che sia possibile utilizzare la franchigia di 100; A dovrà pagare le imposte inglesi sull'intero importo in quanto si considerano per primi rimessi i redditi degli anni precedenti.

I residenti non domiciliati "di lungo corso" (*long term resident*) possono continuare ad avvalersi del regime della *remittance basis*, ma devono pagare annualmente la *remittance basis charge* (RBC), che si aggiunge alle imposte da corrispondere sui redditi di fonte inglese e che deve considerarsi alla stregua di un anticipo di imposte inglesi sui redditi esteri.

La misura della RBC varia a seconda di quanto la persona fisica sia stata annualmente residente in UK: GBP 30'000 se residente 7 degli ultimi 9 anni; GBP 60'000 se residente 12 degli ultimi 14. Si ricorda che i fondi trasferiti in UK per pagare la RBC non si considerano fiscalmente rimessi.

In aggiunta all'opzione in dichiarazione, occorre, per qualificarsi al fine del regime della *remittance*, "nominare" una parte di reddito estero nella propria dichiarazione fiscale, ovvero identificare una parte di reddito che verrà poi rimessa in UK. Di fatto, l'applicazione congiunta delle disposizioni in tema di *nominated income* e le *mixed income rules* comporta che non sia conveniente "nominare" un reddito significativo e pertanto, nella maggioranza dei casi, è opportuno nominare un importo minimo.

V. Il residente non domiciliato nell'ambito della pianificazione fiscale internazionale, la novità Brexit e il neo residente italiano

Il regime del *resident non domiciled* è stato ed è attualmente largamente utilizzato nell'ambito della pianificazione fiscale internazionale. Le persone fisiche che per motivi di lavoro e di famiglia decidono di insediarsi nel Regno Unito possono avvalersi di tale regime senza che questo ne pregiudichi lo *status* di residente ai fini internazionali. Occorre in particolare sottolineare che una persona, cittadina di un Paese terzo e che decide di essere residente in UK, è giocoforza non domiciliato e il regime della *remittance* è semplicemente un'opzione di cui il residente decide di avvalersi.

Gli effetti di un'eventuale (quanto mai probabile) *Brexit* sono complessi da anticipare ma, a rigore di logica, nell'ambito di tale regime, riconosciuto in UK da tempo immemorabile, non dovrebbero esserci modifiche significative. Anzi, è possibile prevedere una conferma di tale regime, che pur subendo nel corso degli ultimi anni modifiche significative soprattutto per i *long term resident*, ha mantenuto intatti i principi fondamentali. Peraltro, è opportuno segnalare che, *sic stantibus rebus*, l'inasprimento prevedibile delle leggi concernenti l'immigrazione di cittadini stranieri nel Regno Unito potrebbe limitare la platea dei possibili fruitori del regime del *resident non domiciled* inglese.

Per quanto, poi, concerne il regime del cd. "neo residente" italiano^[17], le due normative appaiono profondamente distinte. *In primis*, occorre sottolineare che mentre il regime del "res non dom" inglese è un meccanismo di sistema, il

neo-residente italiano appare come una norma agevolativa il cui obiettivo dichiarato è quello di incentivare l'insediamento di non residenti facoltosi all'interno del territorio italiano e/o di favorire il supposto rientro di "cervelli" italiani dall'estero. Nel regime inglese, la *remittance* consente di tassare definitivamente i redditi esteri, pertanto la RBC deve considerarsi una sorta di anticipo di imposte che saranno verosimilmente pagate quando il residente non domiciliato diventi, per scelta o per obbligazione, domiciliato. Nella versione italiana, al contrario, l'imposta forfettaria prescinde da qualsiasi quantificazione di redditi e di patrimonio con la conseguenza, *inter alia*, che l'imposta pagata esaurisce la sua "efficacia" tributaria nel periodo di riferimento.

Dalla differente natura, ne derivano alcune significative differenze, la cui analisi esula dagli obiettivi del presente articolo. Peraltro, ci preme sottolinearne soltanto alcune che, per rilevanza economica, ne connotano in modo distintivo l'essenza stessa.

Per il "res non dom" inglese l'utilizzo di fondi in UK è disincentivante, in quanto soggetti a tassazione secondo le aliquote domestiche marginali, sebbene come visto in precedenza vi siano norme che consentono l'investimento in UK di fondi esteri in neutralità fiscale, mentre tramite la *flat tax* il neo residente italiano sui redditi di fonte estera affranca tali redditi, consentendone la piena usufruibilità in Italia, coerentemente con l'obiettivo di attrarre investimenti esteri sul territorio.

Certamente, mentre il regime della *remittance* consente di identificare i redditi di fonte estera in modo pressoché univoco e di esimerli da tassazione sempre che non siano rimessi nel significato visto in precedenza, i criteri territoriali previsti dalla normativa italiana possono essere, in taluni casi, di difficile interpretazione ed applicazione^[18]. In merito, per quanto concerne la disciplina del neo residente, lo strumento dell'interpello all'Agenzia delle Entrate può risolvere talune fattispecie, chiarendone il trattamento tributario, ma può produrre anche effetti negativi (*in primis*, l'interpello potrebbe non avere sempre un esito favorevole al contribuente e secondariamente, metterebbe il neo residente nella condizione di fornire informazioni "sensibili" circa il proprio assetto patrimoniale e finanziario).

In un'ottica di pianificazione fiscale internazionale, il regime italiano del neo-residente parrebbe consentire una maggiore libertà di movimento di capitali e, pertanto, risulta, ad una prima analisi puramente teorica, maggiormente conveniente nei casi di contribuenti con una forte capacità contributiva nel breve termine e, allo stesso tempo, con esigenza di investire patrimoni importanti nel breve tempo e con la massima

[18] Si pensi al caso di una società *holding* estera il cui unico socio ed amministratore unico è un residente non domiciliato: l'applicazione di talune disposizioni antielusive – come la normativa in tema di "esterovestizione" e la normativa *Controlled Foreign Company* (CFC) – potrebbe compromettere l'applicazione del regime agevolativo, attraendo redditi che parrebbero *prima facie* "esteri" e considerandoli come domestici. Sulla difficoltà nella qualificazione di un reddito di fonte estera, cfr. ALESSANDRO SAINI, Regime dei neoresidenti alla ricerca dei redditi di fonte estera, Il Quotidiano del Fisco, Il Sole24Ore, 9 ottobre 2018.

[17] Sul tema della *flat tax* per neo residenti si rimanda, tra gli altri, a GIOVANNI SASSU, La tassazione forfettaria degli HNWI neo-residenti in Italia, in: NF 10/2018, p. 422 ss. e a FRANCESCO AVELLA/PAOLO ARGINELLI, New Italian Tax Regime to Attract High Net Worth Individuals, in: IBFD, Febbraio/Marzo 2017, p. 113 ss.

discrezionalità. In merito, si ricorda tuttavia che i redditi esteri non rimessi in UK non sono soggetti, per i primi 7 anni, ad alcuna tassazione.

D'altro canto, l'approccio sistematico della normativa UK ha consentito e consente tuttora una pianificazione internazionale nel lungo termine con maggiori certezze, alla luce, ad es., di una normativa sostanzialmente invariata da anni nei suoi principi essenziali ed esente da qualsiasi esigenza di "copertura" finanziaria e da eventuali contestazioni di legittimità costituzionale (in quanto come detto in precedenza, non è una norma agevolativa ma di sistema, non necessitando di nessun meccanismo di aggiustamento periodico).

Peraltro, occorre sottolineare che le ultime modifiche al regime del *resident non domiciled* UK, migliorando la logica di sistema sottesa a tale istituto, ne riducono rispetto al passato la mera convenienza fiscale. Sulla base delle osservazioni precedenti, risulta pertanto imprescindibile, soprattutto per i residenti assoggettati a RBC e per i *long term resident*, alla luce della sempre maggiore complessità della normativa, avvalersi di un'adeguata assistenza fiscale, non essendo più sufficiente il mero supporto, seppur di grande utilità, degli intermediari finanziari (quale la produzione di *income statement* e la detenzione degli *assets* in conti separati).

Infine, nell'ambito della pianificazione fiscale internazionale, occorre considerare se il *resident non domiciled* beneficia delle disposizioni convenzionali, così come il neo-residente.

Il Commentario all'art. 1 del Modello OCSE di Convenzione fiscale (M-OCSE), nel par. 26, specifica, *inter alia*, che i Paesi contraenti possono limitare l'applicazione delle disposizioni convenzionali a quei soggetti che beneficiano di un regime fiscale che esclude da tassazione i redditi di fonte estera. Rimane, pertanto, confermato che il beneficio convenzionale spetta nella misura in cui il reddito è assoggettato a tassazione nel Paese di residenza (quindi, se rimesso nel caso inglese). Il neo-residente sembrerebbe in grado di beneficiare delle disposizioni convenzionali in quanto soggetto a tassazione (sebbene in via forfetaria)^[19]. Sulla base di tale ragionamento, si potrebbe supporre che anche il *long term resident* inglese sia da includere nei soggetti beneficiari delle disposizioni convenzionali. Sarebbe interessante verificare, ad es., nel caso di un aggiornamento di una Convenzione contro le doppie imposizioni, se il Paese estero concordi con l'Italia una clausola simile a quella che limita i benefici convenzionali al *res non dom* inglese^[20].

[19] Cfr. Agenzia delle Entrate, Circolare n. 17 del 23 maggio 2017, p. 93 ss. e ALESSANDRO BAVILA, *Cayman Financial Review*, ottobre 2017.

[20] Una soluzione operativa, valida sia per il residente non domiciliato che per il neo-residente, potrebbe essere quella di concedere il beneficio convenzionale fino all'ammontare delle imposte pagate effettivamente (sia come RBC sia come *flat tax*).

Prix de transfert pour les opérations de financement intragroupe

L'importance de l'analyse de risque de crédit pour déterminer les taux d'intérêt applicables



Patrick Dejardin

Master of Advanced Studies SUPSI in Tax Law,
Senior Specialist Tax, Sunrise Communications AG,
Glattpark (ZH)

Les multinationales se financent à des taux d'intérêt qui dépendent de nombreux facteurs, en particulier de leur rating de crédit. Les financements intragroupes dépendent des mêmes critères selon le principe de pleine concurrence ("arm's length"). Le rating de crédit est en général connu pour l'ensemble du groupe, mais peut aussi être évalué pour chaque membre du groupe. La nouvelle version 2017 des principes de prix de transfert de l'OCDE intègre le principe du support implicite, objet du cas General Electric. La valeur de ce support implicite devrait être évaluée avec prudence en fonction des circonstances de chaque cas. En Suisse, la lettre-circulaire sur les taux d'intérêt fiscalement admis, et l'impôt anticipé en cas de garanties internes peuvent poser des difficultés aux groupes internationaux.

I. Financement par dette des entreprises	135
II. Taux d'intérêt du marché en fonction du rating de crédit de l'entreprise	136
III. Support implicite: General Electric Capital Canada, Inc. V. The Queen (2011)	137
A. Description du cas General Electric Capital Canada	137
B. Concept de support implicite	138
C. Position de l'OCDE et analyse du cas: le jugement de la Cour canadienne date de 2011	138
IV. Support implicite dans le cas d'un prêt intragroupe: arrêt de la Cour des Finances Fédérale allemande	139
V. Suisse	139
A. Référence au prix de pleine concurrence	139
B. Lettre-circulaire sur les taux d'intérêt fiscalement admis	139
C. Position de l'OCDE relative aux régimes de protection ("safe harbour")	140
D. Conséquences d'un écart entre le taux d'intérêt fiscalement admis en Suisse et le taux de marché	140
E. Traitement des garanties intragroupes au sens de l'impôt anticipé.....	140
VI. Conclusion	141

I. Financement par dette des entreprises

Les sociétés peuvent lever des capitaux sous forme de capitaux propres, ou par capitaux de tiers. Le taux d'intérêt qu'une société devra payer pour emprunter de l'argent, que ce soit auprès d'une banque ou par émission d'obligations, sera déterminé entre autres par les facteurs suivants^[1]:

- le risque de crédit de l'emprunteur. Il s'agit soit d'un risque de défaut, soit d'un risque de détérioration de son niveau de risque de crédit;
- la durée du prêt (plus la maturité d'un prêt est longue, plus le risque du prêteur est élevé);
- la monnaie;
- les garanties apportées par l'emprunteur (ou au contraire l'absence de garanties);
- le paiement régulier d'intérêts (par opposition au remboursement du capital et des intérêts cumulés à maturité);
- la convertibilité du prêt en capital action;
- une éventuelle convention de subordination (le prêt étant dans ce cas remboursable seulement après le remboursement de toutes les autres dettes);
- intérêts fixes ou variables;
- l'option pour l'emprunteur de rembourser la dette avant l'échéance, ou pour le prêteur d'exiger le remboursement de manière anticipée;
- le risque politique du Pays de l'emprunteur.

Un groupe multinational peut avoir un avantage en centralisant ses opérations de trésorerie en une seule unité, typiquement au siège central. Pour un groupe coté en bourse, souvent seule l'entreprise mère est connue du public, émet des actions ou obligations négociables. Les fonds obtenus doivent alors être répartis entre les différentes unités du groupe.

[1] RAFFAELE R. PETRUZZI, Transfer pricing aspects of intra-group financing, 2016, chap. 2 III 2.1.2.

Plusieurs méthodes sont envisageables: des prêts intra-groupes, un *cash pooling* qui doit en général au niveau fiscal être un prêt à court terme, ou des financements externes par certaines sociétés du groupe, éventuellement à l'aide de garanties de la part de la maison mère afin d'obtenir des taux plus favorables.

Ces garanties peuvent être une simple lettre d'intention (engagement à faire ou ne pas faire), un *keep well agreement* (déclaration de la maison mère de fournir un capital supplémentaire à une filiale), ou une garantie de crédit explicite (la seule légalement contraignante)^[2].

La question se pose donc de savoir quelle est la signification du rating de crédit et sur quelle base il doit être évalué: sur l'ensemble du groupe ou sur la société créditrice prise individuellement.

II. Taux d'intérêt du marché en fonction du rating de crédit de l'entreprise

Le but d'un rating de crédit est de fournir une évaluation de la capacité d'une entreprise de payer les intérêts promis et de rembourser le capital nominal à l'échéance.

Les méthodes de détermination du taux d'intérêt ont fait l'objet de nombreux développements par les banques et par la doctrine^[3]. Les entreprises multinationales, qui s'adressent à une large base d'investisseurs, font appel à des agences de notation mondialement reconnues telles que Standard & Poor's et Moody's.

Ces agences synthétisent sous forme d'un rating allant de AAA (Standard & Poor's) ou Aaa (Moody's) pour les sociétés ayant la meilleure capacité de crédit à C ou même D pour sociétés les plus spéculatives ayant un risque de défaut très élevé^[4].

L'élément central du rating est la valeur du capital en risque et la probabilité de défaut. La méthode d'évaluation de la perte anticipée a été définie par le Règlement (UE) n. 575/2013^[5] et est reprise également par le FASB (*Accounting Standard Update* n. 2016-13).

Taux d'intérêt = taux *swap* + PD x LGD + rémunération des coûts fonctionnels + rémunération du capital en risque

Les paramètres importants sont donc:

- ♦ *Taux Swap*: taux sans risque;
- ♦ *Probability of Default* (PD): la probabilité de défaut, c'est-à-dire que le prêt ne soit pas remboursé, que le débiteur soit en défaut de paiement;
- ♦ *Loss Given Default* (LGD): le ratio de perte en cas de défaut (le pourcentage de perte par rapport à la valeur en risque). En cas de liquidation de l'entreprise, une partie du prêt pourra en effet être récupérée.

L'outil développé par Moody's, *RiskCalc*, évalue une probabilité de défaut de paiement futur, en se basant sur une combinaison de ratios financiers et surtout sur une large base mondiale de données.

En fonction du rating de crédit obtenu et de la durée du prêt, des tables ont été établies pour les différents secteurs, par exemple les sociétés industrielles. La structure de taux et des *spreads* évolue dans le temps. Il faut donc utiliser les tables valables au moment où les prêts sont consentis (cfr. Figure 1).

Par exemple, une société ayant un rating Baa2 a un *spread* de 97 points de base pour une obligation d'une durée de 3 ans. Le taux sans risque étant négatif, on se basera sur un taux nul, le taux de marché de la société est donc 0,97%.

Si le rating de la société diminue d'un niveau à Baa3, le taux d'émission serait 0% + 135 points de base, soit 1,35%. Si cette dégradation du rating se produit après l'émission de l'obligation, le cours de celle-ci chutera d'un montant tel que la valeur actuelle nette des intérêts futurs et remboursement du capital corresponde au nouveau rendement.

Si l'exemple avait été basé sur une obligation à 10 ans émise en 2009, la diminution des taux sans risque et des *swaps* de crédit conduirait à une valeur de marché bien supérieure à celles émises récemment car de nouvelles obligations d'une même catégorie de risque et de même durée rapportent maintenant beaucoup moins.

[2] PWC, *Clarifying the rules, Sustainable transfer pricing in the financial service sector*, 2012, p. 145; PETRUZZI (note 1), chap. 2 III 3.1.

[3] ANTHONY SAUNDERS/LINDA ALLEN, *Credit Measurement, New Approaches to Value at Risk and Other Paradigms*, John Wiley and Sons, 2002, chap. 5.

[4] CLAUDIO LODERER/URS WÄLCHLI, *Handbuch der Bewertung*, Verlag Neue Zürcher Zeitung, 2010, pp. 170-181.

[5] Règlement (UE) n. 575/2013 du parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le Règlement (UE) n. 648/2012.

Figure 1: Spreads de crédit pour des entreprises industrielles (points de base, 5 mai 2017) (Source: Moody's)

MOODY'S ANALYTICS									
Chart	Credit Curves								
Filter	12/30/2016								
Exported	05/05/2017								
Maturity	Aaa	Aa1	Aa2	Aa3	A1	A2	A3	Baa1	Baa2
1	-76	-53	-42	-39	-35	-31	-25	-18	-10
2	-12	10	20	26	33	40	51	62	76
3	-7	13	24	31	40	50	63	78	97
4	9	29	39	47	57	69	85	104	126
5	14	34	44	53	65	78	96	117	143
6	21	40	50	60	72	88	107	131	160
7	30	48	58	69	82	98	119	145	177
8	30	48	58	69	83	101	123	151	186
9	32	50	59	71	86	105	128	158	195
10	34	52	61	73	89	109	134	165	204
11	34	52	60	73	90	110	136	169	211
12	34	51	60	73	90	112	139	173	217
13	34	51	59	73	90	113	141	177	222
14	34	50	59	73	91	114	143	180	227
15	33	50	58	73	91	115	145	183	232

MOODY'S ANALYTICS								
Chart	Credit Curves							
Filter	12/30/2016							
Exported	05/05/2017							
Maturity	Baa3	Ba1	Ba2	Ba3	B1	B2	B3	Caa_C
1	22	67	130	156	218	306	383	435
2	112	161	227	250	304	378	445	516
3	135	186	253	274	321	387	448	530
4	166	218	286	305	346	406	463	553
5	184	237	305	322	359	414	467	564
6	202	255	323	339	372	422	473	575
7	220	274	341	355	386	432	481	587
8	229	283	350	363	391	434	480	591
9	239	293	360	371	396	437	481	595
10	248	303	369	380	402	440	483	600
11	255	309	375	385	405	441	483	601
12	261	315	381	389	408	441	482	603
13	267	320	386	393	410	442	481	604
14	272	325	390	397	412	442	481	605
15	276	330	394	401	414	442	480	606

III. Support implicite: General Electric Capital Canada, Inc. V. The Queen (2011)

A. Description du cas General Electric Capital Canada

L'arrêt de la Cour d'appel porte sur la déductibilité d'une commission de garantie de 1% payée par la société General Electric Capital Canada Inc. (GECCI) pour les années fiscales 1996 à 2000, et par la société General Electric Funding Company (Funding) pour les années 1998 à 2006, à leur société mère General Electric Capital Corporation aux États Unis (USA) (GECUS).

