

Esterovestizione: profili penal-tributari e conseguenze sanzionatorie (1)

di Piergiorgio Valente* e Ivo Caraccioli**

1. Premessa – 2. Definizione preventiva della fattispecie – 3. Conseguenze della riqualificazione della residenza in Italia – 4. Società esterovestite e profili penal-tributari – 4.1 I reati configurabili – 4.2 Incidenza in sede penale della sede della società.

Directors of so-called “relocated” (i.e., fictitious foreign residence) companies that lose a case pursuant to the presumption set forth under par. 5-bis of art. 73 TUIR (i.e., Italian Income Tax Code) – on the grounds that the same were not able to produce proof to the contrary in view of such evidence not being deemed acceptable/valid by the Tax Authorities – may expect to receive a tax assessment notice related to the recapturing of evaded taxes and may also incur significant penalties/sanctions for both, tax and criminal purposes. Criminal sanctions generally raise the greatest concern for any party carrying out entrepreneurial activities, by reason of the further implications related thereto (revocation of overdrafts, prohibition to participate in bids and tenders, impossibility to carry out executive functions with legal entities, ecc.).

* *Chairman* del Comitato Fiscale della *Confédération Fiscale Européenne* (CFE). *Bureau Member* del *Taxation and Fiscal Policy Committee* del BIAC (*Business and Industry Advisory Committee to the OECD*). Docente titolare al Corso Superiore della Scuola di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza.

** Già Ordinario di diritto penale presso l'Università di Torino. Presidente del “Centro di Diritto Penale Tributario”.

(1) Il presente articolo è tratto, con modifiche e adattamenti, dall'opera di P. VALENTE – D.M. CARDONE, *Esterovestizione: profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, 2015.

1. PREMESSA

La (eventuale) riqualificazione in Italia della residenza fiscale di società ed enti esteri pone alcuni profili di criticità in ordine ai possibili effetti ai fini della configurabilità o meno delle responsabilità penal-tributarie previste dal D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

Va ricordato che l'art. 73, comma 5-*bis* del TUIR prevede una "presunzione" legale per effetto della quale i soggetti esteri che hanno nel territorio dello Stato la "sede dell'amministrazione" si considerano fiscalmente residenti nello Stato italiano. Si tratta in realtà di una disposizione che si colloca al limite tra il "criterio di imposizione" e la "presunzione assoluta", ma che si avvicina molto a quest'ultima in quanto ne ha i caratteri distintivi (2).

Mentre il comma 3 dell'art. 73 del TUIR disciplina i criteri sostanziali di collegamento delle entità giuridiche costituite all'estero alla residenza fiscale in Italia, la norma prevista nel comma 5-*bis* dell'art. 73 del TUIR (3) ha carattere esclusivamente procedurale, inserendo una presunzione relativa, la quale determina l'inversione dell'onere della prova a carico delle società estere – che detengono partecipazioni di controllo in società italiane – gestite ovvero controllate, anche indirettamente, da parte di soggetti d'imposta italiani.

Pertanto, si considera esistente nel territorio dello Stato, salvo prova contraria, la sede dell'amministrazione di società ed enti non residenti che

(2) Si considera, infatti, presunzione legale la conseguenza che la legge trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato (art. 2727 c.c.).

(3) Introdotta, unitamente al comma 5-*ter* dell'art. 73 del TUIR, dall'art. 35, comma 13, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223 (in vigore dal 4 luglio 2006), convertito nella Legge 4 agosto 2006, n. 248. Gli elementi di fatto previsti dalla norma, astrattamente idonei a sorreggere la presunzione di esistenza nel territorio dello Stato italiano della sede dell'amministrazione delle società estere, dispensano l'Amministrazione finanziaria dal fornire la prova concreta della reale esistenza in Italia dell'*effective place of management and control*, i cui criteri di individuazione sono stati elaborati dalla giurisprudenza e, in ambito internazionale, a livello OCSE.

Per approfondimenti cfr. P. VALENTE – D.M. CARDONE, *Esterovestizione: profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, 2015, p. 168 ss.; P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, 2012, p. 200 ss.; P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014, p. 827 ss.

detengano partecipazioni dirette di controllo in società ed enti residenti, qualora lo stesso soggetto estero sia a sua volta, alternativamente:

- controllato, anche indirettamente, da società ovvero enti residenti nel territorio dello Stato ai sensi dell'art. 2359 comma 1 c.c.;
- amministrato da un Consiglio di amministrazione, o altro organo di gestione, composto in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato (4).