GECUS avait émis une garantie financière explicite afin d'améliorer le risque de crédit de ses filiales canadiennes, et

par conséquent leur permettre d'emprunter à des tiers à un taux d'intérêt plus favorable.

Le Tribunal de première instance avait rejeté le recours de General Electric sur base du fait que GECCI et Funding auraient obtenu des prêts dans les mêmes conditions sans la garantie explicite de GECUS, car ces deux sociétés bénéficiaient de toute façon du support implicite de GECUS. La mère n'aurait pas laissé ses deux filiales faire banqueroute.

La maison mère GECUS avait un rating de crédit AAA et la garantie explicite permettait aux filiales GECCI et Funding d'emprunter à un taux d'intérêt correspondant au rating AAA.

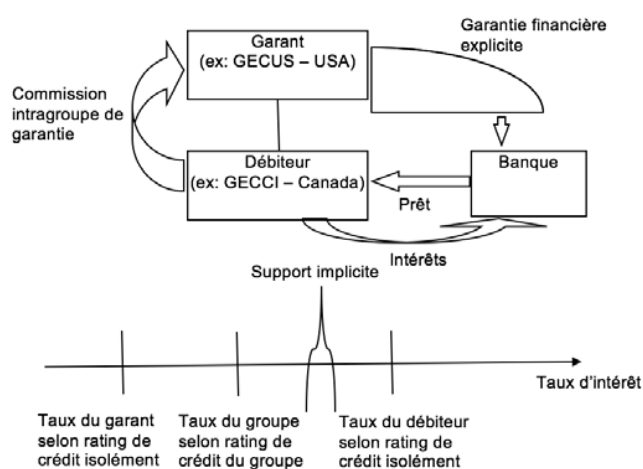
La cour fiscale détermina que GECCI avec un support implicite mais sans garantie explicite aurait été au maximum BBB-/BB+[6].

Suite à un recours, la Cour d'appel a présenté dans l'annexe B les faits suivants:

- GECUS a facturé des commissions de garantie à GECCI pour des raisons fiscales aux USA;
- aucun tiers en situation de pleine concurrence n'aurait concédé de garantie bancaire quel qu'en soit le prix, compte tenu du manque de capitalisation et du risque encouru;
- aucun tiers en situation de pleine concurrence n'aurait concédé de garantie sans un accord limitant unilatéralement la capacité de la mère de dicter la capitalisation de la filiale.

B. Concept de support implicite

Figure 2: Le concept de support implicite[7]



Le support implicite est basé sur l'hypothèse que la maison mère d'un groupe interviendra en cas de difficulté financière d'une filiale et lui apportera les fonds nécessaires à honorer ses dettes[8]. La question se pose de savoir si une institution indépendante prendrait en compte le support implicite quand elle doit évaluer le risque de crédit de l'emprunteur. En particulier, les agences de notation ont émis différentes remarques.

Moody's, pour le secteur non bancaire, considère la capacité du parent de supporter la filiale, et tient compte d'une éventuelle corrélation entre de futures difficultés financières de la filiale et de la société mère. Cette corrélation peut être due au fait d'opérer dans le même secteur et sur des mêmes marchés. Moody's considère aussi la volonté de la société mère de supporter la filiale, par exemple pour des questions de réputation, de stratégie, d'intégration opérationnelle. Moody's s'est basé sur une étude quantitative de défaut simultané. Ils considèrent une amélioration du rating de crédit de la filiale qui va de 1 à 2 points à beaucoup plus si la société mère est

financièrement forte et que la filiale est intégrée financièrement, stratégiquement, et opérationnellement.

Standard & Poor's tient également compte du pourcentage de participation et de la présence d'autres actionnaires, de l'importance de l'investissement de la mère dans la filiale, du ratio entre cet investissement et des dettes de tiers, d'avoir le même nom, d'éventuelles données historiques de la société mère dans des circonstances similaires[9].

C. Position de l'OCDE et analyse du cas: le jugement de la Cour canadienne date de 2011

Le concept de support implicite a depuis été intégré en 2015 dans le rapport du BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) n. 8-10, puis dans les principes de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales dans la version de juillet 2017[10]. Bien que le cas General Electric Capital concerne les commissions de garantie, il y a un lien avec les taux d'intérêts pour des prêts intragroupes, comme le montre deux exemples cités dans les principes OCDE TP 2017[11].

Les avantages accessoires qu'une entreprise obtient du fait de faire partie d'un groupe plus vaste et non de l'exercice d'une activité spécifique, par exemple un meilleur rating de crédit, ne constituent pas une prestation de service intragroupe[12].

Dans le premier exemple, la société mère P d'un groupe multinational a une notation financière AAA, et sa filiale S aurait une notation Baa si elle était considérée isolément. Du fait de l'appartenance de S au groupe P, des grands prêteurs indépendants sont disposés à lui octroyer des prêts d'un certain montant au taux correspondant à la notation financière A. Un prêt intragroupe de P à S au même taux relatif à la notation A est considéré de pleine concurrence et aucun paiement ou ajustement n'est dû par S pour l'avantage synergique de cette meilleure capacité d'emprunt. Il n'y a aucune action délibérée et concertée des membres du groupe multinational.

Dans le deuxième exemple, la société P accepte de garantir l'emprunt de la société S, ce qui lui permet d'emprunter les fonds au taux des emprunteurs notés AAA. Dans ce cas, S est tenu de payer une commission de garantie à P pour la différence de taux entre les notations A et AAA.

L'économie de taux d'intérêt de la filiale GECCI grâce au rating de crédit AAA de GECUS était de 183 points de base, soit 1,83%. La commission de garantie doit donc être inférieure, sans quoi la filiale paierait à la mère toute l'économie

[6] FRANÇOIS BARETTE/KATHLEEN HANLY/KEVIN YIP, *Crown loses GE Capital Canada Transfer Pricing Appeal*, Fasken Martineau, 2010.
 [7] Inspiré de PETRUZZI (note 1), figure 2.4, p. 131 et figure 2.3, p. 121.
 [8] PAUL WILMSHURST, *Dealing with implicit support in relation to intra-group debt*, Charles River Associates, 2012, p. 1.

[9] WILMSHURST (note 8) pp. 4-5.
 [10] OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017 (cit. Principes OCDE TP 2017).
 [11] OCDE, *Aligner les prix de transfert sur la création de valeur*, Action 8-10: *Rapports finaux 2015*, § 1.164-1.167 et *Principes OCDE TP 2017* (note 10), § 1.164-1.167.
 [12] *Principes OCDE TP 2017* (note 10), § 1.158 (dans la version de 2010: § 7.13).

d'intérêt. Une commission de 1% avait donc été jugée comme raisonnable par le Tribunal de première instance en 2009[13].

IV. Support implicite dans le cas d'un prêt intragroupe: arrêt de la Cour des Finances Fédérale allemande

Voici un cas de jurisprudence où la société mère n'est pas intervenue pour un prêt intragroupe. Un prêt intragroupe sans garantie explicite peut-être conforme au principe de pleine concurrence.

La Cour des Finances Fédérale allemande a émis le 24 juin 2015 le jugement BFH I R 29/14 sur un différend relatif à l'année 2002 entre une société débitrice résidente en Allemagne et l'autorité fiscale de Düsseldorf[14].

Le débiteur, une société à responsabilité limitée (GmbH), résidente en Allemagne, détenue par une société mère canadienne, avait consenti un prêt à un taux de 5% et sans garantie explicite à une filiale au Royaume-Uni. La filiale anglaise avait été fondée en 2000 avec un capital social de £ 50'000. Suite à de mauvaises affaires, cette filiale anglaise a fait faillite le 31 octobre 2002. Le débiteur allemand procéda à un amortissement extraordinaire de la valeur du prêt, soit € 717'700.

L'autorité fiscale considéra le prêt comme équivalent à un apport en capital, et refusa la déduction pour cet amortissement extraordinaire[15]. L'autorité fiscale considéra aussi que la déduction d'une correction de valeur du prêt n'est pas conforme à l'art. 1 de la Loi sur la taxation des transactions étrangères (Aussensteuergesetz; AStG).

La Cour des Finances Fédérale a considéré que les conditions d'application de l'art. 1 AStG doivent être vues à la lumière de l'art. 4 de la Convention contre les doubles impositions entre l'Allemagne et le Royaume-Uni, qui est similaire à l'art. 9 de la Convention modèle de l'OCDE. Un taux d'intérêt non conforme au principe de pleine concurrence pourrait donner lieu à un ajustement du bénéfice. La Cour jugea le montant du prêt et sa rémunération comme conforme aux principes de pleine concurrence (ils n'avaient pas été contestés par l'autorité fiscale), et que l'absence de garantie explicite dans des rapports intragroupes ne constitue pas une situation anormale.

V. Suisse

A. Référence au prix de pleine concurrence

Un écart par rapport aux prix de pleine concurrence peut être repris fiscalement sur base de l'art. 58 de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 642.11) et de l'art. 24 de la Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des Cantons

[13] JACOB MATSSON, *Implicit support within infra-group financing, a comparative study of the transfer pricing treatment in Sweden, Canada and the United-Kingdom*, Master thesis, Jönköping International Business School, 2010, § 5.3.2.3.

[14] BFH I R 29/14 du 24 juin 2015. Une analyse du cas est proposée par MARTIN WEISS, *The Impact of Article 9 of the OECD Model on German taxation*, in: *European Taxation*, 2016, § 2.2.4.

[15] Les dividendes et plus-values sur participation ne sont pas imposables, les corrections de valeur ne sont pas déductibles, conformément à l'art. 8b de la Loi sur l'impôt des sociétés (Körperschaftsteuergesetz).

et des Communes (LHID; RS 642.14). Ces articles permettent de reprendre tous les prélèvements sur le compte de résultat qui ne servent pas à couvrir des dépenses justifiées par l'usage commercial. Même s'ils traitent spécifiquement des dépenses, et donc de coûts trop élevés, dans la pratique, et selon les circulaires, les revenus trop faibles font également l'objet de reprises fiscales.

Il n'y a pour l'instant pas de législation spécifique relative aux prix de transfert et aux méthodes permettant de les déterminer[16]. Les principes de prix de transfert de l'OCDE sont cependant en général admis.

B. Lettre-circulaire sur les taux d'intérêt fiscalement admis

L'Administration fédérale des contributions (AFC) publie chaque année deux lettres circulaires sur les taux d'intérêt fiscalement admis sur les avances et les prêts, en francs suisses et en monnaies étrangères. Ces taux sont admis par l'autorité fiscale sans nécessité pour le contribuable de les justifier ("*régime de protection*" ou "*safe harbour*") [17].

La société doit recevoir un taux minimum sur les prêts aux actionnaires et aux associés (personnes physiques ou sociétés), et ne peut payer qu'un taux maximum aux prêts des actionnaires et associés.

Cette lettre-circulaire vise essentiellement les prestations appréciables en argent au sens de la Loi fédérale sur l'impôt anticipé (LIA; RS 642.21), et les distributions dissimulées de bénéfice au sens de l'art. 58 al. 1 let. b LIFD. Selon l'art. 20 al. 1 de l'Ordonnance sur l'impôt anticipé (OIA; RS 642.211), toute prestation appréciable en argent faite par une société aux possesseurs de droits de participation est considérée comme un rendement imposable d'action.

Dans le cas d'un prêt entre sociétés liées, la lettre circulaire doit donc être appliquée soit dans le chef du débiteur, soit dans celui du bénéficiaire, selon la situation qui pourrait configurer une prestation appréciable en argent.

C'est le cas de la société mère, lorsqu'elle charge un taux d'intérêt trop élevé à une société fille, ou de la société fille, si elle accorde un prêt non rémunéré ou insuffisamment rémunéré à sa société mère. L'impôt anticipé de 35% est dû sur les revenus d'actions (art. 4 al. 1 let. b LIA).

Les taux minimums applicables aux prêts aux actionnaires et associés dépend du fait que le prêt soit financé au moyen de fonds propres (taux applicable en 2017: 0,25%) ou au moyen de capitaux étrangers, ce qui est le cas dès que la société débitrice paie des charges d'intérêts (taux applicable en 2017: charges propres + 0,25% ou 0,5% selon que les montants du prêt soient supérieurs ou inférieurs à 10 millions de francs suisses).

[16] PwC, *Navigating the complexity, findings from the financial transactions transfer pricing global survey*, 2013, Switzerland, p. 261; cfr. OCDE, *Country Profiles Switzerland*, 2012.

[17] AFC, *lettre-circulaire 2-149-DV-2017-f* du 13 février 2017 et *lettre-circulaire 2-150-DV-2017-f* du 14 février 2017.

Dans le cas de prêts ou avances en monnaies étrangères, si le taux minimum prêteur en monnaie étrangère est inférieur au taux admis en francs suisses, c'est ce taux en francs suisses qui s'applique. Si la société suisse débitrice paie elle-même des intérêts sur des capitaux étrangers, les taux applicables sont les charges propres augmentées d'une marge de 0,5%.

A titre d'exemple, pour un prêt en euros d'une société suisse à une filiale en France ou en Allemagne, le taux minimum applicable en 2017 est de 1%. Si la société suisse se finance à un taux de 2%, le taux minimum applicable est de 2,5% et non pas 1%.

La lettre-circulaire précise que la justification de taux de marché supérieur reste réservée.

Les avances et prêts en monnaies étrangères génèrent un risque de change, qui peut être mitigé par un contrat de couverture ("*hedging*"). Ces frais ne sont pas explicitement pris en considération par la lettre-circulaire en monnaie étrangère.

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt de 2013 (n. 2C_291/2013), a précisé que les fonds mis à disposition des actionnaires et associés pourraient être utilisés pour rembourser les capitaux de tiers empruntés, et qu'il n'est pas permis de réduire le taux d'intérêt proportionnellement au taux d'endettement de la société. Pour appliquer un taux inférieur à celui de la lettre-circulaire, en se basant sur un taux de pleine concurrence, le contribuable doit démontrer soit qu'il aurait accordé aux mêmes conditions un prêt à un tiers se trouvant dans une situation économique comparable, soit prouver qu'il ne pouvait amortir son emprunt sur base de clauses contractuelles, ou que cela générerait le paiement d'une pénalité supérieure à l'intérêt reçu. Il y a en tout état de cause inversion de la charge de la preuve.

C. Position de l'OCDE relative aux régimes de protection ("safe harbour")

L'OCDE d'une manière générale ne recommande pas l'usage de régimes de protection^[18], notamment car ils permettent des opportunités de planification fiscale indue, ou au contraire peuvent être incompatibles avec le principe de pleine concurrence en vigueur dans d'autres Pays. Ils ont par contre l'avantage d'éviter au contribuable et à l'administration fiscale la lourde charge de rechercher et justifier des prix de transfert comparables de pleine concurrence, et de donner une certitude de conformité au contribuable. Il s'agit donc d'un compromis entre le respect du principe de pleine concurrence et la facilité d'administration du régime. Ceci peut être particulièrement intéressant pour de petits contribuables ou pour des transactions comportant de faibles risques. Ces régimes peuvent prévoir le droit du contribuable de démontrer des prix de transfert différents et conformes au principe de pleine concurrence.

L'OCDE considère comme essentiel que la charge de la preuve pour le contribuable ne soit pas plus lourde qu'en l'absence d'un tel régime. Les Etats peuvent aussi être réticents au

fait que les contribuables puissent opter ou non au régime de protection en fonction des avantages que leur procure le régime. Dans un contexte international, la charge de la preuve que s'est épargné le Pays accordant le régime de protection se trouve reporté sur les autres Pays.

D. Conséquences d'un écart entre le taux d'intérêt fiscalement admis en Suisse et le taux de marché

Les taux publiés par l'AFC peuvent entrer en conflit avec les règles applicables dans d'autres Pays. Ils ont une validité pour l'année civile durant laquelle ils sont publiés, ce qui peut être problématique pour des prêts sur plusieurs années. Les contrats intragroupes devraient donc contenir une clause d'adaptation des taux, non pas en fonction de taux de marché, mais en fonction des taux publiés par l'AFC. Ceci constituerait une condition contractuelle atypique. Les taux publiés par l'AFC sont calculés en début d'année sur base de taux historiques et peuvent s'écarter des taux de marché effectifs en cours d'année^[19].

La possibilité de faire valoir des taux d'intérêt de pleine concurrence pour les prêts aux actionnaires et associés, et qui s'écarterent des taux publiés par l'AFC est possible, mais ils sont concrètement très difficiles à faire valoir.

E. Traitement des garanties intragroupes au sens de l'impôt anticipé

L'assujettissement de prêts intragroupes à l'impôt anticipé a été considérablement assoupli en 2011, par l'introduction de l'art. 14a OIA et par la nouvelle Circulaire AFC n. 34 relative aux avoirs de clients. Ceci a permis aux sociétés multinationales d'établir en Suisse leurs opérations de *cash pooling*^[20]. Les prêts et les avoirs entre sociétés d'un même groupe ne sont plus soumis à l'impôt anticipé si les comptes annuels sont intégralement ou partiellement consolidés.

Le privilège d'exemption de l'impôt anticipé perd sa validité si une société suisse du groupe garantit une obligation d'une société étrangère appartenant au même groupe (art. 14a al. 3 OIA). L'AFC veut en effet éviter que des contribuables se financent à l'étranger et transfèrent ensuite les fonds en Suisse en évitant l'impôt anticipé^[21]. Les prêts concernés doivent être remboursés avant l'émission de la garantie intragroupe. Si ce principe de date butoir n'est pas respecté, l'obligation étrangère sera soumise à l'impôt anticipé durant toute sa durée, même si le prêt intragroupe est remboursé entretemps^[22].

L'art. 14a de l'OIA a été assoupli ultérieurement le 1^{er} avril 2017 et permet des prêts entre la société suisse et la société liée

[19] NANCY STURZENEGGER/NICOLAS BONVIN, Financement intragroupe impliquant des sociétés en Suisse, in: EF 8/2015, pp. 626-630.

[20] COSTANTE GHIEMMETTI/ROBERTO PIZZINO, *Averi di clienti e cash pooling*, in: NF 12/2011, pp. 10-13.

[21] STEFAN OESTERHELT, *Verrechnungssteuer und Emissionsabgabe bei Konzernfinanzierung*, in: ST 9/2011, pp. 756-762, § 7, pp. 758-760.

[22] STEFAN OESTERHELT, *Erleichterung bei der Konzernfinanzierung: Neufassung von Art. 14a VStV*, in: EF 9/2017, pp. 622-628.

[18] Principes OCDE TP 2017 (note 10), chap. IV E. § 4.95 à 4.133.

étrangère jusqu'au montant des capitaux propres de cette dernière. Un paiement de dividende par contre de la filiale étrangère à la société mère suisse n'est pas considéré comme dangereux.

En cas d'emprunt contracté localement par une filiale étrangère et garanti par une société suisse, il est donc très important de garder à l'œil les règles d'exemption de l'impôt anticipé.

VI. Conclusion

Selon les principes de prix de transfert de l'OCDE, les taux d'intérêt intragroupes sont avant tout déterminés par le risque de crédit encouru par la société prêteuse, et concrétisés par un rating de crédit.

Ces risques de crédit peuvent être évalués sur base du débiteur pris individuellement, ou du groupe dans son ensemble, selon le principe de support implicite. Ces deux ratings définissent donc la fourchette dans laquelle le taux d'intérêt intragroupe doit être défini.

L'OCDE exige des grands groupes une transparence accrue, par exemple avec le rapport Pays par Pays selon le plan d'action 13 du BEPS, et de mettre à leur disposition une documentation détaillée justifiant leurs prix de transfert. Ceci aura entre autres les deux grandes catégories de conséquences suivantes.

D'une part, l'évaluation de risque de crédit pour chaque entité d'un groupe est un travail qui demande des ressources importantes, tant financièrement qu'en temps requis aux dirigeants de groupes multinationaux. Pour les autorités fiscales aussi, cette évaluation de rating est un travail complexe.

D'autre part, les travaux de l'OCDE ne sont pas appliqués de la même manière ni instantanément par les différents Etats, ce qui crée une complexité accrue pour les multinationales.

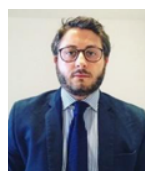
Operazioni inesistenti ed onere della prova

Operazioni oggettivamente e soggettivamente inesistenti, onere della prova e fatturazione elettronica quale nuovo strumento antiabuso



Andrea Purpura

Cultore della Materia in Diritto tributario, Ph.D. Student in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche presso l'Università degli studi di Enna, Praticante Avvocato in Palermo



Antonino Amodeo

Dottore Commercialista, Studio Areazienda S.r.l., Studi Professionali riuniti in Palermo

Recente giurisprudenza sia di legittimità che di merito sembrano aver fatto proprio un importante (e criticabile) principio concernente il rapporto intercorrente tra Amministrazione finanziaria e contribuente, sia quest'ultimo una persona fisica o giuridica. Infatti, non può non far riflettere il principio di diritto de qua in ragione del quale, al fine di procedere a detrazione dell'IVA e/o alla deduzione dei relativi costi, spetti al contribuente fornire la prova dell'effettiva esistenza delle operazioni contestate dall'Ufficio e da questo ritenute inesistenti.

I. Introduzione: operazioni soggettivamente ed oggettivamente inesistenti	142
II. Le implicazioni sull'onere della prova	143
III. La fatturazione elettronica e l'onere della prova in materia di operazioni oggettivamente e/o soggettivamente inesistenti	144
IV. Conclusioni	144

I. Introduzione: operazioni soggettivamente ed oggettivamente inesistenti

Al fine di inquadrare in tutti i suoi aspetti il tema che forma oggetto di disamina, occorre, seppur brevemente, delineare sotto un profilo squisitamente sistematico-informativo le caratteristiche essenziali riconducibili alle operazioni alle quali si farà riferimento immediatamente di seguito.

Parlare di "operazioni soggettivamente inesistenti" significa fare riferimento a tutti quei casi in cui l'operazione economica^[1] sia stata effettivamente realizzata, ma il fornitore menzionato in fattura non corrisponda a quello che sia stato realmente coinvolto nello svolgimento dell'operazione. Con riferimento a dette operazioni, la detrazione trova giustificazione in ragione del meccanismo strutturale dell'imposta

[1] Operazione concretizzantesi nell'erogazione di un dato servizio e/o nella cessione di un bene ovvero una data quantità di questo.

stessa, stante l'impossibilità in capo al cliente/cessionario di conoscere il comportamento fraudolento del cedente.

In questa prospettiva, atteso che l'inesistenza eventuale dipenda dal reale coinvolgimento in sede di esecuzione dell'operazione d'un dato soggetto in luogo d'un altro, nel caso in cui s'appuri l'imputabilità dell'operazione a soggetto diverso da quello riportato in fattura ed essendo stata l'operazione realmente effettuata, ben si comprenderà il carattere prettamente soggettivo dell'inesistenza.

Devono inquadrarsi diversamente, invece, le cd. "operazioni oggettivamente inesistenti".

Riteniamo sia da accogliere l'impostazione per la quale possano inserirsi nella categoria delle operazioni inesistenti sotto un profilo oggettivo anzitutto quelle operazioni giuridicamente non concretizzatesi e tramite cui le parti abbiano inteso stipulare un contratto diverso da quello apparente^[2], trattandosi di ipotesi in cui viene fatturata un'operazione e ne viene, per *facta concludentia*, effettuata un'altra^[3].

Si avrà, dunque, falsità soggettiva, in tutte quelle ipotesi in cui le operazioni "dichiarate" sono effettuate da soggetti diversi rispetto a quelli che hanno emesso il relativo documento fiscale^[4].

L'inesistenza oggettiva può dirsi, altresì, assoluta laddove all'emissione della fattura non corrisponda la concreta realizzazione d'operazione alcuna che giustifichi l'emissione della fattura stessa, venendosi a creare una divergenza totale tra realtà e rappresentazione documentale^[5].

[2] In detta eventualità, si integrerebbero gli estremi della cd. "simulazione relativa" ex art. 1414, secondo comma, del codice civile (c.c.).

[3] ALBERTO ALFREDO FERRARIO, Operazioni inesistenti ed onere della prova. Recenti sviluppi, in: L'IVA, n. 1/2013, p. 27.

[4] MASSIMO CONIGLIARO, Fatture per operazioni soggettivamente inesistenti, in: Il Sole24Ore, Frodi IVA/2, n. 7/8, luglio-agosto 2012.

[5] CONIGLIARO (nota 4).

Ebbene, la distinzione concettuale appena formulata sortisce effetti diversi in relazione alla detraibilità dell'imposta sul valore aggiunto (IVA).

Più precisamente, per quanto riguarda le operazioni soggettivamente inesistenti, è stata più volte ribadita la detraibilità dal reddito d'impresa di costi inerenti a fatture per le operazioni summenzionate, limitatamente ai casi in cui in relazione a detti costi possano trovare applicazione i principi di effettività, inerenza, competenza, certezza e determinatezza[6], sicché, in detta eventualità, pur essendo l'acquirente dei beni consapevole del carattere fraudolento delle operazioni e non essendo i relativi costi direttamente utilizzati per il compimento di reati, gli stessi dovranno ritenersi deducibili come componenti negativi di reddito[7].

Con riferimento alle operazioni oggettivamente inesistenti, invece, vale il principio per il quale in tema di detraibilità dell'IVA, una volta assolta da parte dell'Amministrazione finanziaria la prova dell'oggettiva inesistenza delle presunte attività sostenute, spetti al contribuente provare l'effettiva esistenza delle operazioni contestate ai fini della detraibilità dell'IVA, a nulla rilevando che quest'ultima sia stata effettivamente pagata a fronte di un'operazione mai concretizzata[8].

Ebbene, il conseguimento di operazioni soggettive o oggettive in frode all'IVA ripercuote, dunque, i suoi effetti in tema di neutralità e conseguente detrazione dell'imposta, come anche di deducibilità del costo.

Alla luce di quanto detto, appare evidente che il legislatore abbia inteso porre un argine ad eventuali comportamenti fraudolenti a monte, mediante l'introduzione dell'art. 21, comma 7 del Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) n. 633/1972, in tema di fatturazione, prevedendo l'obbligo in capo al soggetto passivo IVA chiamato alla emissione della fattura sottesa a operazioni economiche non veritiere il versamento dell'imposta, così come risultante dal documento fiscale trasmesso al cliente/cessionario.

II. Le implicazioni sull'onere della prova

Doverosamente, e quanto più brevemente, delineati gli elementi essenziali caratterizzanti operazioni oggettivamente e soggettivamente inesistenti, occorre ora fare un passo in avanti in relazione al tema che forma oggetto di studio. Infatti, la distinzione tra inesistenza oggettiva e soggettiva non costituisce una sterile attività di mera classificazione, di contro accompagnandosi a questa una diversa ripartizione dell'onere probatorio processuale tra Amministrazione finanziaria e contribuente.

[6] Per un'approfondita disamina si guardi ALBERTO COMELLI, Inerenza ai fini dell'IVA e onere della prova, in: GT – Rivista di Giurisprudenza Tributaria, n. 7/2000, p. 584.

[7] In tal senso si era già espressa la Suprema Corte di Cassazione, Quinta Sezione, del 15 ottobre 2013, con la sentenza n. 23314.

[8] Cfr. Ordinanza della Corte di Cassazione, Quinta Sezione, del 5 luglio 2018, n. 17619.

Orbene, sovente è stata la medesima Suprema Corte a delineare il *discrimen* tra onere della prova proprio delle operazioni oggettivamente inesistenti e soggettivamente inesistenti[9]. Più precisamente, richiamando testualmente giurisprudenza maturata in seno alla corte di legittimità[10], deve dirsi che nel caso in cui il contribuente si veda contestata dall'Amministrazione finanziaria l'indebita detrazione di fatture[11] perché relative ad operazioni inesistenti, spetterà all'Ufficio fornire la prova che l'operazione commerciale che forma oggetto della fattura non è mai stata posta in essere, ovvero non realizzata tra i soggetti indicati nella fattura, delineando altresì gli elementi, di tipo anche indiziario[12], sui quali si fonda la contestazione anche in merito alla conoscenza ovvero alla conoscibilità della fittizietà delle operazioni da parte del cessionario/committente che richiede la detrazione.

Sarà, invece, onere del contribuente dimostrare la fonte legittima della detrazione o del costo altrimenti indeducibili e la sua mancanza di consapevolezza di partecipare ad un'operazione fraudolenta, non essendo sufficiente, a tal fine, la regolarità formale delle scritture o le evidenze contabili dei pagamenti, in quanto si tratta di dati e circostanze facilmente falsificabili[13].

L'impostazione riportata può apparire, in linea di principio, corretta. Ciononostante, non possono non destare perplessità due asserzioni formulate dai Giudici all'interno della pronuncia soprarichiamata.

In primo luogo, sembra eccessivo, a parere di chi scrive, riconoscere in capo all'Amministrazione finanziaria la legittimazione a contestare l'esistenza dell'operazione posta in essere dal contribuente ricorrendo a semplici elementi di tipo indiziario e presuntivo, quali, ad es., l'inadeguatezza delle strutture ai fini dell'esecuzione della prestazione oltreché la mancanza del personale.

Infatti, come evidenziato in tempi recenti da altra dottrina, deve necessariamente rammentarsi che, nella vita economica ed imprenditoriale propria della quotidianità, il contribuente è generalmente in possesso della sola documentazione contabile inerente all'operazione conclusa, pacificamente ritenuta insufficiente come elemento di prova, sicché è spesso difficile

[9] Cfr. Sentenza della Corte di Cassazione, Quinta Sezione, del 28 febbraio 2017, n. 5173 del 2017 con cui i Giudici di legittimità si sono pronunciati in merito ad un'ipotesi di cd. "frode carosello", posta in essere da società impiegate nell'attività di *import/export* di veicoli usati, avvenuta attraverso diversi e ingiustificati passaggi di beni, che venivano ceduti da una società residente in Belgio ad una s.r.l. con sede nella provincia di Foggia, per il tramite di una società/cartiera della Provincia di Mantova.

[10] Così, Sentenza della Corte di Cassazione, Quinta Sezione, del 23 novembre 2015, n. 5406.

[11] Nell caso di specie esaminato dalla Suprema Corte, le fatture erano relative all'IVA ed all'imposta sul reddito delle società (IRES).

[12] Come confermato dalla CGUE con sentenza del 21 giugno 2012, C-80/11, oltreché con sentenza del 6 dicembre 2012, C-285/11.

[13] In tal senso, rilevano gli stessi giudici, si era già pronunciata la Corte con sentenza, Quinta Sezione, n. 28683 Cass. sent. n. 428/2015, n. 28683/2015, n. 12802/2011.

richiedere al contribuente la prova di elementi che, sovente, vadano al di là delle proprie[14].

Ed ancora, in questa prospettiva l'operato dei Giudici di legittimità non sembra conformarsi alla linea adottata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE), la quale non ammette presunzioni semplici ai fini della dimostrazione della collusione tra agenti economici, né – ed è quel che più rileva ai fini del tema che forma oggetto di studio – all'inversione dell'onere probatorio, e ciò in conformità con il fondamentale principio di certezza ed affidamento dei rapporti economici, regola generale cui anche il nostro ordinamento giuridico è, o quantomeno dovrebbe essere, informato[15].

III. La fatturazione elettronica e l'onere della prova in materia di operazioni oggettivamente e/o soggettivamente inesistenti

Il tema che ha fin qui formato oggetto di trattazione consente di formulare ulteriori considerazioni in merito ad una recente iniziativa posta in essere dal legislatore italiano, il quale, con la Legge di Bilancio del 2018[16] ha previsto che, a far data dal 1° gennaio 2019, è diventata obbligatoria l'emissione e la conseguente ricezione, da parte dell'Amministrazione finanziaria, di fatture in formato elettronico, sia nelle operazioni *Business to Business* (B2B), come anche in quelle *Business to Consumer* (B2C).

Occorre chiedersi quale possa essere la correlazione intercorrente tra fatturazione elettronica ed onere probatorio relativo alla dimostrazione dell'esistenza, o meno, sotto un profilo oggettivo/soggettivo, delle operazioni poste in essere dai contribuenti.

Ebbene, la fatturazione elettronica risponde, tra le altre esigenze, ad una chiara necessità di certezza e stabilità dei rapporti giuridici tra Erario e contribuente, sia quest'ultimo persona fisica o giuridica. Infatti, come ben si comprenderà, prevedere legislativamente il dovere di inoltrare all'Ufficio fatture in formato elettronico conferisce a quest'ultimo la possibilità di verificare in modo immediato e diretto la compatibilità tra le documentazioni rese dal contribuente e, latamente, la veridicità delle dichiarazioni rese.

In questa prospettiva, l'Agenzia delle Entrate aveva emanato un provvedimento indicando le modalità di predisposizione, creazione, invio, ricezione e conservazione delle fatture in formato XML per tutti gli operatori economici interessati dal cambiamento[17].

[14] Per un'approfondita disamina sul punto, cfr. LUCA PIEMONTESE, *Prova della buona fede nelle frodi IVA fondate su operazioni soggettivamente inesistenti*, in: *Corriere Tributario*, n. 38/2018, p. 2927.

[15] PIEMONTESE (nota 14), p. 2931.

[16] Legge n. 205 del 27 dicembre 2017.

[17] Cfr. Provvedimento n. 89757 del 30 aprile 2018 recante Regole tecniche per l'emissione e la ricezione delle fatture elettroniche per le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate tra soggetti residenti, stabiliti o identificati nel territorio dello Stato e per le relative variazioni, utilizzando il Sistema di Interscambio, nonché per la trasmissione telematica dei dati delle operazioni di cessione di beni e prestazioni di servizi transfrontaliere e per l'attuazione delle

Non dilungandoci in merito agli aspetti più tecnici della materia, basti ricordare che la trasmissione e, ancora, la conservazione delle fatture digitali avverrà mediante il Sistema di Interscambio (SdI), il quale effettuerà una prima verifica formale, subito dopo l'emissione della fattura telematica, concernente gli elementi essenziali del documento fiscale[18], nonché la regolarità dell'indirizzo telematico al quale il cliente desidera che venga recapitata la fattura, cioè il codice destinatario o l'indirizzo di posta elettronica certificata. In un quadro così delineato, il processo di controllo automatizzato, l'individuazione analitica di clienti e fornitori, l'immodificabilità nel tempo della fattura mediante la conservazione nel portale dell'Agenzia delle Entrate ovvero in quelli di *software house* abilitate e ancora i termini di trasmissione che a regime, cioè dal 1° luglio 2019, rappresentano le principali novità apportate da questo nuovo meccanismo di fatturazione, mostrandosi, a parere di chi scrive, come un nuovo tentativo attraverso cui fornire maggiore trasparenza, certezza ed equilibrio nei rapporti tra contribuente ed Amministrazione finanziaria, ma in quanto tale non esente da utilizzo distorto[19].

Ciò posto, appare corretto affermare che la trasmissione in via elettronica delle fatture sembrerebbe inserirsi in un nuovo modo di contrasto alle frodi IVA, da effettuare mediante controlli incrociati da parte dell'Amministrazione finanziaria, la quale sarà dunque chiamata ad operare un controllo fondato sulla documentazione inviata direttamente dal contribuente[20].

Ne consegue che, in un quadro siffatto, l'onere probatorio ricadente sui soggetti coinvolti in sede di giudizio tributario, pare essere già parzialmente assorbito nella fase di trasmissione elettronica della fattura. Infatti, l'Ufficio, pur potendo valutare la veridicità delle fatture soltanto muovendo dalla documentazione resa dal contribuente, potrà certamente rivalersi più facilmente su quest'ultimo laddove si appurasse, in un momento successivo, la non veridicità della documentazione resa. Ciò perché, posta la presunzione per la quale debba attribuirsi al contribuente la conoscenza della rispondenza al vero, o meno, delle fatture presentate, l'Autorità giudicante eventualmente adita sarà più propensa ad accogliere le ragioni dell'Ufficio nel caso in cui la fattura inviata contenga dati resi scientemente non veritieri.

IV. Conclusioni

Il tema esaminato, pur essendo preso in considerazione dalla giurisprudenza di legittimità in termini e modalità non

ulteriori disposizioni di cui all'articolo 1, commi 6, 6-bis e 6-ter del Decreto Legislativo (D.Lgs.) n. 127/2015.

[18] Cfr. artt. 21 e 21-bis D.P.R. n. 633/1972.

[19] Si pensi, ad es., al caso in cui l'operazione oggettivamente e/o soggettivamente posta in essere dal contribuente si inserisca all'interno di un più grande disegno elusivo. L'obbligo di fatturazione elettronica potrebbe divenire una lama a doppio taglio nel caso in cui l'Ufficio non si avveda circa le irregolarità relative alla documentazione fornita, perché, apparentemente, rappresentante dati combacianti, ad es., non dando luogo, dunque, a perplessità e disincentivando, ragionevolmente, qualsivoglia intervento ispettivo.

[20] Per approfondimento sul punto, cfr. CLAUDIO CARPENTIERI, *La fatturazione elettronica come strumento di lotta all'evasione*, in: *Corriere Tributario*, n. 27/2010, p. 2195.

sempre favorevoli al contribuente, soprattutto ove si guardi agli strumenti probatori riconosciuti (o meno) a quest'ultimo, richiederebbe, a parere di chi scrive, una maggiore attenzione da parte del legislatore e degli interpreti.

In particolar modo, sarebbe auspicabile una completa assimilazione all'interno del nostro ordinamento del principio di matrice euro-unitaria, già consolidato in seno alla medesima giurisprudenza^[21], della neutralità fiscale dell'IVA, in ragione del quale gli aggravati derivanti dal sostenimento della summenzionata imposta non devono ricadere sul contribuente, salvo non si provi, ad es., la complicità di questo nell'attuazione di un preciso disegno fraudolento o abusivo.