La (eventuale) contestazione da parte dell'Ente verificatore (Guardia di Finanza o Agenzia delle Entrate) della residenza fiscale in Italia di società o enti esteri, in applicazione di una delle disposizioni sopra richiamate, evidenzia la necessità di verificare attentamente le possibili conseguenze che potrebbero verificarsi in capo al soggetto estero sotto i distinti aspetti:

- fiscali;
- penal-tributari,

anche con riferimento ai profili di responsabilità per coloro che potrebbero essere considerati amministratori (di fatto) della società estera.

2. DEFINIZIONE PREVENTIVA DELLA FATTISPECIE

In assenza di espressa previsione normativa, si ritiene che la prova circa l'esistenza all'estero della sede dell'amministrazione debba essere fornita in sede di accertamento.

Infatti, non è prevista la possibilità di dimostrare in via preventiva l'inapplicabilità della suindicata norma al caso concreto (come, invece, disciplinato in ambito CFC) né è possibile anticipare il momento del contraddittorio entro termini utili per l'adempimento spontaneo.

(4) La residenza degli amministratori deve essere stabilita sulla base dei criteri previsti dall'art. 2 del TUIR. La società sarà considerata fiscalmente residente in Italia "qualora, per la maggior parte del periodo d'imposta, risulti prevalentemente amministrata da consiglieri residenti nel territorio dello Stato" (Circolare Agenzia delle Entrate, 16 febbraio 2007, n. 11, § 12.3).

Al fine di “vincere” la presunzione in commento, non sembra neanche possibile formulare istanza di interpello preventivo, posto che il superamento della presunzione di residenza verte eminentemente su questioni di fatto, mentre la procedura di interpello ordinario prevista dall’art. 11 della Legge 27 luglio 2000, n. 212 (5) si riferisce a “obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione” di una norma.

Non sembrano, inoltre, applicabili alla fattispecie in oggetto (ove non ricompresa in più ampie operazioni di ristrutturazioni aziendali) le ipotesi di interpello antielusivo di cui all’art. 21 della Legge 30 dicembre 1991, n. 413, né di interpello disapplicativo di cui all’art. 37-*bis*, comma 8, del D.P.R. n. 600 del 1973 (6), né di quello relativo alle società controllate estere (c.d. “CFC”) di cui all’art. 167 del TUIR né, infine, di *ruling* di *standard* internazionale (art. 8 del D.L. n. 269 del 2003).

A proposito di quest’ultimo, si rileva che lo schema di decreto c.d. “Internazionalizzazione” – in via preliminare approvato dal Consiglio dei

(5) La Circolare n. 9/E del 13 febbraio 2003 dell’Agenzia delle Entrate – Direzione Generale Normativa e Contenzioso – ha esplicitamente ammesso i soggetti esteri alla presentazione di istanze di interpello e ne ha disciplinato le modalità, anche con riferimento all’Agenzia territorialmente competente a ricevere dette istanze, indicata nella sede di Roma dell’Agenzia stessa.

Per approfondimenti cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014, p. 2985 ss.

(6) Con la Risoluzione 5 novembre 2007, n. 312/E (prima risoluzione “pilota” in tema di esteroinvestizione successivamente all’introduzione dei commi 5-*bis* e 5-*ter* dell’art. 73 ad opera del D.L. n. 223 del 2006), l’Agenzia ha ritenuto inammissibile l’istanza di interpello “ordinario” presentata da una *holding* di mera gestione di partecipazioni con sede legale ed amministrativa in Amsterdam, diretta a chiarire, ai sensi dell’art. 73, comma 5-*bis* del TUIR e dell’art. 4 par. 3 della Convenzione Italia-Paesi Bassi, in quale Stato essa debba ritenersi fiscalmente residente.

In particolare, secondo l’Agenzia la verifica dell’effettiva sede dell’amministrazione di una società “investe complessi profili di fatto del reale rapporto di una società con un determinato territorio non valutabili in sede di interpello c.d. ordinario o interpretativo”.

La prova contraria, diretta al superamento della presunzione posta dal comma 5-*bis* dell’art. 73 del TUIR, al contrario, potrà essere offerta in sede di accertamento fiscale e non mediante interpello c.d. “disapplicativo” previsto dall’art. 37-*bis*, comma 8, del D.P.R. n. 600 del 1973.