In questa prospettiva, l'introduzione dell'obbligo di fatturazione elettronica all'interno dell'ordinamento giuridico italiano sembra andare nella corretta direzione, ponendo il contribuente nelle condizioni di sottoporre le proprie fatture in modo chiaro all'Ufficio, e a quest'ultimo di controllare in modo diretto ed immediato quanto ricevuto.

In uno schema così delineato, l'unico modo che avrebbe il contribuente per sottrarsi al controllo dell'Erario sarebbe paradossalmente quello di rendersi invisibile. Chissà che diventi un'opzione sempre più diffusa? *Finger crossed.*

[21] Cfr. *ex multis*, Sentenza della CGUE, III Sezione, dell'11 aprile 2013, C-138/12.

Freno all'imposta sulla sostanza

Dubbi sul metodo di calcolo del carico fiscale massimo al fine di procedere con la riduzione dell'imposta cantonale e comunale dovuta



Kelly Scapozza
MLaw in Diritto e Economia,
Assistente del Centro competenze
tributarie della SUPSI

Sentenza TF 2C_869/2017 del 7 agosto 2018; A. contro l'Amministrazione fiscale cantonale del Canton Ginevra. Interpretazione dell'art. 60 LIPP/GE concernente il cd. "bouclier fiscal" o "freno all'imposta sulla sostanza". Calcolo del reddito netto imponibile ai fini dell'ottenimento dello sgravio sul dovuto d'imposta del 60%.

I. Gli elementi del contenzioso	146
II. L'analisi giuridica del Tribunale federale	147
A. La protezione dell'arbitrio secondo la Costituzione federale.....	147
B. L'interpretazione della Corte di giustizia e dell'Amministrazione fiscale.....	147
C. L'interpretazione del ricorrente nonché del Tribunale federale.....	147
D. La presunzione di un reddito minimo dell'1% della sostanza netta.....	148
E. Il calcolo del reddito netto imponibile ai fini dell'applicazione dello sgravio.....	148
F. Conformità del meccanismo del freno all'imposta sulla sostanza con il diritto federale superiore.....	148
III. Sentenza TF 2C_870/2017	149
IV. Il freno all'imposta sulla sostanza nel Cantone Ticino	149
V. Considerazioni conclusive	149

I. Gli elementi del contenzioso

Il signor A., nato nel 1954, è domiciliato nel Comune di X nel Canton Ginevra. A. è padre di tre bambini nati rispettivamente nel 1984, 1987 e 1990, ed è divorziato dal 6 giugno 2011.

Il 25 settembre 2012, A. consegna la dichiarazione fiscale per l'anno 2011 all'*Administration fiscale cantonale du canton de Genève* (Amministrazione fiscale ginevrina). Per l'imposta cantonale e comunale (ICC), il reddito lordo ammonta a fr. 101'785 e comprende sia redditi della sostanza mobiliare che redditi della sostanza immobiliare. A seguito delle diverse deduzioni, il reddito netto imponibile risulta nullo. Parallelamente, la sostanza netta imponibile ammonta a fr. 2'205'256.

Il 12 novembre 2013, l'Amministrazione fiscale ginevrina notifica ad A. l'importo dovuto per l'ICC che, tenuto conto della riduzione legata al cd. "bouclier fiscal"^[1], è pari a fr. 27'402,65 (fr. 29'264,40 se si considerano anche le imposte personale ed immobiliare). Secondo i calcoli dell'Amministrazione fiscale, il reddito netto imponibile di A. ammonta a fr. 0 (reddito determinante per l'aliquota anch'esso uguale a fr. 0), mentre la sostanza imponibile ammonta a fr. 4'424'020 (sostanza determinante per l'aliquota uguale a fr. 5'080'854^[2]).

Il calcolo del reddito imponibile è stato il seguente:

Elementi di reddito e deduzioni	Importi in fr.
Reddito da sostanza mobiliare	55'356
Reddito da sostanza immobiliare	32'007
Reddito lordo	87'363
Interessi non garantiti	2'540
Interessi ipotecari	49'733
Spese di manutenzione per immobili	20'796
Spese bancarie	178
Premi per assicurazioni sulla vita e interessi di capitali a risparmio	8'000
Assicurazione malattia	7'007
Spese per malattia	2'830
Contributi di mantenimento	34'000
Deduzione sociale per figlio a carico, rispettivamente figlio agli studi o persona bisognosa a carico (cd. "charge de famille")	5'000
Reddito netto imponibile	0

[1] Questa riduzione, cd. "freno all'imposta sulla sostanza", ha quale obiettivo quello di evitare che il patrimonio di un contribuente venga decurtato per via dell'imposta sulla sostanza. Essa è prevista dall'art. 60 (dal titolo "Charge maximale") della Legge tributaria del Canton Ginevra (Loi sur l'imposition des personnes physiques [LIPP/GE; RS/GE D 3 08]): "1. Pour les contribuables domiciliés en Suisse, les impôts sur la fortune et sur le revenu – centimes additionnels cantonaux et communaux compris – ne peuvent excéder au total 60% du revenu net imposable. Toutefois, pour ce calcul, le rendement net de la fortune est fixé au moins à 1% de la fortune nette. 2. [...]".

[2] "Pour les personnes qui ne sont imposables dans le Canton que sur une partie de leur revenu ou de leur fortune, le taux de l'impôt doit être celui qui serait applicable au revenu total ou à la fortune totale du contribuable" (art. 6 cpv. 1 LIPP/GE).

Il 25 novembre 2013, A. presenta reclamo contro tale decisione, invocando un errore nel calcolo della riduzione concernente il “*bouclier fiscal*”. A. è dell’opinione che in considerazione di un reddito netto imponibile di fr. 0, solo l’imposta personale e l’imposta immobiliare potevano essere riscosse. Il 28 maggio 2015, l’Amministrazione fiscale ginevrina conferma la decisione di tassazione, rigettando, quindi, il reclamo di A.

Il 29 giugno 2015, A. decide di ricorrere al Tribunale amministrativo di prima istanza del Canton Ginevra che ammette il ricorso e rinvia il *dossier* all’Amministrazione fiscale per una nuova decisione di tassazione poiché non condivide il metodo di calcolo adottato da quest’ultima.

L’11 luglio 2016, l’Amministrazione fiscale ginevrina inoltra ricorso presso la Corte di giustizia del Canton Ginevra, opponendosi alla sentenza del Tribunale amministrativo. Il 22 agosto 2017, la Corte annulla la sentenza impugnata ristabilendo la decisione di tassazione del 12 novembre 2013.

Inoltrando un ricorso in materia di diritto pubblico, A. chiede, quindi, al Tribunale federale di annullare la sentenza della Corte di giustizia, di constatare l’inesattezza della tassazione ICC 2011, nonché la sua nullità, e di rinviare il tutto all’Amministrazione cantonale affinché possa notificargli un dovuto d’imposta conforme alla legge.

II. L’analisi giuridica del Tribunale federale

A. La protezione dell’arbitrio secondo la Costituzione federale

Il contenzioso verte essenzialmente sull’applicazione dell’art. 60 LIPP/GE, il quale prevede un tetto massimo per l’ICC pari al 60% del reddito netto imponibile.

La Legge federale sull’armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (LAID; RS 642.14) non prevede questo tipo di “correzione” dell’imposta che, quindi, dev’essere ricondotta all’autonomia legislativa dei Cantoni.

Nel dettaglio, il ricorrente si avvale di un’interpretazione arbitraria dell’art. 60 LIPP/GE (cfr. art. 9 della Costituzione federale [Cost.; RS 101][3]).

Secondo la giurisprudenza, una decisione è considerata arbitraria se:

- ignora o contraddice in modo inequivocabile dei fatti stabiliti;
- viola gravemente una norma o un principio giuridico chiaro ed indiscusso, oppure
- si scontra in maniera scioccante con il sentimento di giustizia e di uguaglianza.

Non vi è, per contro, arbitrio se una diversa decisione sembra preferibile o più adatta alle circostanze rispetto a quella scelta dall’autorità giudiziaria o amministrativa precedente. Inoltre,

[3] Del seguente tenore: “*ognuno ha diritto d’essere trattato senza arbitrio e secondo il principio della buona fede da parte degli organi dello Stato*”.

affinché una decisione venga annullata poiché ritenuta arbitraria, non è sufficiente che questa sia motivata in maniera apparentemente insostenibile, ma deve anche derivarne un risultato abusivo[4].

B. L’interpretazione della Corte di giustizia e dell’Amministrazione fiscale

Nella fattispecie è la seconda frase del cpv. 1 dell’art. 60 LIPP/GE[5] – e più precisamente il meccanismo correttivo che ne risulta – che sono oggetto di diverbio.

La Corte di giustizia interpreta tale disposizione considerando che per il calcolo del carico fiscale massimo di un contribuente – che citando la predetta normativa “*ne peut excéder au total 60% du revenu net imposable*” – sia indispensabile prendere in considerazione un rendimento netto della sostanza di almeno l’1% della sostanza netta, indipendentemente dal rendimento reale di quest’ultima.

Tale interpretazione è condivisa dall’Amministrazione fiscale ginevrina che ha, in effetti, considerato che il carico fiscale massimo per il contribuente A. fosse pari al 60% dell’1% della sua sostanza netta. Il fatto che, nel caso concreto, il contribuente avesse avuto diritto a diverse deduzioni sul reddito, non doveva avere quale conseguenza che il calcolo del “60% del reddito netto imponibile” (art. 60 cpv. 1, prima frase LIPP/GE), accertato sulla base di un reddito netto della sostanza dell’1% della sostanza netta (art. 60 cpv. 1, seconda frase LIPP/GE), si risolvesse in un carico fiscale massimo irrisorio.

In altre parole, le deduzioni sul reddito[6] non devono essere prese in considerazione nel calcolo del carico massimo, poiché quest’ultimo non può in nessun caso essere inferiore al 6‰ (60% dell’1%) della sostanza netta imponibile. Se così non fosse, la disposizione contestata permetterebbe al contribuente un vantaggio fiscale troppo importante, soprattutto quando costui è al beneficio di deduzioni sul reddito di una certa rilevanza.

Date queste premesse, la Corte di giustizia – partendo da una sostanza netta imponibile di fr. 5’245’254 – stabilisce il carico fiscale massimo per il contribuente A. a fr. 31’471 (6‰ di fr. 5’245’254). Sulla base, poi, di un ulteriore calcolo – non contestato dal ricorrente – relativo alla situazione patrimoniale intercantonale di quest’ultimo, decide, in applicazione dell’art. 60 LIPP/GE, che l’importo massimo ICC per l’anno fiscale 2011, è di fr. 27’402 (imposte personale e immobiliare escluse).

C. L’interpretazione del ricorrente nonché del Tribunale federale

Il ricorrente considera l’interpretazione dell’art. 60 LIPP/GE effettuata dalla Corte di giustizia insostenibile. È, infatti, dell’idea che tale ragionamento conduca a rimpiazzare nel calcolo

[4] DTF 140 I 201 consid. 6.1 p. 205; Sentenza TF 2D_42/2016 del 3 ottobre 2017 consid. 5.2.

[5] Del seguente tenore: “*toutefois, pour ce calcul, le rendement net de la fortune est fixé au moins à 1% de la fortune nette*”.

[6] Cfr. Cap. I per la lista delle deduzioni applicabili al caso del contribuente A.

del carico massimo l'elemento "reddito netto imponibile" con l'elemento "1% della sostanza netta", con la conseguenza inevitabile che per il carico massimo non sia più valutato il 60% del reddito netto, ma il 60% del 1% della sostanza netta imponibile.

Il contribuente non contesta che il reddito netto della sostanza – che, per inciso, non è che un elemento del reddito netto imponibile complessivo – debba essere stabilito almeno all'1% della sostanza netta (art. 60 cpv. 1, *in fine* LIPP/GE), ma rileva che tale presupposto non implica necessariamente che il reddito netto imponibile debba essere lui stesso pari al minimo all'1% della sostanza netta.

Il metodo di calcolo promosso dall'Amministrazione fiscale ginevrina e confermato dalla Corte di giustizia si discosta – a parere del Tribunale federale – dal testo di legge in modo inammissibile. Come il ricorrente giustamente evidenzia, un tale metodo presuppone una lettura erronea della seconda frase dell'art. 60 cpv. 1 LIPP/GE: "per il calcolo, il reddito netto imponibile è fissato ad almeno l'1% della sostanza netta" in luogo di "per il calcolo, il reddito netto della sostanza è fissato ad almeno l'1% della sostanza netta".

Questa interpretazione contraddice sensibilmente il testo chiaro della legge, la quale prevede, semplicemente, che per il calcolo del carico fiscale massimo venga presunto un reddito della sostanza di almeno l'1% della sostanza netta.

Come già osservato dalla Corte di giustizia, tale disposizione è stata concepita con lo scopo di evitare che un contribuente senza redditi, ma che detiene una sostanza importante^[7], possa sfuggire del tutto ad imposizione^[8]. In effetti, se la regola dell'1% non esistesse, il carico massimo per il contribuente A. sarebbe di fr. 0 (*i.e.* 60% del reddito netto imponibile).

D. La presunzione di un reddito minimo dell'1% della sostanza netta

Il sistema instaurato con l'art. 60 cpv. 1 LIPP/GE permette all'Amministrazione di considerare l'1% della sostanza netta quando il reddito effettivo risulta inferiore a tale importo; non permette, invece, di concludere – come fatto dalla Corte di giustizia – che il risultato del calcolo, ovvero il reddito netto imponibile, debba essere almeno pari all'1% della sostanza netta. Anzi, a seconda delle circostanze, tale reddito potrebbe anche risultare inferiore.

Nel caso di specie, il contribuente presenta un reddito netto della sostanza inferiore all'1% della sostanza netta (fr. 54'452). Pertanto, bisogna procedere ad una correzione *ex art.* 60 cpv. 1, seconda frase LIPP/GE. Il calcolo del reddito netto imponibile deve, dunque, essere effettuato tenendo conto:

[7] Ad es., un contribuente che investe il suo patrimonio in una società che non distribuisce dividendi.

[8] Cfr. Rapporto di maggioranza, del 26 maggio 2009, della Commissione fiscale incaricata di studiare il progetto di legge "PL 10199-A", p. 195 s., in: <http://ge.ch/grandconseil/memorial/seances/560409/45/23/> (consultato il 27.03.2019).

- di un reddito fittizio pari all'1% della sostanza netta del contribuente, e
- di tutte le deduzioni pertinenti del caso.

Ritenendo che il carico massimo *ex art.* 60 LIPP/GE dovesse essere fissato al 60% dell'1% (6‰) della sostanza netta imponibile, la Corte di giustizia ha operato un'interpretazione *contra legem*, senza alcuna ragione manifesta o oggettiva (ad es. sistematica, teleologica o altro). Ne consegue che la decisione della Corte sia da ritenersi arbitraria.

E. Il calcolo del reddito netto imponibile ai fini dell'applicazione dello sgravio

La Corte fonda in parte la sua decisione su di un'interpretazione per analogia dell'art. 8 cpv. 3 della Legge vedese sulle imposte comunali del 5 dicembre 1956 (LCom/VD; RS/VD 650.11), il quale recita quanto segue: "[l]'impôt cantonal et communal sur le revenu et sur la fortune ne peut dépasser au total le 60% du revenu net au sens de l'article 29 de la loi du 4 juillet 2000 sur les impôts directs cantonaux (LI), augmenté des déductions prévues à l'article 37, lettres h, hbis, i et j LI [...]"]^[9].

Le deduzioni alle quali si riferisce la summenzionata disposizione sono quelle legate alle spese per malattia e infortunio (lett. h), alle spese per disabilità (lett. h^{bis}), alle liberalità ad enti di pubblica utilità (lett. i) e, infine, ai versamenti in favore di partiti politici (lett. j).

Tale norma si differenzia chiaramente dall'art. 60 LIPP/GE, in quanto prevede espressamente che il reddito netto alla base del calcolo per il carico fiscale massimo non debba tenere conto di determinate deduzioni. Il legislatore vedese ha, in modo chiaro ed inequivocabile, voluto evitare che un contribuente potesse approfittare di talune deduzioni per ottenere un carico fiscale massimo inferiore, conseguentemente, più favorevole. L'art. 60 cpv. 1 LIPP/GE non prevede un meccanismo simile, quindi, la Corte non può – se non con il rischio di violare l'art. 9 Cost. – distanziarsi da una pura interpretazione letterale, ispirandosi all'art. 3 LCom/VD.

F. Conformità del meccanismo del freno all'imposta sulla sostanza con il diritto federale superiore

Il Tribunale federale precisa che il sistema statuito dall'art. 60 LIPP/GE non è da considerarsi contrario agli artt. 2 cpv. 1 lett. a^[10] e 13 cpv. 1^[11] LAID, i quali vietano eventuali sistemi volti a neutralizzare completamente l'imposta sulla sostanza^[12].

[9] L'imposta cantonale e comunale sul reddito e la sostanza non può oltrepassare il 60% del reddito netto ai sensi dell'art. 29 della Legge sulle imposte dirette cantonali (LI), aumentato delle deduzioni previste all'art. 37 lett. h, h^{bis}, i e j LI.

[10] "I Cantoni riscuotono le seguenti imposte: a. un'imposta sul reddito e un'imposta sulla sostanza delle persone fisiche; [...]"

[11] "L'imposta sulla sostanza ha per oggetto la sostanza netta totale".

[12] Cfr. MARKUS REICH/MICHAEL BEUSCH, N 15 ad art. 2 LAID, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (a cura di), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht – Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, 3^a ed., Basilea 2017, p. 40 s.

I meccanismi di freno all'imposta sulla sostanza, benché in determinate situazioni possano risolversi in un'imposizione attenuata o addirittura nulla, rientrano nell'autonomia legislativa riconosciuta ai Cantoni dall'art. 129 cpv. 2 Cost. in ambito fiscale.

III. Sentenza TF 2C_870/2017

Sempre il 7 agosto 2018, il Tribunale federale si è pronunciato in ugual modo su di un altro ricorso, interposto dagli eredi di un contribuente a beneficio di una rendita AVS, detentore di una sostanza non indifferente, ma di redditi netti esigui per via, tra le altre, di importanti spese per disabilità.

IV. Il freno all'imposta sulla sostanza nel Cantone Ticino

Il 1° gennaio 2018, la Legge tributaria del Cantone Ticino (LT; RL 640.100) è stata modificata introducendo l'art. 49a, intitolato "freno all'imposta sulla sostanza"; del seguente tenore:

¹ Le imposte cantonali e comunali sul reddito e sulla sostanza sono ridotte, su richiesta del contribuente, al 60 per cento del reddito imponibile complessivo. Ai fini di questo calcolo, il provento netto della sostanza è fissato ad almeno l'1 per cento della sostanza netta.

² Il provento netto della sostanza è formato dai redditi della sostanza mobiliare ed immobiliare, al netto delle deduzioni degli articoli 31 e 32 capoverso 1 lettera a).

³ Lo sgravio è imputato sull'imposta sulla sostanza e ripartito proporzionalmente tra Cantone e Comuni in funzione del moltiplicatore comunale d'imposta.

In relazione con l'art. 60 LIPP/GE sopra commentato, si evidenzia come il criterio dell'1% della sostanza netta sia stato scelto anche dal legislatore ticinese[13].

Interessante constatare che al contribuente ticinese incombe il compito di richiedere la riduzione dell'imposta cantonale e comunale sul reddito in caso i criteri dell'art. 49a LT fossero adempiuti.

V. Considerazioni conclusive

L'introduzione di un freno all'imposta sulla sostanza incontra la necessità di limitare l'onere fiscale complessivo cantonale e comunale del contribuente quando, per via di una sostanza importante, l'imposta dovuta sul reddito e sulla sostanza supera i redditi effettivamente realizzati in quel dato periodo fiscale.

Tale tema, si rifà a quello del divieto dell'imposizione confiscatoria che a sua volta trova fondamento nella garanzia della proprietà ex art. 26 Cost.[14]. Secondo il Tribunale federale, un tributo è da considerarsi confiscatorio se priva il contribuente della sua sostanza o della possibilità di costituire una nuova[15]. Quest'ultimo ha più volte precisato che tale

carattere confiscatorio debba essere analizzato sul lungo periodo, ovvero che l'analisi di un solo periodo d'imposta non sia sufficiente per comprendere l'impatto che un onere fiscale importante possa avere nel tempo sulla sostanza di un contribuente[16]. In aggiunta, l'Alta Corte è dell'opinione che un'imposizione eccessiva non debba essere considerata confiscatoria se la causa è imputabile al contribuente. Ovvero, se la disproporzione tra l'imposta sulla sostanza e il reddito a disposizione per pagarla è da ricondurre ad una "discutibile" gestione del patrimonio e dei potenziali ricavi che da questo potrebbero essere realizzati da parte del contribuente, non vi è violazione dell'art. 26 Cost.[17].

Date tali premesse, il Cantone Ticino ha deciso di introdurre il meccanismo del freno all'imposta sulla sostanza – sulla base del modello ginevrino –, ma, al contempo, di legarlo alla necessità di una redditività minima della sostanza (mobiliare ed immobiliare) dell'1% della sostanza netta detenuta dal contribuente. Tale scelta può essere considerata discutibile.

Per meglio comprendere il meccanismo dell'art. 49a LT, ipotizziamo, p. es., il caso di una contribuente "single", domiciliata a Lugano, che consegue redditi da attività lucrativa dipendente modesti in qualità di collaboratrice amministrativa di uno studio legale. Ipotizziamo, inoltre, che quest'ultima erediti dal genitore un'importante liquidità, ma che scelga – in quanto totalmente libera di amministrare il proprio patrimonio come crede – di investire solo una parte. Nel dettaglio, ella acquista un appartamento di 3,5 locali da adibire ad abitazione primaria e deposita l'importo rimanente su di un conto risparmio presso un istituto finanziario[18].

La situazione al 31 dicembre 2018 è la seguente[19]:

- reddito imponibile: fr. 85'000;
- di cui, provento netto della sostanza: fr. 25'000;
- sostanza netta imponibile: fr. 25'000'000;
- imposte comunali e cantonali dovute sul reddito e sulla sostanza: fr. 146'359.

Le imposte dovute eccedono i redditi imponibili conseguiti durante il periodo fiscale. L'impatto dell'imposta sulla sostanza sul dovuto d'imposta complessivo è del 91%[20]. La contribuente ha un interesse finanziario ad invocare l'art. 49a LT? No.

- 1% della sostanza netta: fr. 250'000;
- insufficienza del provento netto della sostanza: fr. 225'000;
- reddito imponibile ricalcolato: fr. 310'000;
- onere fiscale massimo: 60% di fr. 310'000 = fr. 186'000.

[16] Cfr. KELLY SCAPOZZA, La natura confiscatoria di un'imposizione deve essere valutata sul lungo periodo, in: NF 12/2017, p. 415 ss.

[17] Si pensi, ad es., al contribuente che decide volontariamente di investire parte del suo patrimonio in oro, che per sua natura non genera alcun tipo di rendimento.

[18] Tasso di interesse dello 0,05%.

[19] Calcoli effettuati con l'ausilio del calcolatore d'imposta persone fisiche fornito dal sito internet della Divisione delle contribuzioni del Cantone Ticino.

[20] Imposta sulla sostanza cantonale e comunale pari a fr. 133'500.

[13] Per ulteriori dettagli in merito alla procedura di calcolo del freno sulla base dell'art. 49a LT, si rimanda al Messaggio n. 7417 del 15 settembre 2017, Riforma cantonale fiscale e sociale, in: https://www4.ti.ch/user_librerie/php/GC/allegato.php?allid=119295 (consultato il 27.03.2019).

[14] SAMUELE VORPE, Il freno all'imposta sulla sostanza, in: RtiD II-2010.

[15] Sentenza TF 2P.254/2003 del 4 marzo 2004 consid. 4.2.

Se la disposizione sul provento minimo della sostanza non esistesse, la contribuente avrebbe potuto domandare l'applicazione dell'art. 49a LT e ottenere una riduzione dell'imposta di quasi fr. 100'000 (60% di fr. 85'000 = fr. 51'000).

È importante rilevare come il criterio dell'1% della sostanza netta adottato dal legislatore cantonale vada a creare una disparità di trattamento tra coloro che effettivamente conseguono un reddito della sostanza pari o superiore all'1% e coloro, invece, che non raggiungono questo rendimento.

Se riprendiamo i dati sopra esposti, ipotizzando che il contribuente consegua effettivamente un reddito della sostanza (mobiliare ed immobiliare) di fr. 250'000, constatiamo come questo avrebbe potuto beneficiare di una riduzione dell'imposta, pagando fr. 186'000 in luogo di fr. 200'910.

Inoltre, ipotizzando, invece, il caso di due contribuenti che possono beneficiare entrambi dell'applicazione dell'art. 49a LT, ma dove il primo consegue effettivamente un reddito della sostanza pari o superiore all'1%, mentre il secondo no[21], rileviamo come per fa fronte all'onere d'imposta, il primo abbia a disposizione una liquidità maggiore rispetto al secondo, in quanto i redditi computati per il calcolo del reddito imponibile sono stati effettivamente conseguiti. Il secondo, per contro, non dispone di quell'1% "fittizio" che ha concorso alla determinazione del suo reddito imponibile.

Concludendo, l'introduzione dell'art. 49a nella Legge tributaria cantonale è sicuramente interessante e permetterà effettivamente ad alcuni contribuenti di beneficiare di una riduzione dell'imposta. Detto ciò, ci si potrebbe interrogare sulla necessità del criterio dell'1% e domandarsi se non crei delle disparità di trattamento non sufficientemente motivate.

[21] Un esempio: contribuenti A e B, domiciliati a Lugano, entrambi detentori di una sostanza netta di fr. 80'000'000. Il contribuente A consegue redditi imponibili per complessivi fr. 900'000 (di cui 800'000 provenienti dalla sostanza mobiliare ed immobiliare). Il contribuente A consegue redditi imponibili per complessivi fr. 450'000 (di cui 400'000 provenienti dalla sostanza mobiliare ed immobiliare). Imposta cantonale e comunale sul reddito e la sostanza dovuta dal contribuente A per l'anno 2018: fr. 652'153. Applicazione dell'art. 49a LT, imposta dovuta: 60% di 900'000 = 540'000. Imposta cantonale e comunale sul reddito e la sostanza dovuta dal contribuente B per l'anno 2018: fr. 531'394. Applicazione dell'art. 49a LT, imposta dovuta: 60% di 850'000 = 510'000.

Entraide administrative: principe de subsidiarité en cas d'accord avec le fisc étranger

Un accord transactionnel entre le contribuable et le fisc étranger met-il en échec le principe de subsidiarité?



Thierry De Mitri
Expert fiscal diplômé,
CES en Management, Lausanne

Arrêt du Tribunal fédéral du 16 avril 2018 (2C_28/2017). Administration fédérale des contributions, Service d'échange d'informations en matière fiscale (SEI) contre A et B. Le principe de subsidiarité a pour but de veiller à ce que la demande d'assistance administrative n'intervienne qu'à titre subsidiaire et non pas pour faire peser sur l'Etat requis la charge d'obtenir des renseignements qui seraient à la portée de l'Etat requérant en vertu de sa procédure fiscale interne. Dès lors, la question se pose de savoir si le principe de subsidiarité devrait mettre en échec l'entraide administrative dans le cas où le contribuable, dans son obligation de collaboration avec les autorités fiscales étrangères, aurait conclu un accord transactionnel mettant fin à la procédure de contentieux entre le contribuable étranger et son administration fiscale. De ce fait, le litige fiscal ayant pris fin, le maintien de la demande d'entraide administrative pourrait violer le principe de subsidiarité de sorte que la demande de l'autorité fiscale étrangère à l'égard des autorités fiscales suisses s'avèrerait irrecevable. Cette opinion n'est pas partagée par l'AFC qui s'en remet au TF. Ce dernier confirme la position de l'AFC et estime que l'appréciation du respect de la condition du principe de subsidiarité s'effectue au moment du dépôt de la demande d'entraide et le fait que le contribuable transmette ultérieurement et spontanément les données requises dans le courant de la procédure interne ne remet pas en cause le respect du principe de subsidiarité. Notre Haute Cour renverse ainsi (une fois encore) la jurisprudence du TAF.

C. Principe de la bonne foi et de la confiance.....155
D. Caractère vraisemblablement pertinent des renseignements155
IV. Conclusion..... 156

I. Faits

En date du 9 juin 2015, la Direction générale des finances publiques françaises a adressé une demande d'assistance administrative internationale en matière fiscale à l'Administration fédérale des contributions (AFC) au sujet de Madame A. concernant l'impôt sur le revenu des années 2001 et 2012 et l'impôt de solidarité sur la fortune des années 2011 à 2013. De fait, les autorités fiscales françaises soupçonnent Madame A. de résider en France malgré une résidence avérée en Grande-Bretagne et de dissimuler des revenus imposables en France par le truchement de la société B. qui avait son siège aux Iles Vierges Britanniques.

Les autorités fiscales françaises sollicitent un grand nombre d'informations comme les états de fortune au 1^{er} janvier de chaque année sous revue, les relevés bancaires et le formulaire A des divers comptes bancaires pour lesquels Madame A. était directement ou indirectement l'ayant droit économique.

Par ordonnance de production, l'AFC interpelle les personnes dépositaires de l'information conformément à la procédure habituelle.

En date du 11 janvier 2016, Madame A. et les autorités fiscales françaises signent un contrat intitulé "Règlement d'ensemble" relatif aux années 2010 à 2013 qui vaut engagement de l'autorité fiscale française. Ce contrat se réfère à la reconnaissance des revenus effectués par Madame A. et contient des clauses spécifiques à ce règlement:

- l'Administration, après examen de l'affaire, accepte de retenir les éléments avancés par le conseil de Madame A. dans le courrier du 11 décembre 2015 pour établir l'assiette de l'imposition sur les années 2010 à 2013;

I. Faits 151
II. Considérants de l'arrêt du TF..... 152
A. Principe de subsidiarité: une condition formelle 152
B. Condition de la pertinence vraisemblable: une condition matérielle 153
C. Principe de la bonne foi..... 154
III. Commentaires de l'arrêt..... 154
A. Lien entre principe de subsidiarité et la condition de la pertinence vraisemblable..... 154
B. Moment déterminant de l'examen du principe de subsidiarité..... 154

- Madame A. s'engage par ailleurs à respecter les obligations fiscales courantes et à payer les sommes laissées à sa charge en vertu de l'obligation précitée dans les délais requis;
- faute par Madame A. de respecter l'une des quelconques conditions fixées ci-avant, le présent règlement d'ensemble serait déclaré caduc et le recouvrement de l'intégrité des sommes légalement exigibles (impôt principal et pénalités) pourra être poursuivi selon les règles prévues par le Code général des impôts.

Lors de la procédure d'entraide administrative, l'AFC indique à Madame A. le souhait de transmettre les informations aux autorités fiscales françaises. La contribuable s'oppose à toute transmission de renseignements au motif que la procédure fiscale française fait l'objet du règlement d'ensemble susmentionné. Il n'y a dès lors plus d'intérêt à poursuivre cette procédure.

Dès lors, l'AFC demandé aux autorités fiscales françaises si le contrôle fiscal est toujours en cours et sur quelle période il porte.

Les autorités fiscales françaises indiquent à l'AFC que le contrôle de Madame A. doit être regardé comme étant toujours en cours et que le règlement d'ensemble ne peut avoir aucune incidence sur le bon déroulement de la demande d'assistance administrative en matière fiscale.

A l'appui de cette allégation, les autorités fiscales françaises font valoir qu'une procédure contentieuse est toujours possible, que Madame A. n'a pas encore payé l'ensemble des sommes dues de sorte que l'une des obligations de Madame A. n'est pas encore réalisée et surtout il demeure extrêmement important pour les autorités fiscales françaises de s'assurer de la complétude et de l'exactitude des renseignements produits par la contribuable suite à ce contrôle qui a conduit au règlement d'ensemble. En effet, si le recoupement des données devait démontrer que le règlement d'ensemble n'était pas correct, les autorités fiscales françaises se sentiraient autorisées à reprendre les opérations de contrôle en remettant en cause le règlement d'ensemble. Par conséquent, les autorités fiscales françaises souhaitent maintenir la demande d'assistance administrative.

Sur cette base, l'AFC décide en date du 1^{er} avril 2016 de rendre une décision au moyen de laquelle elle accorde l'assistance administrative. Un recours est logiquement déposé par Madame A.

Par arrêt du 28 décembre 2016, le Tribunal administratif fédéral (TAF) admet le recours et annule la décision de l'AFC.

En substance, le TAF retient que la demande d'assistance administrative litigieuse ne respecte pas le principe de subsidiarité parce que l'autorité requérante a obtenu de Madame A. les renseignements requis durant la procédure d'assistance administrative et qu'il faut dès lors admettre que la France n'a plus d'intérêt à les recevoir. La demande est donc irrecevable.

C'est à l'encontre de cet arrêt que l'AFC a recouru avec succès au Tribunal fédéral (TF).

II. Considérants de l'arrêt du TF

A. Principe de subsidiarité: une condition formelle

A toutes fins utiles, on rappelle que le recours au TF en matière d'entraide administrative a un caractère exceptionnel. En effet, il n'est recevable que lorsqu'une question juridique de principe se pose ou lorsqu'il s'agit, pour d'autres motifs, d'un cas particulièrement important. En d'autres termes, la question juridique de principe suppose que la décision en cause soit déterminante pour la pratique, notamment lorsque les instances inférieures doivent traiter de nombreux cas analogues ou lorsqu'il est nécessaire de trancher une question juridique qui se pose pour la première fois et qui donne lieu à une incertitude caractérisée appelant un éclaircissement de la part du TF.

En substance, l'AFC soutient que l'arrêt attaqué adopte une conception erronée du principe de subsidiarité.

Selon le TF, il convient d'examiner le lien avec la question du respect du principe de subsidiarité et de la condition de la pertinence vraisemblable des informations sollicitées par l'Etat requérant. Le TF estime qu'une clarification en la matière est nécessaire.

De son côté, le TAF a retenu que l'autorité requérante avait obtenu les renseignements fiscalement utiles directement de la part de Madame A., notamment par la reconnaissance de revenus du 11 décembre 2015. De ce fait, cela contredisait l'affirmation contenue dans la demande d'assistance administrative du 9 juin 2015 selon laquelle les moyens de collectes avaient été épuisés et, partant, le principe de subsidiarité respecté. La lecture du règlement d'ensemble conclu entre Madame A. et les autorités fiscales françaises permettait de confirmer que la demande d'assistance administrative ne présentait plus d'intérêt pour ces dernières. De ce fait, le maintien de la demande d'entraide administrative violait le principe de subsidiarité. Le contrat signé entre Madame A. et les autorités fiscales françaises mettait fin au litige fiscal pour les années 2010 à 2013, de sorte que l'Etat n'avait plus d'intérêt à poursuivre le contrôle fiscal en France. Les conditions qui pouvaient rendre caduc ce contrat ne prévoyaient en tout cas pas le résultat de la procédure d'assistance administrative de sorte que le TAF arrive à la conclusion que la demande d'assistance administrative s'avérait irrecevable faute de respecter le principe de subsidiarité. En d'autres termes, le fait d'avoir conclu un accord transactionnel entre Madame A. et les autorités fiscales françaises, qui mettait fin au litige, ne permettait plus de poursuivre la demande d'entraide administrative.

De son côté, l'AFC est d'avis que l'examen du respect du principe de subsidiarité se rapporte uniquement à l'utilisation des moyens internes précédant le dépôt de la demande d'assistance administrative. En d'autres termes, la réalisation de la condition du principe de subsidiarité au moment du dépôt de la demande. Par la suite, les informations à transmettre s'apprécie sous l'angle de leur pertinence vraisemblable.

Selon le TF, le principe de la subsidiarité a pour but de veiller à ce que la demande d'assistance administrative n'intervienne qu'à titre subsidiaire et non pour faire peser sur l'Etat requis la charge d'obtenir des renseignements qui seraient à la portée de l'Etat requérant, en vertu de sa propre procédure fiscale. Il s'agit donc d'une règle formelle de recevabilité de la demande d'entraide administrative. En d'autres termes, il convient de vérifier que l'Etat requérant n'a été formulé qu'après que ce dernier ait utilisé les sources habituelles de renseignements prévues par sa propre procédure fiscale interne.

Selon le TF, pour examiner si ce principe a été respecté, il faut se placer logiquement au moment de la formulation de la demande. Notre Haute Cour estime que cet aspect trouve appui au chiffre XI du Protocole additionnel à la Convention de double imposition signée entre la Suisse et la France (CDI CH-FR; RS 0.672.934.91) qui utilise les termes "après que". De fait, le TF estime qu'il n'est pas déterminant que le contribuable visé par la mesure d'entraide administrative choisisse spontanément de transmettre les informations ou conclue un accord avec les autorités fiscales locales après que les demandes d'entraide administrative aient été adressées aux autorités fiscales suisses. Ainsi, le TF est d'avis que le principe de subsidiarité n'est donc pas remis en cause si le contribuable visé par la demande d'assistance administrative décide de fournir les informations ultérieurement.

Etroitement lié au principe de la confiance et de la bonne foi, il n'y a pas de raison de remettre en cause la réalisation du principe de subsidiarité lorsque l'Etat formule une demande en ayant mentionné avoir épuisé toutes les sources habituelles de renseignements. En cas de doute par l'Etat requis – la Suisse dans le cas d'espèce – il appartient à ce dernier d'éclaircir, le cas échéant, le respect du principe de subsidiarité.

B. Condition de la pertinence vraisemblable: une condition matérielle

Par ailleurs, le TF saisit l'occasion de cet arrêt pour indiquer que le principe de subsidiarité ne se confond pas avec l'examen de la pertinence vraisemblable des renseignements requis. Selon notre Haute Cour, le principe de la subsidiarité a pour but de vérifier si l'Etat requis a épuisé ses sources habituelles de renseignements avant de solliciter l'assistance administrative d'un autre Etat. Ce principe n'est du reste pas inscrit à l'art. 28 CDI CH-FR, mais uniquement dans le Protocole comme indiqué ci-dessus.

En revanche, la condition de la pertinence vraisemblable, expressément prévue à l'art. 28 précité, a quant à elle pour but de circonscrire l'assistance administrative uniquement aux renseignements matériels qui sont vraisemblablement pertinents pour appliquer une disposition de la convention ou l'application de la législation interne de l'Etat requérant. Ainsi, une demande d'entraide administrative peut parfaitement respecter le principe de la subsidiarité, sans pour autant que l'information requise respecte la condition de la pertinence vraisemblable. Inversement, le TF estime que le renseignement sollicité peut respecter la condition de la pertinence

vraisemblable de la demande d'entraide administrative sans avoir pourtant respecté le principe de subsidiarité.