Ministri italiano in data 21 aprile 2015 – prevede l’abrogazione dell’art. 8 del D.L. n. 269 del 2003 e l’introduzione di un nuovo strumento “Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale”, disciplinato dall’art. 31-*ter* del D.P.R. n. 600 del 1973 (D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 ndr).

Il nuovo strumento, oltre a consentire alle imprese con attività internazionale di definire preventivamente le tematiche già previste per il *ruling* di *standard* internazionale, consentirà anche la definizione preventiva dei valori di uscita o di ingresso in caso di trasferimento della residenza, rispettivamente, ai sensi degli artt. 166 e 166-*bis* del TUIR.

Sotto il profilo dell’efficacia e della opportunità di addivenire alla procedura di interpello ordinario *ex* Legge n. 212 del 2000, pare opportuno effettuare alcune considerazioni in merito a talune questioni che presentano profili di criticità.

Le questioni che potrebbero essere prospettate in tema di individuazione della sede dell’amministrazione – in presenza di una norma avente contenuto non equivoco – non sarebbero di carattere interpretativo, ma fattuale (attinenti il mero fatto), ovvero di valutazione dell’efficacia dei riscontri materiali e probatori. È possibile ritenere che l’Amministrazione finanziaria non proceda a fornire una pertinente risposta sulle singole fattispecie, proprio in quanto l’interpello è diretto a dare riscontro a dubbi interpretativi e non a valutazioni fattuali.

Al contrario, in questo caso, l’Amministrazione finanziaria sarebbe chiamata a pronunciarsi su credibilità, efficacia e ragionevolezza delle prove contrarie che il contribuente potrebbe opporre di fronte ad un’eventuale azione accertativa.

È quantomeno dubbio che l’Amministrazione – creando in tal modo un precedente anche per altri settori del diritto tributario – possa (avventurarsi nel) dare un giudizio caso per caso (preventivo) sull’efficacia di prove che la controparte (il contribuente) dovrebbe esibire in un eventuale procedimento contenzioso.

L’interpello non dovrebbe, quindi, essere basato sull’efficacia della prova contraria idonea per contrastare la presunzione, ma sulla fattispecie

sostanziale e cioè sull'insussistenza di presupposti per la radicazione fiscale del soggetto estero sul territorio nazionale. Ne deriva che l'istanza di interpello, ad esempio, potrebbe essere presentata con riferimento a situazioni di fatto in cui il requisito del controllo potrebbe ritenersi non integrato (si pensi ai casi di controllo contrattuale e di controllo di fatto, oppure a configurazioni strutturali delle catene partecipative che prevedono forme di controllo congiunto ovvero casi di asimmetria tra controllo di diritto e controllo di fatto).

Resta fermo, in ogni caso, il fatto che ove la questione della residenza fiscale della società estera rientri in un più ampio progetto di riorganizzazione dell'impresa, il percorso privilegiato dovrebbe essere l'interpello antielusivo di cui all'art. 21 della Legge n. 413 del 1991.

In quest'ottica non sussiste alcun requisito di novità rispetto al regime precedente in quanto il D.L. n. 223 del 2006 nulla ha modificato con riguardo alla disciplina sostanziale della fattispecie. Tuttavia, anche in questo caso, l'interpello dovrebbe essere adeguatamente calibrato. Infatti, analogamente a quanto avviene a proposito della corretta impostazione di un eventuale contenzioso, l'interpello – qualora si ponga l'obiettivo di contrastare “preventivamente” l'applicazione della presunzione – dovrebbe riguardare esclusivamente (o “anche”, volendo predisporre una protezione più ampia) la sussistenza dei requisiti idonei a dimostrare la localizzazione all'estero della sede dell'amministrazione della persona giuridica. A nulla varrebbe ottenere una legittimazione in sede di interpello con riguardo – ad esempio – alla dimostrazione dell'esercizio all'estero della effettiva attività d'impresa in quanto, in base al più volte ricordato principio della alternatività dei requisiti di cui all'art. 73, comma 3, del TUIR, l'Agenzia delle Entrate potrebbe aggirare le risultanze di tale interpello avvalendosi della presunzione riguardante la sede della gestione.

Sotto il profilo dell'opportunità, va ravvisato il rischio, per le fattispecie già in essere, che un eventuale riscontro negativo possa “travolgere” e delegittimare i comportamenti tenuti dai soggetti coinvolti.