Dans le cas d'espèce, le TF estime que le principe de subsidiarité a été respecté dans la mesure où la France a précisé avoir épuisé les moyens de collecte de renseignements prévus par sa procédure fiscale interne. Il n'y avait dès lors pas de raison de remettre en cause la véracité de ses déclarations. Le fait que la contribuable ait, alors que la demande d'entraide administrative était encore pendant, procédé à une reconnaissance de revenus dans le cadre du règlement d'ensemble n'est pas pertinent au regard du principe de subsidiarité.

Cela étant, le TF estime que le principe de subsidiarité étant rempli, il convient néanmoins d'examiner la condition de la pertinence vraisemblable des informations transmises et une violation du principe de la bonne foi.

Reprenant sa jurisprudence habituelle en la matière, le TF estime que la remise des relevés bancaires, les états de fortune et les formulaires A liés aux relations bancaires de la contribuable sont des renseignements qui remplissent la condition de la pertinence vraisemblable s'agissant d'une personne dont l'autorité requérante a indiqué qu'elle devait être considérée comme fiscalement résidente durant les années visées par la demande. Par ailleurs, le TF estime que l'autorité requérante a suffisamment explicité en quoi la demande d'entraide administrative était nécessaire, quand bien même un règlement d'ensemble était intervenu en janvier 2016 pour régler la situation fiscale de la contribuable.

Même si le TF a clairement exprimé que l'on ne peut pas exclure que l'évolution des circonstances aboutissent exceptionnellement à ce que la condition de la pertinence vraisemblable disparaisse au cours de la procédure, il retient que tel n'est pas le cas dans les présentes circonstances. En effet, il estime que, malgré la présence d'un règlement d'ensemble intervenu en janvier 2016 pour régler la situation fiscale de Madame A., les autorités fiscales françaises ont fourni suffisamment d'explications motivant le maintien de la demande d'entraide. En effet, l'AFC a reçu une réponse justificative suite à sa demande dans laquelle l'Etat requérant indiquait que la procédure contentieuse était toujours possible, que le règlement d'ensemble supposait, entre autres conditions, l'obligation d'en régler les sommes dues par Madame A., il était important pour l'Administration fiscale française de s'assurer de la complétude et de l'exactitude des renseignements produits, la fourniture des renseignements incomplets pouvant aboutir à une reprise du contrôle et à une remise en cause du règlement d'ensemble et que la question de la responsabilité fiscale pénale de l'intéressé ne pouvait être écartée à ce stade.

Remettre en cause l'entraide administrative dans ce contexte signifierait une remise en cause du principe de la bonne foi de la France qui doit rester présumée même si l'Etat requis est en connaissance du fait qu'il y a eu un règlement d'ensemble signé entre l'Etat français et la contribuable. Le TF estime qu'il n'est pas exclu que la contribuable ait pu conclure un tel accord

tout en continuant à cacher qu'elle possède d'autres avoirs bancaires, il incombe en réalité à la contribuable de formuler, le cas échéant, ses éventuels griefs relatifs au comportement de l'Administration fiscale française devant le juge français.

C. Principe de la bonne foi

Le TF saisit également l'occasion du cas d'espèce pour préciser qu'il ne faut pas confondre la bonne foi entre deux Etats et la bonne foi qui peut régner entre un particulier et son administration fiscale.

Le contribuable ne peut se plaindre que de la violation de la bonne foi uniquement si l'Etat requérant a contrevenu à ce principe vis-à-vis de l'Etat requis. En revanche, il ne peut pas se plaindre de la violation du principe de la bonne foi s'il estime qu'il a été lui-même traité de mauvaise foi par l'Etat requérant, car un tel grief relève de l'application du droit et de la procédure interne de l'Etat requérant.

Ainsi, le fait que l'Etat requérant maintienne sa demande d'assistance administrative malgré l'existence d'un règlement d'ensemble n'est pas constitutif d'un comportement contraire à la bonne foi de la France vis-à-vis de la Suisse. Il ne s'agit pas d'une violation du principe de la bonne foi en tant que principe de droit international public mais, potentiellement, d'une violation du principe de la bonne foi régnant dans la relation entre l'autorité française et son contribuable sous l'angle du droit interne français. Il incombe de ce fait au contribuable de formuler ses griefs dans le cadre de ladite procédure.

En résumé, le TF estime que le principe de subsidiarité, au moment où la demande a été formulée, était respecté et que le règlement d'ensemble ultérieur, conclu entre la contribuable et les autorités fiscales françaises, n'y changent rien. En outre, les informations transmises remplissent la condition de la pertinence vraisemblable au regard des dispositions conventionnelles et respecte le principe de la bonne foi au sens du droit international public.

III. Commentaires de l'arrêt

A titre préalable, on ne peut s'empêcher de constater que le TF donne une nouvelle fois tort au TAF. Alors que ce dernier semble vouloir circonscrire les possibilités d'entraide administrative sur la base des dispositions conventionnelles et légales applicables, force est de souligner que le TF a la volonté, quant à lui vouloir, d'étendre l'entraide administrative de manière la plus large possible.

Cette source de tension étant difficile à ne pas relever, la lecture de cet arrêt apporte plusieurs enseignements.

A. Lien entre principe de subsidiarité et la condition de la pertinence vraisemblable

En premier lieu, le TF tranche une question de doctrine sur le lien entre le principe de subsidiarité et la condition de la pertinence vraisemblable des renseignements transmis. Une grande partie de la doctrine considère que le principe de subsidiarité découle de la condition de la pertinence vraisemblable formant ainsi les deux faces d'une même pièce.

En revanche, le TF, s'appuyant sur l'opinion d'ANDREA OPEL^[1] ne partage pas cette opinion et soutient que l'examen de la pertinence vraisemblable des renseignements n'est pas lié au principe de subsidiarité. Cette autrice relève que la source du principe de subsidiarité ne figure pas à l'art. 26 du Modèle OCDE de Convention sur le revenu et la fortune (Modèle OCDE) mais uniquement du Commentaire OCDE et que le principe de subsidiarité découle en réalité du principe de la bonne foi qui doit prévaloir dans les relations internationales. D'un autre côté, la condition de la pertinence vraisemblable est strictement prévue par l'art. 26 Modèle OCDE (et partant de l'art. 28 CDI CH-FR).

En d'autres termes, le principe de subsidiarité constitue une condition de recevabilité formelle de la demande d'entraide administrative alors que la condition de la pertinence vraisemblable représente une condition matérielle autorisant l'entraide administrative. De ce fait, le respect de la condition du principe de subsidiarité n'entraîne pas nécessairement la réalisation de la condition de la pertinence vraisemblable de la demande.

A notre sens, cette interprétation n'est pas critiquable et constitue en réalité un éclaircissement tout à fait appréciable de la relation entre le principe de subsidiarité et la condition de la pertinence vraisemblable.

Il est vrai que ces principes ne visent pas les mêmes objectifs. Comme indiqué plus haut, le principe de subsidiarité vise à vérifier que la demande d'assistance administrative n'a été formulée qu'après l'Etat requérant ait utilisé les sources habituelles de renseignement prévues par sa procédure fiscale interne. En revanche, la condition de la pertinence vraisemblable a pour but de nous transmettre que les renseignements pertinents pour appliquer les dispositions de la convention dans le cadre de l'assistance administrative.

Chaque condition doit être examinée pour elle-même et la réalisation de l'une n'emportant pas celle de l'autre.

B. Moment déterminant de l'examen du principe de subsidiarité

L'arrêt met en exergue un point de désaccord avec le TAF, soit le moment de l'examen du principe de subsidiarité.

Selon le TF, l'appréciation du respect du principe de subsidiarité doit être effectué au moment de la formulation de la demande et l'Etat requis doit effectuer son analyse à ce moment-là. De ce fait, le TF estime qu'il n'est pas pertinent de savoir si l'Etat requérant obtient, en cours de procédure, des informations directement du contribuable visé parce que ce dernier choisit de collaborer spontanément ou conclut un accord avec les autorités fiscales.

De son côté, le TAF estime que l'obtention des informations ultérieurement au dépôt de la demande met en échec le principe de subsidiarité a posteriori.

[1] ANDREA OPEL, *Neuausrichtung der schweizerischen Abkommenspolitik in Steuersachen: Amtshilfe nach dem OECD-Standard*, Berne 2015, p. 165.

A notre sens, la position du TF semble hautement critiquable au regard de l'état de fait du cas d'espèce.

Dans son arrêt, le TF semble occulter le fait que la demande d'entraide administrative déposée par la France intervient à un moment où la France est en pleine discussion avec la contribuable. C'est dire que la procédure de droit n'était pas épuisée et que les informations en vue d'établir les éléments imposables pour les années 2010 à 2013 étaient en cours de collecte. En réalité, il est difficile de ne pas percevoir, dans le dépôt d'une demande d'entraide administrative, le moyen pour les autorités fiscales françaises de mettre une certaine pression sur la contribuable dans le contexte de sa procédure interne et certainement pas un moyen d'obtenir des informations que l'autorité fiscale française n'arrivait pas à recevoir dans le cadre de sa procédure interne. Il était donc clair que les discussions entre les autorités fiscales françaises et le contribuable avaient toujours cours.

Du reste, comme cela ressort clairement de l'arrêt du TAF, la contribuable a reconnu pleinement les éléments imposables dans un courrier du 11 décembre 2015, soit à peine trois mois après la dernière clarification sollicitée par l'AFC de la part des autorités fiscales françaises du fait que leur demande était incomplète.

Ainsi, force à de constater que la demande d'entraide administrative a été déposée à un moment où les discussions étaient encore vives avec la contribuable et allaient aboutir de manière définitive seulement quelques mois plus tard.

S'il est vrai que le protocole spécifie que la demande d'assistance administrative peut être formulée qu'après que l'Etat requérant ait utilisé les sources habituelles de renseignements prévues par sa procédure fiscale interne, il nous semble erroné de procéder à cet examen à un moment choisi souverainement par l'Etat requérant alors même que la procédure fiscale interne en cours n'a pas encore révélé l'intégralité des éléments imposables. A la lecture du cas d'espèce, il apparaît que les autorités fiscales françaises ne se trouvaient nullement dans une impasse au moment de la formulation de la demande.

En retenant cette interprétation, le TF semble perdre de vue le but du principe de subsidiarité qui est de ne pas faire peser sur l'Etat requis la charge d'obtenir des renseignements qui serait à la portée de l'Etat requérant en vertu de sa procédure fiscale interne. L'arrêt du TF ne réconcilie absolument pas cette contradiction et ouvre au contraire une incertitude supplémentaire qui avait été parfaitement résolue par le TAF. La solution retenue par le TF semble plus que discutable au regard de la chronologie des faits.

C. Principe de la bonne foi et de la confiance

S'il paraît légitime de présumer que la demande d'entraide administrative respecte les principes de la bonne foi et de la confiance, il n'en demeure pas moins que l'Etat requérant doit être effectivement de bonne foi. Dans le cas d'espèce, l'Etat français a indiqué avoir utilisé toutes les sources habituelles

de renseignements prévues par sa propre procédure fiscale tout en passant sous silence le fait que la contribuable était déjà en négociation avancée en vue d'obtenir un règlement global. De ce fait, on peut légitimement se poser la question de savoir si les moyens de procédure de droit interne avaient été effectivement utilisés.

Ce dernier aspect aurait déjà pu ébranler le principe de la bonne foi et de la confiance qui doit régner entre les Etats.

Contrairement à ce que soutient le TF, il ne s'agit pas d'examiner la bonne foi entre les autorités fiscales françaises et la contribuable, mais le fait qu'un accord était en cours de négociation puis conclu dans un délai que l'on peut qualifier de rapide en pareilles circonstances. En effet, au moment du dépôt de la demande d'entraide administrative par la France, cette dernière indique que les moyens de collecte du renseignement prévus par la procédure fiscale interne et utilisables à ce stade ont été épuisés. Or, le règlement global intervenant très peu de temps après le dépôt de la demande démontre, bien au contraire, que la procédure fiscale interne n'était nullement épuisée. Comme le dit le TAF, il apparaît que ni le règlement ni la procédure antérieure n'ont été portés à la connaissance de l'AFC, ce qui permet de faire douter légitimement du principe de la bonne foi au-delà du respect du principe de subsidiarité dont l'essence s'en trouve vidée par l'arrêt du TF dans le cas d'espèce.

C'est donc bien de la bonne foi qui doit régner entre les Etats dont il s'agit dans le cas d'espèce et non celle – également violée au demeurant – qui doit régir les relations entre l'autorité fiscale française et sa contribuable.

Il y a également lieu de souligner que c'est la contribuable qui a informé l'AFC du fait que le règlement global avait été conclu avec les autorités fiscales françaises. Le règlement contenait des conditions dont on ne pouvait pas encore affirmer qu'elles n'étaient pas respectées par la contribuable et qui ne dépendaient en aucun cas de l'issue de la demande d'entraide administrative.

L'arrêt du TF instaure, à notre sens, une certaine insécurité à l'égard des contribuables. Il conduit ces derniers à considérer qu'il n'est pas utile de collaborer avec son autorité fiscale compétente dans la mesure où cela ne met pas un terme à la demande d'entraide administrative. En d'autres termes, il n'y a aucun intérêt à participer à la procédure fiscale interne et à rechercher une solution si le contribuable a l'impression que tout accord final ou décision finale pourra être remise en cause par la demande d'entraide administrative pendante.

D. Caractère vraisemblablement pertinent des renseignements

L'arrêt met à jour un autre point de discordance entre le TF et le TAF.

Le TF estime que la demande d'entraide administrative vise des informations qui remplissent la condition de la pertinence vraisemblable s'agissant d'une personne dont l'autorité

requérante indiquait qu'elle devait être considérée comme fiscalement résidente française durant les années visées par la demande et partant assujettie aux impôts de manière illimitée. Le TF admet que la pertinence vraisemblable peut disparaître en cours de procédure. Il envisage du reste cette possibilité en présence du règlement d'ensemble intervenu entre les autorités fiscales françaises et la contribuable. Cependant, il appartient à la partie qui entend s'en prévaloir de le démontrer.

De son côté, le TAF relève que le règlement d'ensemble signé entre les autorités fiscales françaises et la contribuable constitue un contrat qui permet d'établir l'assiette de l'imposition sur les années 2010 à 2013 de Madame A. et de limiter le montant des pénalités. Le bien-fondé de cet accord ne peut être remis en cause selon les termes même du contrat que si Madame A. ne respecte pas l'engagement de régler les sommes laissées à sa charge en vertu du contrat signé dans les délais de mise en recouvrement des impositions notifiées par les autorités fiscales françaises. Il n'y a donc pas d'autres conditions qui permettent de remettre en cause l'accord par les autorités françaises. Le TAF constate donc que cet accord clôture la procédure fiscale ayant fondé la demande d'entraide administrative faisant ainsi perdre tout intérêt à cette dernière procédure pour l'autorité requérante. De ce fait, le TAF voit mal comment les renseignements pouvant être transmis dans le cadre de la procédure d'entraide administrative pourraient revêtir le caractère d'informations étant vraisemblablement pertinentes.

A notre sens, les motifs invoqués par les autorités fiscales françaises pour le maintien de la demande d'entraide n'ont pas été examinés avec toute l'attention requise par le TF.

D'abord, les autorités fiscales françaises invoquent le fait qu'une procédure contentieuse était toujours possible. C'est donc bien la preuve qu'une procédure contentieuse n'avait plus lieu d'être au moment où l'AFC sollicite le complément d'information. En d'autres termes, dès lors que le règlement global avait été signé entre la contribuable et les autorités fiscales françaises, il n'y avait plus de procédure contentieuse en cours.

Ensuite, les autorités fiscales françaises indiquent que le règlement des sommes dues par la contribuable constitue une condition dans le cadre du règlement. Or, les autorités fiscales françaises n'indiquent pas que la contribuable ait violé la condition en ne respectant pas les délais de paiement. Autrement dit, les autorités fiscales françaises n'invoquent pas le fait que la contribuable était déjà en infraction avec l'une des conditions du contrat signé. Cela tient au fait que le délai de recouvrement n'était pas échu.

De surcroît, les autorités fiscales françaises souhaitent s'assurer de la complétude et de l'exactitude des renseignements produits, la fourniture de renseignements incomplets pouvant aboutir à une reprise du contrôle et une remise en cause du règlement d'ensemble. Cette affirmation semble en contradiction manifeste avec le texte même du contrat

puisque l'art. 1 du règlement indiquait clairement que "l'Administration, après examen de l'affaire, accepte de retenir les éléments avancés par le Conseil de Madame A dans le courrier du 11 décembre 2015 pour établir l'assiette de son imposition sur les années 2010 à 2013". De ce fait, les autorités fiscales françaises acceptaient les éléments imposables discutés avec le conseil de Madame A. et ne se réservaient pas le droit de les remettre en cause par un moyen ou par un autre, en particulier par le biais d'une procédure d'entraide administrative.

Enfin, les autorités fiscales françaises invoquent le fait que la question de la responsabilité fiscale pénale de la contribuable ne pouvait pas être écarté à ce stade. Néanmoins, comme indiqué par le TAF, il s'agit d'une pure conjecture sur laquelle les autorités fiscales françaises n'apportent aucun élément.

C'est donc à tort et de manière très discutable que le TF accepte les explications fournies par l'autorité requérante afin d'admettre que la condition de la pertinence vraisemblable des informations demeurait.

En réalité, avec la conclusion du règlement d'ensemble, il aurait fallu purement et simplement constater que la condition de la pertinence vraisemblable n'était pas réalisée et cette question était épuisée dans le cadre de ce règlement global.

IV. Conclusion

Ainsi qu'on peut le constater, cet arrêt du TF marque une étape supplémentaire dans l'ouverture toujours plus grande dans le cadre de la procédure d'entraide administrative.

En premier lieu, si l'on peut saluer le fait que le TF ait bien distingué le principe de subsidiarité, qui est une condition formelle de recevabilité de la demande d'entraide administrative de la condition de la pertinence vraisemblable de l'information, qui est une condition matérielle de la procédure d'entraide administrative, on ne peut que regretter les considérants concernant le moment déterminant pour évaluer le respect des principes de subsidiarité.

Dans le cas d'espèce, il nous semble que les négociations qui avaient lieu entre les autorités fiscales françaises et la contribuable devaient conduire le TF à rejeter la demande d'entraide administrative d'autant plus que le règlement global intervenu entre l'Etat requérant et sa contribuable a eu lieu avant même la notification de la décision formelle par l'AFC d'accorder l'entraide. En admettant l'interprétation suivant laquelle le principe de subsidiarité doit être analysé au moment la demande d'entraide administrative, le TF donne un signe aux Etats étrangers qu'ils ont tout intérêt à déposer une demande en cours de procédure fiscale afin de garder la possibilité de maintenir vivante une procédure d'entraide administrative.

En outre, cela décourage clairement les contribuables à chercher une solution négociée ou à l'amiable avec leurs autorités fiscales locales. Les contribuables doivent plutôt laisser la procédure d'entraide administrative suivre son cours, ces derniers devant dans tous les cas se défendre après la remise des

informations issues de la procédure d'entraide administrative. Il n'y a donc aucun intérêt à trouver une solution et une issue finale à la procédure fiscale interne.