3. CONSEGUENZE DELLA RIQUALIFICAZIONE DELLA RESIDENZA IN ITALIA

In applicazione del principio di tassazione nel Paese della sede della “direzione effettiva” (o *place of effective management*) (7), i redditi conseguiti dal soggetto c.d. “esterovestito” la cui residenza fiscale viene riqualificata nel territorio dello Stato italiano sono assoggettati a tassazione in Italia (8).

A ciò si aggiunga che, qualora, come è verosimile ritenere, i soggetti esteri interessati non abbiano proceduto a porre in essere nello Stato comportamenti dichiarativi, si renderebbe applicabile l’ulteriore disposizione contenuta nell’art. 41, comma 1 e comma 2 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 che consente agli Uffici impositori di avvalersi di presunzioni anche prive dei requisiti della gravità, della precisione e della concordanza per procedere all’accertamento d’ufficio dei redditi di contribuenti che abbiano omesso la dichiarazione (9).

In considerazione del fatto che la disposizione di cui all’art. 73 del TUIR opera unicamente per i soggetti IRES, e non anche nel contesto di cui all’art. 5 del TUIR, gli enti esteri riqualificati come fiscalmente residenti in Italia

(7) Per approfondimenti cfr. P. VALENTE – D.M. CARDONE, *Esterovestizione: profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, 2015, p. 168 ss.; P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, 2012, p. 200 ss.; P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014, p. 827 ss.

(8) Secondo Assonime (Circolare 31 ottobre 2007, n. 67, nota n. 63), non rileverebbe il grado di autonomia soggettiva della società o ente estero nell’ordinamento estero (i.e., se essa sia qualificabile come *corporation* o *partnership*). L’indagine sull’attività svolta e sullo *status* giuridico-fiscale dell’ente estero dovrebbe essere, in particolare, orientata a stabilire se l’IRES troverà applicazione secondo le modalità proprie:

- delle società di capitali (art. 73, comma 1, lett. a) ss. del TUIR);
- degli enti commerciali (art. 73, comma 1, lett. b), comma 2 ss. del TUIR);
- degli enti non commerciali (art. 143 ss. del TUIR).

(9) Nell’ipotesi di una verifica tributaria orientata alla riqualificazione della residenza fiscale di un soggetto estero in Italia, l’organo verificatore potrà non essere in grado di rinvenire, in sede di accesso, la documentazione contabile e fiscale (solitamente, in caso di controllate estere, presso la sede della controllante italiana sono disponibili i bilanci d’esercizio, necessari unicamente per la redazione del bilancio consolidato).

dovrebbero essere considerati quali soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società, alla stessa stregua delle società non residenti previste dall'art. 73, comma 1, lett. d) del TUIR.

Si ritiene opportuno effettuare alcune considerazioni, con riferimento alle modalità di determinazione del reddito complessivo della società estera considerata fiscalmente residente in Italia.

Ai sensi dell'art. 83 del TUIR, il reddito complessivo è determinato apportando all'utile o alla perdita del conto economico, relativo all'esercizio chiuso nel periodo d'imposta, le variazioni in aumento ed in diminuzione conseguenti all'applicazione dei criteri stabiliti nelle successive disposizioni dettate in tema di reddito d'impresa.

Rimangono tuttavia ancora privi di chiarimenti ufficiali i riferimenti contabili essenziali dai quali desumere la base di computo del reddito complessivo. Infatti, assumendo la necessità di una ridefinizione delle poste economico-patrimoniali sulla scorta dei principi contabili italiani o internazionali, non appare univocamente stabilito se il bilancio che verrà fiscalmente recepito in Italia debba riportare i valori contabili o quelli effettivi della società.

Con riferimento alla peculiare posizione in cui potrebbe trovarsi il soggetto estero in sede di verifica presso la (ritenuta) sede amministrativa italiana (normalmente coincidente con quella del soggetto controllante), si può rilevare che l'eventuale mancata esibizione della documentazione in sede di verifica non dovrebbe ostacolare l'utilizzo della documentazione medesima in fase di accertamento in sede amministrativa e contenziosa da parte del soggetto estero, a condizione che, oltre all'elemento oggettivo della fattispecie (il rifiuto), manchi altresì l'elemento soggettivo (l'intenzione di sottrarre i documenti).