De plus, l'absence de mention de la procédure et de la négociation en cours avec la contribuable était clairement une situation qui devait inciter le TF à retenir une violation du principe de la bonne foi du fait que jamais la procédure n'a été évoquée par l'Etat requérant, cet aspect n'ayant été mis en avant que par la contribuable.

Enfin, le fait que le règlement global qui constitue un contrat signé entre l'Administration fiscale française et le contribuable indiquait que les autorités fiscales françaises acceptaient les éléments issus de la négociation et du règlement uniquement sous la condition du paiement des impôts devait clairement conduire le TF à considérer que la condition de la pertinence vraisemblable n'était pas réalisée. Les motifs invoqués par le fisc français ultérieurement à la signature du contrat n'était pas conforme aux termes du contrat pourtant bien connus du TF et les informations ainsi transmises ne pouvaient pas donner lieu à la révision du contrat.

Cet arrêt en défaveur de la contribuable marque une fois encore une étape supplémentaire vers une ouverture toujours plus importante de la procédure d'entraide administrative en faveur des Etats étrangers.

Trusts e libertà fondamentali: l'exit tax inglese nel caso Trustees of the P Panayi

La CGUE (C-646/15) ha affrontato il tema riguardante la compatibilità del regime di exit tax del Regno Unito con le libertà fondamentali nel caso di un trust



Martino Pinelli

LL.M. in Int. Tax Law,
Master of Advanced Studies SUPSI in Tax Law,
Head of Wealth Planning, Copernicus Wealth
Management and Services SA, Lugano

Nel caso Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements (C-646/15), la CGUE si è confrontata relativamente alla questione se un trust possa rivendicare o meno la protezione delle libertà fondamentali previste dal TFUE. Il problema trattato in questo caso concerne la compatibilità del regime sull'exit tax del Regno Unito con le libertà fondamentali nell'ambito dei trusts. La CGUE ha confermato la sua posizione secondo cui le exit tax sono consentite nel mercato interno, ma la loro riscossione immediata è sproporzionata. Il caso, tuttavia, solleva una serie di questioni riguardanti la portata della libertà di stabilimento e l'estensione ai trusts, che questo contributo affronta.

I. Introduzione

La Corte di giustizia dell'Unione europea (CGCE) si è nuovamente trovata di fronte alla domanda se il regime di exit tax sia compatibile oppure no con le libertà fondamentali. Ciò è stato, infatti, affrontato con il caso *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements* (causa C-646/15 del 14 settembre 2017) riguardante il regime di exit tax nel Regno Unito e la sua applicabilità in caso di trasferimento di residenza dei trustees al di fuori di tale Paese. Questo caso è uno dei più recenti in una linea di casi riguardanti questo tema^[1].

Nella sua decisione del 14 settembre 2017, oggetto del presente contributo, la CGUE ha reiterato la propria consolidata opinione secondo la quale l'immediata tassazione delle plusvalenze non realizzate sia contraria alle libertà fondamentali.

Ancora più importante, il caso ha richiesto alla CGUE di valutare il concetto di *trust* alla luce del diritto dell'Unione europea (UE) e di decidere se questo istituto giuridico, in quanto tale, possa fare affidamento sulle tutele delle libertà fondamentali. Il caso *Trustees of the P Panayi* è il primo caso che si occupa specificamente della comprensione del concetto di *trust* alla luce delle libertà fondamentali.

Questo articolo mira a valutare la posizione della CGUE, secondo cui i trusts, in quanto tali, possono fare affidamento sulla protezione delle libertà fondamentali – in particolare della libertà di stabilimento – in situazioni relative all'imposizione diretta.

[1] A titolo d'esempio alcuni casi – FR: CGUE dell'11 marzo 2004, C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* (riguardante la tassazione di utili in capitale non realizzati di persone fisiche); NL: CGUE del 7 settembre 2006, C-470/04, *N v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo* (riguardante utili in capitale non realizzati su azioni detenute da persone fisiche); NL: CGUE del 29 novembre 2011, C-371/10, *National Grid Indus BV v. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam* (riguardante il trasferimento di sede di una società dall'Olanda al Regno Unito); PT: CGUE del 6 settembre 2012, C-38/10, *European Commission v. Portuguese Republic* (riguardante l'exit tax nel caso di utili in capitale non realizzati in capo ad una società portoghese in occasione di un trasferimento cross-border di attività).

I. Introduzione	158
II. I fatti e le questioni sottoposte alla CGUE	159
A. I fatti e le regole interne	159
B. Le questioni poste alla CGUE.....	159
II. I punti principali della sentenza	159
A. Premessa	159
B. La procedura di incasso immediato è incompatibile con la libertà di stabilimento?	159
C. I trusts rientrano nell'ambito dello scopo personale della libertà di stabilimento.....	159
D. La gestione dei beni in trusts è coperta dallo scopo sostanziale della libertà di stabilimento	160
E. La gestione dei trusts è paragonabile con il cd. "place of effective management" delle società	160
III. Commenti	160
A. I trusts nel common law	160
1. Introduzione	160
B. I trusts nel diritto internazionale	160
1. I trusts nell'ambito del diritto internazionale privato... ..	161
2. I trusts nell'ambito del diritto internazionale tributario.....	161
3. I trusts nell'ambito del TFUE.....	162
4. L'amministrazione dei trusts comparabile al "place of effective management" delle società	163
IV. Conclusioni	163

II. I fatti e le questioni sottoposte alla CGUE

A. I fatti e le regole interne

Il caso riguarda beni che inizialmente sono stati trasferiti in *trust*. Tali beni erano rappresentativi del 40% di azioni in una *holding* industriale creata da un cittadino cipriota, residente nel Regno Unito, tale signor Panayi, il quale decise di trasferirli sia a sé stesso, sia alla KSL Trustees Limited (residente nel Regno Unito), quali *trustees*, affinché li amministrassero a beneficio dei suoi figli. Ciò ha portato alla creazione di quattro *trusts* retti dalla legge di Inghilterra e Galles. Il *settlor* mantenne il diritto di nominare nuovi o ulteriori *trustees*. La signora Panayi fu, quindi, successivamente nominata quale *trustee* aggiunto (cifra 1, par. 11-13).

Nel 2004, i coniugi Panayi si sono dimessi dal ruolo di *trustees* e hanno lasciato il Regno Unito, divenendo quindi non residenti. KSL Trustees Limited è rimasta per fungere da *trustee*, ma limitatamente ad un altro anno. A partire da quella data, furono nominati nuovi *trustees*, non residenti nel Regno Unito, bensì a Cipro. Di conseguenza, la maggioranza dei *trustees* non risultava più residente nel Regno Unito (cifra 1, par. 14).

Nel 2005, le azioni, detenute in *trust*, furono vendute e il ricavato reinvestito. Solo in quel momento i *trustees* presentarono la dichiarazione d'imposta, allegando una nota esplicativa (cifra 1, par. 15).

Secondo il *Taxation of Chargeable Gains Act 1992 (TCGA)*, i *trustees* devono essere trattati come un "single and continuing body of persons", considerati residenti nel Regno Unito a meno che l'amministrazione generale del *trust* sia effettuata al di fuori del Regno Unito e i *trustees* o la maggioranza di loro non siano residenti nel Regno Unito (cifra 1, par. 7).

Al momento del trasferimento di residenza della maggioranza dei *trustees* al di fuori del Regno Unito, le plusvalenze non realizzate sui beni detenuti in *trust* avrebbero dovuto essere oggetto di tassazione, in quanto tali plusvalenze avrebbero dovuto essere considerate come realizzate in maniera presuntiva^[2]. Questo regime di *exit tax* del Regno Unito non prevede alcun meccanismo di differimento.

B. Le questioni poste alla CGUE

Nel procedimento nazionale, il Tribunale di primo livello ha deciso di porre alla CGUE varie questioni. Lo scopo delle domande è stato quello di determinare se tale regime di *exit tax* violi oppure no le libertà fondamentali. Nei quesiti posti, il Tribunale ha specificatamente posto il tema dell'immediata ripresa a tassazione di plusvalenze accumulate nel periodo in cui i *trustees* sono stati residenti nel Regno Unito.

Il giudice del rinvio ha menzionato in particolare come la CGUE non ha avuto occasione di esaminare la questione di sapere se un *trust*, il suo disponente, i suoi *trustees* o i suoi

[2] La formulazione della disposizione applicabile indica che una realizzazione fittizia di riserve nascoste avviene al momento del trasferimento di residenza della maggioranza dei *trustees*, cioè la vendita dei beni e il loro immediato riacquisto al valore di mercato.

beneficiari possano contare su una qualsiasi delle libertà fondamentali (cifra 1, par. 20), domandando se la libertà di stabilimento, la libera circolazione di capitale e/o la libertà di fornire servizi possano trovare applicazione al caso in esame (cifra 1, par. 21).

Le domande poste sono state leggermente riformulate dalla CGUE ed insieme esaminate (cifra 1, par. 22). La CGUE ha preso in esame le domande così riformulate precisando che alle stesse deve essere risposto in sequenza in modo tale che, innanzitutto, viene determinato se i *trusts* siano da ricomprendere o meno nello scopo della libertà di stabilimento e, nel caso affermativo, se tale libertà sia applicabile al caso in esame (cifra 1, par. 22).

II. I punti principali della sentenza

A. Premessa

La CGUE si è concentrata su questioni che erano essenziali ai fini delle sue determinazioni. In particolare, ha verificato se l'immediato incasso dell'*exit tax* potesse essere contrario alla libertà di stabilimento, risp. alla relazione tra i *trusts* e le libertà fondamentali per quanto attiene l'*exit tax*.

B. La procedura di incasso immediato è incompatibile con la libertà di stabilimento?

In sostanza, la tassazione immediata delle plusvalenze non realizzate al momento del trasferimento della residenza della maggioranza dei *trustees* dal Regno Unito a Cipro è stata contestata con successo dal profilo dell'incompatibilità rispetto alle libertà fondamentali. Secondo la giurisprudenza della CGUE in materia di *exit tax*, l'incasso immediato delle imposte in caso di trasferimento di residenza o in caso di trasferimento di attività all'estero (verso un altro Stato membro dell'UE o dello Spazio economico europeo [SEE])^[3] è vietato.

Non sorprende, quindi, che la CGUE abbia ribadito il proprio ragionamento secondo cui un'imposizione immediata in caso di uscita dal Paese costituisca una restrizione (cifra 1, par. 45-47) che, se da una parte può essere giustificata da un motivo imperativo di interesse generale, vale a dire il mantenimento di una ripartizione equilibrata dei poteri imposizione fiscale tra Stati membri (cifra 1, par. 56), dall'altra non soddisfa il requisito di proporzionalità (cifra 1, par. 59).

C. I trusts rientrano nell'ambito dello scopo personale della libertà di stabilimento

Ancora più importante, la CGUE si è concentrata sul *trust* come veicolo di gestione patrimoniale e sulla comprensione di tale entità alla luce del diritto dell'UE. Secondo la CGUE, un *trust* è un istituto giuridico costituito secondo le leggi di uno Stato membro dell'UE (*in casu* il Regno Unito) che ha le proprie caratteristiche. Non può, quindi, essere considerato come una società o un'impresa in base al diritto civile o commerciale. Tuttavia, i *trusts* sembrano possedere diritti e doveri e possono agire autonomamente. Pertanto, un *trust*, in quanto tale, può essere coperto dal concetto di "altre persone

[3] CGUE dell'11 marzo 2004, C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, par. 46-47.

giuridiche" in conformità con la libertà di stabilimento (cifra 1, par. 29-34). Ciò consente ai *trusts* di poter fare affidamento sulle libertà fondamentali. Questi concetti saranno ripresi più avanti.

D. La gestione dei beni in trusts è coperta dallo scopo sostanziale della libertà di stabilimento

Un *trust*, come tale, può essere tutelato dalla libertà di stabilimento. Ciò significa che un *trust* deve condurre attività redditizie. La CGUE ha stabilito che, al fine di verificare se i *trusts* creati dal signor Panayi fossero a scopo di lucro o di carattere caritatevole o sociale, fosse sufficiente riferirsi al fatto che i beneficiari dei *trusts* potevano godere degli utili generati dalle attività detenute dagli stessi (cifra 1, par. 33).

Inoltre, la CGUE ha stabilito come la semplice gestione delle attività soddisfi la soglia di attività economica sufficiente in conformità con la libertà di stabilimento, purché l'attività stessa sia reale e genuina e non di natura caritativa o sociale.

E. La gestione dei trusts è paragonabile con il cd. "place of effective management" delle società

L'applicazione o meno dei regimi di *exit tax* dipende dal verificarsi di un trasferimento del luogo di gestione effettiva (o di residenza di una società), ovvero della residenza (di una persona) ovvero di un'attività all'estero. Tale trasferimento innesca una presunta realizzazione delle plusvalenze maturate durante il periodo in cui tale ente aveva la propria sede di gestione effettiva (o di residenza), ovvero una persona fisica aveva la propria residenza o un'attività fosse considerata situata nel Paese che applica tale istituto giuridico.

La CGUE ha affermato che l'amministrazione di un *trust* è trasferita al di fuori del Paese di origine in situazioni in cui la maggioranza dei *trustees* si trasferisce all'estero (cifra 1, par. 31). Tale trasferimento di amministrazione del *trust* è paragonabile a un trasferimento di sede di gestione effettiva delle società. Entrambi i trasferimenti possono comportare l'uscita dalla sovranità del sistema di tassazione delle plusvalenze maturate nello Stato di emigrazione, considerate queste come fittiziamente realizzate in seguito al trasferimento in un altro Stato.

III. Commenti

La decisione riguardante il caso *Trustees of the P Panayi* consente di commentare il concetto di *trust* alla luce delle libertà fondamentali, in particolare della libertà di stabilimento. Tale valutazione richiede, in primo luogo, un esame delle considerazioni generali relative al *trust* come veicolo giuridico basato sul *common law*. In secondo luogo, permette di commentare il contesto internazionale relativo ai *trusts*, a seguito dell'elemento transfrontaliero. Questi aspetti aprono la possibilità di valutare la decisione da una prospettiva più ampia, compresa la giurisprudenza della CGUE precedente.

A. I trusts nel common law

1. Introduzione

In generale, un *trust* è un dispositivo legale sviluppato in giurisdizioni appartenenti alla famiglia dei *common law*. Le

sue origini risalgono alla fine del Medioevo. Esso veniva usato come mezzo per trasferire la ricchezza all'interno di una famiglia^[4]. Invece di un semplice trasferimento di ricchezza senza corrispettivo tra i membri della famiglia, vale a dire un trasferimento di proprietà tra due parti, dal cedente (donante) al cessionario (donatario), il trasferimento in codesto caso comporta la creazione di un *trust* ordinario che, a sua volta, determina una relazione a tre: vi è un donatore (disponente), che dispone averi in un *trust*, affinché un *trustee* li amministri e successivamente li distribuisca nell'interesse di uno o più beneficiari. Il *trustee* acquisisce, quindi, il titolo legale (proprietà legale) della proprietà nell'interesse dei beneficiari, i quali detengono la *beneficial ownership*.

Oggigiorno, nell'ambito dell'*International Working Group of European Trust Law*^[5] sul diritto europeo dei *trust*, commentatori affermano come la "*dual ownership*" sia una caratteristica dello schema del *trust*, che comprende sia la proprietà legale in capo al *trustee*, sia la *beneficial ownership* in capo ai beneficiari. La caratteristica fondamentale del meccanismo del *trust* sembra, quindi, consistere in una separazione tra il controllo delle attività costituenti un *trust*, in capo al *trustee*, e il diritto ai benefici economici derivanti in ultima analisi da tali attività, in capo ai beneficiari^[6].

B. I trusts nel diritto internazionale

Il contesto *cross-border* del caso dà la possibilità di fare riferimento alla normativa internazionale in materia sia di *soft-law* sia di *hard-law*, in particolare nello scenario *intra-UE*, poiché la CGUE ha già indicato in precedenti casi come potrebbe essere utile consultare altri materiali interpretativi, quali il Commentario sul Modello di Convenzione fiscale dell'OCSE in materia di imposte sul reddito e sul capitale (M-OCSE sui redditi, versione del 2017) e il Modello dell'OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni sulle successioni e sulle donazioni (M-OCSE sulle successioni, versione del 1982). Sembra, quindi, ragionevole applicare un approccio comparabile ad un caso *cross-border*, il cui esito dipende direttamente dalla comprensione dell'istituto del *trust*.

Oltre alle possibili fonti di diritto fiscale, nel contesto dei *trust*, potrebbe anche essere consigliabile consultare materiali elaborati in base al diritto internazionale privato, come la Convenzione dell'Aja del 1984 sulla legge applicabile ai *trust* e al loro riconoscimento (Convenzione dell'Aja)^[7] e la relazione sui *trust* e le istituzioni analoghe.

[4] JOHN H. LANGBEIN, *The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, 107 *Yale L.J.*, 1997, pp. 165 e 190.

[5] DAVID J. HAYTON/S.C.J.J. KORTMANN/H.L.E. VERHAGEN (a cura di), *Principles of European Trust Law: Law of Business and Finance Vol. 1*, Kluwers Law International 1999.

[6] ADAIR DYER, *International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention*, 32 *Vand. J. Transnat'l L.*, 1999, p. 1000 (cit. Hague Convention 1).

[7] *Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Their Recognition*, del 1° luglio 1985, in: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=59> (consultato il 21.03.2019).

Sembra che sia la Convenzione dell'Aja[8] sia la Convenzione contro le doppie imposizioni (CDI) tra Cipro e Regno Unito del 1974[9] potrebbero applicarsi nel contesto transfrontaliero del *trust* del sig. Panayi.

1. I trusts nell'ambito del diritto internazionale privato

Il diritto internazionale privato riguarda questioni relative ad un conflitto di norme di diritto privato in situazioni transfrontaliere, in particolare concerne l'applicabilità delle leggi in materia civile e commerciale.

La Convenzione dell'Aja tratta questioni riguardanti la legge applicabile e il riconoscimento dei *trusts* nelle giurisdizioni sia che conoscono questo istituto sia in quelle che non lo conoscono. Lo scopo non è quello di introdurre il *trust* nelle leggi nazionali degli Stati che non lo conoscono, quanto piuttosto quello di stabilire dei principi comuni al fine di dirimere eventuali conflitti di leggi nel rispetto della legge applicabile, sia nel caso riguardi Paesi che conoscono tale istituto nel proprio ordinamento sia riguardi Paesi che, invece, non lo conoscono[10].

Come tale, si propone di armonizzare l'approccio degli Stati ai *trusts*, evitando così ogni possibile aggravamento delle differenze tra loro con l'obiettivo di produrre una maggiore certezza del diritto e una maggiore tutela dei diritti di proprietà[11].

La Convenzione dell'Aja include una definizione del concetto di *trust*. Secondo l'art. 2, ai fini della Convenzione dell'Aja: "per *trust* s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente – con atto tra vivi o mortis causa – qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato. Il *trust* è caratterizzato dai seguenti elementi:

- a) i beni in *trust* costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee;
- b) i beni in *trust* sono intestati al trustee o ad un'altra persona per conto del trustee;
- c) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del *trust* e secondo le norme imposte dalla legge al trustee.

Il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà o che il trustee abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*".