Appare chiaro che la documentazione (contabile) relativa al soggetto verificato non può ragionevolmente essere nell'immediata disponibilità del soggetto estero verificato in Italia, in quanto la stessa è tenuta presso la sede della società estera secondo le regole (civilistiche e fiscali) dell'ordinamento dello Stato nel cui territorio la società stessa è residente. Ciò potrebbe portare ad escludere l'applicazione al caso di specie del disposto dell'art. 52, comma 5, del D.P.R. n. 633 del 1972, applicabile anche in materia di imposte sui redditi per effetto del rinvio operato dall'art. 33 del D.P.R. n. 600 del 1973.

Per approfondimenti sulle verifiche in materia di residenza cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014, p. 827 ss.

Come rilevato dall’Agenzia delle Entrate nella Circolare del 4 agosto 2006, n. 28/E (§ 9.2), gli effetti di più immediato impatto per le *legal entities* estere riguardano:

- l’assoggettamento al regime, rispettivamente, di imponibilità o di (parziale) esenzione *ex artt.* 86 e 87 del TUIR delle plusvalenze realizzate dalla cessione di partecipazioni;
- l’assoggettamento a ritenuta di dividendi, interessi e *royalties* corrisposti a soggetti non residenti o a soggetti residenti fuori dal regime d’impresa (10);
- la tassazione piena degli utili di partecipazione provenienti da società residenti in Paesi a fiscalità privilegiata *ex art.* 89, comma 3 del TUIR.

Al contrario, i flussi di dividendi, interessi e *royalties* in uscita dall’Italia non saranno assoggettati a ritenuta in presenza delle condizioni previste dall’ordinamento vigente ed eventuali ritenute subite nel periodo d’imposta per il quale tali soggetti sono considerati residenti potranno essere scomutate in sede di dichiarazione annuale (11).

Fra i potenziali effetti derivanti dalla residenza fiscale in Italia, rientrerebbe la possibilità di optare per tre anni, a partire dall’esercizio successivo al periodo d’imposta in corso, per il consolidato nazionale *ex art.* 117 ss. del TUIR (con riconoscimento in Italia delle eventuali perdite prodotte all’estero). Ovviamente, l’opzione per il consolidato nazionale comporta, di per sé, esplicito riconoscimento della “esterovestizione” delle società estere o consegue al definitivo riconoscimento della stessa (in ambito procedimentale o processuale) (12).

(10) Al di fuori, beninteso, dell’ambito applicativo delle Direttive 90/435/CEE, c.d. “madre-figlia” e 2003/49/CE concernente i flussi transnazionali di pagamenti di interessi e *royalties*.

(11) Così la Circolare Agenzia Entrate n. 28 del 2006 (§ 8.3).

(12) L’istituto del consolidato fiscale nazionale rileva, in particolare, nell’ipotesi in cui la *holding* di vertice italiana abbia registrato nei periodi d’imposta oggetto di eventuale verifica da parte dell’Autorità finanziaria perdite fiscali teoricamente compensabili con gli utili prodotti dalle società estere negli Stati ove esse sono localizzate. Tuttavia, sarebbe di tutta evidenza che, in tale circostanza, la *holding* italiana non avrebbe “convenienza” a localizzare all’estero (*rectius* “esterovestire”) le società partecipate, potendo, nell’ipotesi contraria, compensare le proprie perdite con gli utili delle controllate alle condizioni previste dalla normativa fiscale italiana.

In conseguenza della (eventuale) qualificazione delle società controllate come enti residenti fiscalmente in Italia, potrebbe astrattamente porsi il problema dell'applicabilità alle medesime società della disciplina prevista per le società non operative.

Si rammenta, a tal proposito, che i commi 109, 110 e 326 dell'art. 1 della Legge n. 296 del 2006 hanno modificato l'art. 30 della Legge n. 724 del 1994 in materia di società non operative (13).

(13) La norma sulle società di comodo si applica ai soggetti sotto elencati, indipendentemente dal regime contabile adottato:

- società per azioni;
- società in accomandita per azioni;
- società a responsabilità limitata;
- società in nome collettivo, società in accomandita semplice e società ad esse equiparate ex art. 5 del TUIR (società di armamento e società di fatto);
- società ed enti di ogni tipo non residenti, con stabile organizzazione nel territorio dello Stato.

L'art. 1, comma 109, lett. b) della Legge n. 296 del 2006 include tra i beni rilevanti ai fini della verifica della operatività (e del calcolo del reddito presunto) anche i beni di cui all'art. 85, comma 1, lett. d) ed e) del TUIR, vale a dire:

- strumenti finanziari simili alle azioni emessi da soggetti IRES;
- obbligazioni e altri titoli in serie o di massa;
- le quote di partecipazione in società di persone.

A seguito delle modifiche apportate dalla Legge n. 296 del 2006, si considerano "non operative" le società con un ammontare complessivo di ricavi, di incrementi delle rimanenze e di proventi (esclusi i proventi straordinari), risultanti dal conto economico, inferiori alla somma degli importi che risultano applicando:

- il due per cento (uno per cento fino al periodo d'imposta in corso al 4 luglio 2006) al valore dei beni indicati nell'art. 85, comma 1, lett. c), d) ed e) del TUIR (azioni e quote, strumenti finanziari, obbligazioni e altri titoli) e delle quote di partecipazione in società di persone, anche se costituiscono immobilizzazioni finanziarie, aumentato dei valori dei crediti;
- il sei per cento (quattro per cento fino al periodo d'imposta in corso al 4 luglio 2006) al valore delle immobilizzazioni costituite da beni immobili e navi (art. 8-bis, comma 1, lett. a) del D.P.R. n. 633 del 1972), anche in locazione finanziaria;
- il quindici per cento (percentuale invariata) al valore delle altre immobilizzazioni, anche in locazione finanziaria.

Come chiarito dalla Circolare 2 febbraio 2007, n. 5/E (§2), ai fini del raffronto imposto dal "test di operatività", sia i ricavi, gli incrementi di rimanenze e i proventi contabilizzati, sia le immobilizzazioni e i beni cui si applicano i predetti coefficienti vanno assunti in base alle risultanze medie dell'esercizio e dei due precedenti. Di conseguenza, il reddito delle società

Come notato da Assonime, tuttavia, l'accessibilità al consolidato nazionale, in qualità di controllate, per le società costituite all'estero ma con residenza fiscale in Italia potrebbe essere incerta ove ci si limitasse ad una interpretazione letterale dell'art. 120 del TUIR e dell'art. 2, comma 1 del regolamento attuativo (D.M. 9 giugno 2004), il quale menziona te-

non operative si presume non inferiore all'ammontare della somma degli importi derivanti dall'applicazione delle seguenti percentuali:

- 1,5 per cento (0,75 per cento fino al periodo d'imposta in corso al 4 luglio 2006) sul valore dei beni indicati nell'art. 85, comma 1, lett. c), d) ed e) del TUIR (azioni e quote, strumenti finanziari, obbligazioni e altri titoli) e delle quote di partecipazione in società di persone, aumentato dei valori dei crediti da operazioni di finanziamento;
- 4,75 per cento (tre per cento fino al periodo d'imposta in corso al 4 luglio 2006) sul valore delle immobilizzazioni costituite da beni immobili e navi (art. 8-*bis* comma 1 lett. a) del D.P.R. n. 633 del 1972), anche in locazione finanziaria;
- dodici per cento (percentuale invariata) sul valore delle altre immobilizzazioni, anche in locazione finanziaria.

L'art. 1, comma 128, lett. b) e c) della Legge n. 244 del 2007 è intervenuto sulle cause di esclusione automatica dalla disciplina sulle società non operative, recata dall'art. 30, comma 1, ultimo periodo della Legge n. 724 del 1994, modificando una causa già esistente (riguardante la compagine societaria) e introducendo nuove fattispecie che legittimano l'esclusione.

Le nuove fattispecie di esclusione automatica dalla disciplina delle società di comodo introdotte dalla Legge Finanziaria 2008 riguardano:

- le società con un numero di soci non inferiore a cinquanta;
- le società che nei due esercizi precedenti hanno avuto un numero di dipendenti mai inferiore alle dieci unità;
- le società in stato di fallimento, assoggettate a procedure di liquidazione giudiziaria, di liquidazione coatta amministrativa e in concordato preventivo;
- le società che presentano un ammontare complessivo del valore della produzione superiore al totale dell'attivo dello Stato patrimoniale;
- le società partecipate da enti pubblici in misura almeno pari al venti per cento del capitale sociale;
- le società congrue e coerenti in base agli studi di settore.