[8] Il Regno Unito è parte della Convenzione, firmata il 10 gennaio 1986. La relativa Convenzione fu introdotta dal Parlamento alla fine del 1986; cfr. ADAIR DYER, *Introductory Note on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition*, *Uniform Law Review*, Vol. 05-13, Issue 1, 1° gennaio 1985, pp. 274-296, p. 283 (cit. Hague Convention 2).

[9] *Convention between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Cyprus for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*, del 20 giugno 1974.

[10] DAVID HAYTON, *The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition*, 36 *Int'l & Comp. L.Q.*, p. 260.

[11] HAYTON (nota 10), p. 261.

Questa definizione, che non è né completa né molto precisa[12], descrive le caratteristiche di base di un *trust*[13]. Viene comunemente soprannominata una definizione di "gateway", il cui scopo è di consentire a giudici e avvocati, in Paesi che non prevedono tale istituto giuridico, di identificare dispositivi basati sul *trust* in base alle loro specifiche caratteristiche operative[14]. L'importanza pratica dei *trusts* può essere vista nel fatto che i beni del *trust* costituiscono un fondo separato e non fanno parte della proprietà del trustee[15].

La caratteristica più significativa della Convenzione dell'Aja è che tratta il *trust* come un istituto giuridico *sui generis*[16]. Ciò significa che il *trust* è un'istituzione peculiare a sé stante ai sensi della Convenzione.

I lavori preliminari e la Convenzione dell'Aja menzionano di per sé la tassazione dei *trust*. Secondo l'art. 19 della Convenzione dell'Aja, nulla nella Convenzione pregiudica i poteri degli Stati in materia fiscale. Si è, quindi, prestata attenzione a garantire alle autorità fiscali dei vari Stati di non essere in alcun modo vincolati dalle disposizioni della Convenzione dell'Aja dirette agli effetti dei *trust* in base al diritto civile (ma non in base al diritto pubblico). Si sperava, tuttavia, che la Convenzione dell'Aja avrebbe potuto aiutare le autorità fiscali degli Stati che non conoscono il *trust* a determinare il modo appropriato di affrontare questo istituto al fine di regolamentarlo dal profilo fiscale[17]. In pratica, ciò potrebbe significare, ad es., che un *trust* caritatevole, per poter beneficiare dei privilegi quale *trust* nel Regno Unito, debba essere di carattere caritatevole in conformità con la legislazione nazionale inglese. Questo criterio non è influenzato dalla Convenzione dell'Aja[18]. L'esclusione delle questioni fiscali non è sorprendente se si considera una differenza nel *modus operandi* del diritto pubblico e di quello privato negli scenari internazionali. Tuttavia, le questioni fiscali sono un'importante preoccupazione degli specialisti in giurisprudenza[19].

2. I trusts nell'ambito del diritto internazionale tributario

Oltre alla Convenzione dell'Aja e i lavori preparatori, i commentari elaborati dall'OCSE potrebbero pure servire come prezioso strumento interpretativo.

La comprensione dei *trusts*, in termini di norme fiscali, può essere trovata nel Commentario M-OCSE sulle successioni. All'art. 1 M-OCSE sulle successioni si afferma, infatti, che: "under the laws of most countries arrangements can be made by which the ownership rights in property can be split, thus enabling the right to enjoy the benefits of property to devolve or to be transferred

[12] DYER, *Hague Convention 2* (nota 8), p. 279.

[13] EMMANUEL GAILLARD/DONALD T. TRAUTMAN, *Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts*, 35 *Am. J. Comp. L.*, p. 317.

[14] DYER, *Hague Convention 1* (nota 6), p. 1000.

[15] GAILLARD/TRAUTMAN (nota 13), p. 317.

[16] DYER, *Hague Convention 2* (nota 8), p. 280.

[17] DYER, *Hague Convention 1* (nota 6), p. 1017; GAILLARD/TRAUTMAN (nota 14), p. 322.

[18] HAYTON (nota 10), p. 280.

[19] GAILLARD/TRAUTMAN (nota 13), p. 322.

according to the wishes of the original owner or of the persons designated by him without any change of formal legal ownership. The arrangements available vary from country to country”[20].

Il relativo Commentario descrive il *trust* come uno strumento legale complesso in cui: “one person, the «trustee», who is the «legal» owner of property, holds the property under a legally enforceable obligation to use it for the benefit of another person or group of persons, the «beneficiary» or «beneficiaries», who are the «beneficial» owners of the property. A trust generally is created when one person, the «settlor», transfers property to a designated trustee (or trustees), with directions that the trustee exercises control over the property in a particular way for the benefit of the beneficiaries”.

Abbastanza sorprendentemente, il *trust* non è definito ai fini del M-OCSE sui redditi. Il relativo Commentario cita il *trust* in relazione alla possibilità di rivendicare il diritto al trattato, che dipende dal soddisfacimento dei requisiti nell'ambito della portata personale di un particolare trattato, cioè se tale istituto giuridico – un *trust* – possa essere considerato una persona residente in uno o entrambi gli Stati contraenti. Le menzioni del Commentario si ritrovano nel contesto dei veicoli di investimento collettivo[21] e indicano che tali veicoli potrebbero essere considerati società o *trusts*, semplici accordi contrattuali o una forma di comproprietà. In questo senso, i *trusts* sono paragonati a tali veicoli di investimento in termini di loro natura. Il Commentario afferma che “se un veicolo di investimento collettivo è un «residente» di uno Stato Contraente non dipende dalla sua forma giuridica (purché sia qualificato come persona) ma dal suo trattamento fiscale nello Stato in cui è stabilito”[22]. Ciò significa che la qualifica di un *trust*, in quanto entità trasparente o non trasparente, dipende dalla sua natura ai sensi della normativa fiscale nazionale dello Stato contraente[23]. A mente del Commentario, il regime fiscale nazionale dovrebbe essere decisivo.

Inoltre, è opinione prevalente che i regimi di *exit tax* non violino le CDI[24]. Ciò significa che l'art. 13 CDI di Cipro-Regno Unito non influenzerebbe il diritto di imposizione del Regno Unito a riscuotere le imposte sulle plusvalenze non realizzate a seguito del trasferimento dell'amministrazione di un *trust* al di fuori del Regno Unito.

[20] OECD Estate, Inheritance and Gift Model Convention: Commentary on Art. 1, par. 14, del 3 giugno 1982.

[21] OECD Model: Commentary on Art. 1, par. 23-29, 2017.

[22] OECD Model: Commentary on Art. 1, par. 25, 2017.

[23] JOHN F. AVERY JONES, *The treatment of trusts under the OECD Model Convention: Part 2*, 3 BTR, 1989, pp. 65-75; PHILIP BAKER, *The Application of the Convention to Partnerships, Trusts and Other, Non-Corporate Entities*, 2 GITC Review 1, 2002, pp. 12-21.

[24] OECD/G20, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report*, par. 65-67, 2015; STEVEN PEETERS, *Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool*, 3 EC Tax Rev, 2017, p. 123; FERNANDO DE MAN/TIJU ALBIN, *Contradicting Views of Exit Taxation under OECD MC and TFEU: Are Exit Taxes still Allowed in Europe*, 39, in: *Intertax* 12, 2011, p. 103; JAN WILLEM J. DE KORT, *Levy upon Emigration of a Substantial Participation Holder: an Infringement of Article 13 of the OECD Model Convention?*, 31 *Intertax* 3, 2003, p. 103; GERALD TOIFL, *Die Wegzugsbesteuerung*, 1996, p. 31.

3. I trusts nell'ambito del TFUE

La CGUE ritiene che la libertà di stabilimento sia applicabile ai *trusts* nei casi in cui sono esposti all'*exit tax* al momento del trasferimento della loro sede amministrativa al di fuori del Regno Unito.

Il trasferimento è avvenuto in un contesto *intra-UE* (dal Regno Unito a Cipro). La CGUE ha, quindi, interpretato le disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE) relative alla libertà di stabilimento, in particolare l'art. 54 TFUE, in cui si afferma che: “le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri. Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro”.

Nel caso in esame, la libertà di stabilimento avrebbe potuto essere applicabile se i *trusts* fossero caduti nella portata personale della libertà di stabilimento.

Lo scopo personale della libertà di stabilimento è determinato conformemente all'art. 54 TFUE, il quale prevede che la libertà di stabilimento sia, *inter alia*, applicabile a società o imprese. Questa forma di *business* copre anche le altre persone giuridiche governate dalle norme sia di diritto pubblico sia di diritto privato. Inoltre, tali persone non possono essere stabilite allo scopo di perseguire attività a carattere caritatevole.

L'estensione ai *trusts* in quanto tali della protezione delle libertà fondamentali necessita di prendere in considerazione le circostanze fattuali del caso nonché le norme nazionali applicabili.

Secondo le circostanze di fatto, i *trustees* hanno trasferito la propria residenza dal Regno Unito a Cipro. Ciò che è stato messo in discussione è relativo al fatto se il trasferimento della loro residenza, possa essere indicativo del trasferimento della residenza del *trust*.

Secondo la norma interna inglese in esame, l'*exit tax* è applicabile sulle plusvalenze non realizzate su azioni maturate quando i *trustees* erano residenti nel Regno Unito e considerate come realizzate a seguito dello spostamento della residenza della maggioranza dei *trustees* al di fuori del Regno Unito. Si ricorda che i *trustees*, ai fini della norma inglese sull'*exit tax*, sono intesi costituire *single and continuing body of persons*.

Sembra che le conseguenze fiscali del trasferimento di residenze della maggioranza dei *trustees* al di fuori del Regno Unito siano valutate nei confronti dei *trustees* dato che il trasferimento degli stessi fa scattare la tassazione delle plusvalenze maturate nel tempo sulle azioni detenute da loro in *trust*. Tale proprietà costituisce un patrimonio distinto dalle proprietà personali dei *trustees*, dato che la cd. “beneficial

ownership” spetta ai beneficiari del *trust*. Tuttavia, la tassazione delle plusvalenze non realizzate può anche influenzare la situazione dei beneficiari.

Ne consegue che il *trust* necessariamente è localizzato nel posto in cui viene svolta l'amministrazione dello stesso. Nel determinarlo si deve tenere conto anche della residenza dei *trustees*, cioè delle persone che sono responsabili di gestire tali averi.

Sembra, quindi, che l'obiettivo del regime di *exit tax* in esame sia determinare il luogo di amministrazione del *trust* (suo residenza) in caso di partenza dal Regno Unito[25]. Il legislatore nazionale inglese vuole, in definitiva, indicare ciò che costituisce un elemento rilevante ai fini dell'applicazione dell'*exit tax*. La tassazione in caso di partenza dal Paese risulta, quindi, applicabile se il luogo di amministrazione dei beni gestiti in *trust*, attraverso i *trustees*, è trasferito fuori dal Regno Unito, e ciò avviene quando la maggior parte dei *trustees* non è più residenti in quel Paese.

Si precisa come la norma inglese non indichi che tale cambiamento implichi un trasferimento di beni all'estero (cifra 1, par. 31-32).

La CGUE ha stabilito che un *trust* può richiedere la protezione della libertà di stabilimento dal momento che rientra nell'ambito soggettivo di tale libertà. In tal modo, la CGUE ha indicato che un *trust* è un fondo separato che può possedere diritti e doveri a proprio nome e, quindi, soddisfa i requisiti previsti per le “altre persone giuridiche” governate dal diritto pubblico o privato di uno Stato membro dell'UE (cifra 1, par. 34). Questo significa che la CGUE ha preso la posizione che, da un punto di vista del diritto euro-unitario, il regime interno sull'*exit tax* è applicabile al *trust* come tale, e non ai *trustees*. Ciò è coerente con la portata della norma interna inglese secondo la quale il trasferimento all'estero della sede dell'amministrazione del *trust* determina l'applicazione dell'*exit tax*.

La qualificazione sviluppata dalla CGUE significa che un *trust* non possa essere considerato come un semplice contratto alla luce del diritto euro-unitario[26].

I *trusts* stabiliti dal sig. Panayi avevano una valida natura commerciale e perseguivano un obiettivo di lucro, in quanto non costituiti a fini caritatevoli. Essi sono stati stabiliti nel Paese in cui il sig. Panayi, sua moglie e i suoi figli vivevano. La gestione dei beni è stata affidata non solo ai membri della famiglia, ma anche ad una società specializzata nella gestione dei *trusts*. Sembra che il *trust* abbia operato per un certo numero di anni prima del trasferimento all'estero della propria amministrazione tramite un trasferimento di residenza della maggioranza dei suoi *trustees*. I beneficiari erano in grado di ottenere benefici anche dal patrimonio. Ne consegue che i

trusts nel caso *Trustees of the P Panayi* non erano da considerare come *wholly artificial arrangements*.

Da notare come l'esclusione di altre persone giuridiche avente carattere caritatevole può portare alla conclusione, coerentemente con quanto deciso nel caso *Stauffer*[27], che i *trusts* caritatevoli potrebbero non essere in grado di avvalersi della libertà di stabilimento[28].

4. L'amministrazione dei trusts comparabile al “place of effective management” delle società

L'*exit tax* richiede che un'azienda o un individuo si trasferisca all'estero o che i suoi beni siano trasferiti all'estero. I trasferimenti relativi alle società (o delle proprie stabili organizzazioni) devono essere valutati alla luce del proprio *place of effective management*[29]. Dal momento che un *trust* non è una società secondo il diritto comunitario, è possibile che non abbia un *place of effective management*.

La CGUE ha indicato che un *trust* può essere qualificato come “*altra persona giuridica*” alla luce della libertà di stabilimento (cifra 1, par. 28-43). Affinché possa essere annoverato tra le persone giuridiche, non è necessario avere una propria personalità giuridica, bensì avere requisiti di propria autonomia in base alla legge interna applicabile. Alcuni fattori indice di indipendenza di un *trust* includono l'esistenza di un fondo separato, la possibilità di possedere i diritti e obblighi a proprio nome come pure la gestione operata da *trustees* (cifra 1, par. 32-34).

Sebbene nella sentenza non è prevista una chiara definizione del concetto di amministrazione di beni in *trust*, si può concludere che il luogo di amministrazione di *trust* sia comparabile con il *place of effective management* delle società (cifra 1, par. 39).

IV. Conclusioni

Alla CGUE è stato chiesto di decidere una questione molto importante tale da influenzare la natura operativa dei *trusts* nell'ambito del mercato interno. Le risposte ai quesiti inviati dal Tribunale del Regno Unito possono avere effetti di vasta portata in termini di rapporti all'interno del mercato interno. Il problema riguardo alla relazione tra il *trust* e le libertà fondamentali era al centro del caso *Trustees of the P Panayi*.

La CGUE ha deciso che i *trusts*, in quanto tali, possono avvalersi sulla libertà di stabilimento. Le limitazioni possono essere interpretate solo in modo restrittivo (cifra 1, par. 27).

La CGUE si è concentrata su cinque elementi per giustificare la sua posizione relativa ai *trusts* che, in quanto tali, possono contare sulla libertà di stabilimento, cioè:

[27] CGUE del 14 settembre 2006, C-386/04, *Centro de Musicologia Walter Stauffer v. Finanzamt München für Körperschaften*.

[28] La possibilità di domandare la protezione delle libertà fondamentali da parte delle organizzazioni caritatevoli è stata analizzata da SABINE HEIDENBAUER, *Charity Crossing Borders: The Fundamental Freedoms' Influence on Charity and Donor Taxation*, in: Europe, 2011, pp. 105-138.

[29] CGUE del 29 novembre 2011, C-371/10, *National Grid Indus*, par. 33.

[25] AVERY JONES (nota 23), p. 462.

[26] Il wording usato nel parere dell'Avvocato Generale in *Trustees of the P Panayi* (C-646/15), par. 27: “*however, sometimes trusts are regarded as a purely contractual obligation to administer external assets*”.

- a) un *trust* è un istituto giuridico che può essere creato sotto la legge nazionale di uno Stato membro dell'UE;
- b) un *trust* è un dispositivo legale *sui generis* che è considerato come "altra persona giuridica", ciò che determina l'inclusione nell'ambito soggettivo della libertà di stabilimento, dal momento che può possedere i diritti e obblighi a proprio nome (cifra 1, par. 32);
- c) i *trust* costituiscono un fondo separato costituito da beni detenuti in *trust* dai *trustees* a beneficio degli altri, il che significa che nel caso dei *trust* la proprietà è separata dalla personale dei *trustees* (cifra 1, par. 30) e i *trustees* sono obbligati a gestire gli averi in *trust*, ciò che in definitiva significa che i *trust* possiedono un luogo di amministrazione;
- d) la norma interna inglese definisce l'assoggettamento all'*exit tax* nel Regno Unito in relazione al *trustee* come *body of persons*, cioè un trasferimento di residenza della maggioranza degli stessi è considerato come un trasferimento del luogo di amministrazione del *trust* (*trust* da intendersi come entità non trasparente in base secondo l'*exit tax* inglese);
- e) la mera gestione delle attività detenute in *trust* e i potenziali benefici generati da tale attività nell'interesse dei beneficiari rappresenta una valida attività economica nella misura in cui non siano coinvolte attività a carattere caritatevole (cifra 1 par. 32).

In sostanza, la CGUE ha deciso di considerare il *trust* come un veicolo legale separato, assoggettato alle norme nazionali sull'*exit tax*, le cui caratteristiche sono definite dalla legge nazionale. Questa posizione ha permesso alla CGUE di andare concedere al *trust* l'applicazione delle libertà fondamentali, in particolare quella di stabilimento d'impresa.

La libera circolazione dei capitali non era per contro applicabile in quanto l'evento scatenante la tassazione in uscita dal Regno Unito era il trasferimento del luogo di amministrazione del *trust*.

Anche la libertà di fornire servizi non era applicabile poiché la norma interna esaminata non concerneva servizi che avrebbero potuto riguardare le parti coinvolte. L'applicabilità della libertà fondamentale è stata, quindi, stabilita alla luce della struttura e l'obiettivo del regime fiscale interno.

La posizione della CGUE non può essere contestata alla luce del ragionamento articolato nel caso *Cadbury Schweppes*^[30], poiché il *trust* persegue un'attività di gestione patrimoniale reale e nota alle autorità fiscali. Tuttavia, la soglia che la CGUE sembra sostenere nel caso *Trustee of the P Panayi* potrebbe, a parere di chi scrive, aprire ad abusi. Il mero uso di un *trust* come strumento di elusione fiscale poco probabilmente potrà costituire un abuso, a meno che non costituisca un *wholly artificial arrangement* (che deve essere deciso sulla base di fatti).

Il ruolo dei *trusts* in situazioni di pianificazione successoria *cross-border* è stato rafforzato, in particolare dato che la mera gestione di *assets* detenuti in *trust* per altri beneficiari rispetta i requisiti minimi di attività di impresa ai fini di godere della protezione della libertà di stabilimento.

[30] CGUE del 12 settembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

**Per i tuoi servizi bancari,
scegli comodità e risparmio.**

Pacchetto
GIOVANE



Pacchetto
FAMIGLIA



Pacchetto
INDIVIDUALE



Pacchetti BancaStato

La banca disegnata per te.

Per i tuoi servizi bancari scegli la soluzione unica a prezzo fisso che ti dà tutto incluso: conti, carte di credito e carte Maestro, prelevamenti senza spese in tutta la Svizzera e assicurazioni su viaggi e shopping.

Scopri di più su www.bancastato.ch/pacchetti