La lett. f) dell'art. 128, comma 1 ha, inoltre, introdotto nell'art. 30 della Legge n. 724 del 1994 il nuovo comma 4-*ter*, ai sensi del quale "con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate possono essere individuate determinate situazioni oggettive, in presenza delle quali è consentito disapplicare le disposizioni del presente articolo, senza dover assolvere all'onere di presentare l'istanza d'interpello di cui al comma 4-*bis*".

stualmente le sole “società per azioni, in accomandita per azioni ed a responsabilità limitata” (14).

Tra i rilevanti effetti che la (eventuale) riqualificazione delle società estere da parte dell’Amministrazione finanziaria potrebbe comportare, va osservato che potrebbero verificarsi, almeno in linea di principio, fenomeni di doppia imposizione in presenza di imposte effettivamente assolte all’estero dalle società soggette ad accertamento. A tal proposito, come rilevato da Assonime nella Circolare del 31 ottobre 2007, n. 67, appare dubbio che possa essere riconosciuto l’accredito delle imposte assolte all’estero da parte delle società partecipate, sulla base delle disposizioni contenute nelle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni stipulate dall’Italia con gli Stati ove sono localizzate le controllate stesse, dal momento che tale meccanismo presuppone necessariamente “la concorde ripartizione delle reciproche potestà impositive degli Stati contraenti”.

Potrebbe, per altri versi, soccorrere l’applicazione della norma tributaria interna prevista dall’art. 165 del TUIR (che, in via unilaterale, disciplina i presupposti ed il meccanismo per il riconoscimento ed il calcolo del c.d. *foreign tax credit*), dal momento che la riqualificazione della residenza dell’ente giuridico non determina necessariamente anche la riqualificazione della fonte di reddito prodotto all’estero (15).

Tuttavia, il riconoscimento del credito per le imposte pagate all’estero da parte della società riconosciuta come “esterovestita” non potrebbe tec-

La norma è stata attuata dal Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate del 14 febbraio 2008, il quale ha introdotto ulteriori nuove cause di disapplicazione dalla disciplina.

(14) In proposito, l’Agenzia delle Entrate, nella Risoluzione 12 agosto 2005, n. 123/E, ha ritenuto che una società di diritto olandese che sia divenuta fiscalmente residente in Italia per effetto della collocazione della sede amministrativa, possa comunque partecipare al consolidato nazionale in qualità di controllata, dovendosi far prevalere – al di là del dato testuale della norma – il rapporto di equipollenza sussistente tra lo *status* giuridico della società di diritto estero e quello delle società di diritto italiano.

(15) Come determinata dal combinato disposto degli artt. 23 e 165, comma 2, del TUIR.

nicamente trovare applicazione in presenza di redditi di fonte esclusivamente (o quasi) italiana (16).

4. SOCIETÀ ESTEROVESTITE E PROFILI PENAL-TRIBUTARI

4.1 *I reati configurabili*

Gli amministratori delle società c.d. “esterovestite” che subiscono la procedura di cui al comma 5-*bis* dell’art. 73 TUIR, introdotto dal D.L. n. 223 del 2006, convertito in Legge n. 248 del 2006 (17) – vale a dire che risultano soccombenti a fronte della presunzione prevista, sia in quanto non sono riusciti a fornire la prova contraria sia in quanto la stessa non è stata ritenuta valida dall’Amministrazione finanziaria – riceveranno ovviamente l’avviso di accertamento con recupero delle imposte evase, ma possono altresì essere destinatari di rilevanti conseguenze sanzionatorie, sia di carattere tributario che di carattere penale (18).

Le sanzioni penali sono quelle maggiormente preoccupanti per chi svolge attività imprenditoriale, anche per tutte le ulteriori implicazioni connesse (revoca di affidamenti bancari, impossibilità di partecipare ad appalti, incapacità a rivestire funzioni direttive presso persone giuridiche, ecc.).

In proposito, occorre distinguere due situazioni:

- trasmissione della denuncia alla Procura della Repubblica;
- affermazione in sentenza della responsabilità penale.

(16) Per contro, nell’ipotesi di redditi di fonte estera, prodotti non solo nello Stato in cui l’ente giuridico è residente, ma anche in Paesi terzi, dovrebbe trovare applicazione l’art. 165 del TUIR. Cfr., sul punto, Assonime, Circolare 31 ottobre 2007, n. 67, § 2.3.

(17) Non dà luogo, invece, ad una presunzione il diverso istituto di cui al comma 3 dell’art. 73 del TUIR, in relazione al quale è l’Amministrazione finanziaria che deve dimostrare la “residenza” della società.

(18) Sotto il profilo dell’orientamento giurisprudenziale, la giurisprudenza (per tutte, Comm. Trib. Reg. della Toscana, sez. XXV, 18 gennaio 2008) esclude l’ipotesi di “esterovestizione” e, dunque, le finalità di evasione e di elusione fiscale, nella costituzione di una società in uno Stato estero, qualora la predetta società appartenga ad una “consolidata struttura societaria nella quale adempie chiaramente la sua funzione nel rapporto fra la capogruppo e le consociate estere”.

Il primo profilo si verifica senz'altro in base alle norme del codice di procedura penale (c.p.p.), che impongono al Direttore dell'Ufficio, quale pubblico ufficiale, di presentare la denuncia stessa, dalla quale non può esimersi a pena di rispondere del delitto di omessa denuncia (art. 361 c.p.).

Altro e diverso è il secondo profilo, al quale si dovrà pervenire, non automaticamente per il solo fatto che è stata presentata la denuncia, ma unicamente in quanto il Pubblico Ministero (PM) abbia raccolto prove convincenti della responsabilità dell'imputato, sia sotto l'aspetto oggettivo che sotto quello soggettivo del dolo di evasione fiscale con conseguente notifica di richiesta di rinvio a giudizio e apertura di dibattimento penale a seguito del quale il giudice di primo grado abbia ritenuto la colpevolezza dell'imputato. Sentenza quest'ultima avverso cui, comunque, stante l'esistenza di tre gradi di giudizio, potrà essere esperito appello e successivamente ricorso per Cassazione.

Orbene, il reato tributario che viene in considerazione in tale caso è quello di omessa dichiarazione di cui all'art. 5, comma 1, D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, a mente del quale “(è) punito con la reclusione da uno a tre anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte, quando l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a euro trentamila”.

Invero, poiché la società appariva come estera, non era, in quanto tale, obbligata alla presentazione delle dichiarazioni fiscali e il non averle presentate

Peraltro, onde verificare l'effettiva sede delle società, è necessario riferirsi “(...) al grado di autonomia decisionale di cui gode detta società nella scelta delle proprie strategie, alla natura ed alla rilevanza del contributo fornito dalla controllante italiana, all'adempimento degli obblighi contabili e fiscali propri della società estera e connessi alla sua attività; inoltre, ad eventuali altri elementi sintomatici” (Comm. Trib. Prov. Belluno, sez. I, 3 dicembre 2007, in *Rivista di diritto tributario*, n. 7/8, Parte terza, 2008, p. 89).

Per approfondimenti cfr. D.M. CARDONE, *Esterovestizione: profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, 2015, p. 168 ss.; P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, 2012, p. 200 ss.; P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014, p. 827 ss.

integra gli estremi del reato medesimo, di cui è chiamato a rispondere chi rivestiva le qualifiche funzionali (ad es., Presidente del Consiglio di amministrazione) che in sede tributaria lo obbligavano alla presentazione stessa. È fatta salva, ovviamente, la partecipazione con esso, a titolo di concorso nel reato (art. 110 c.p.), di eventuali altri soggetti (ad es., Amministratore delegato, consulente esterno, ecc.).

Va sottolineato che, ai fini dell'integrazione del reato in esame, occorre il raggiungimento della relativa soglia quantitativa di punibilità d'imposta evasa (imposte sui redditi ed IVA singolarmente considerate); in caso contrario si applicano soltanto le sanzioni amministrative.

La determinazione della soglia quantitativa in esame – secondo quanto risulta dagli artt. 1, lett. f) e 20 del D.Lgs. n. 74 del 2000, in forza del principio della separazione tra i profili penali e quelli tributari – compete esclusivamente al giudice penale, e quindi, se anche è stata presentata la denuncia dall'Ufficio in quanto convinto del superamento della soglia, il PM potrebbe pervenire a diverse conclusioni (ad es., attraverso la nomina di un suo consulente tecnico).

Si ipotizzi il caso in cui i redditi della società esterovestita, quali dichiarati all'estero ed omessi in Italia, non raggiungano la soglia prevista, e che, quindi, l'Amministrazione finanziaria non presenti la denuncia al PM, ma che quest'ultimo, venuto altrimenti a conoscenza del fatto (ad es., in sede di indagini per il falso in bilancio di altra società italiana collegata oppure perché qualche socio di minoranza presenta autonomamente la denuncia), dia corso ad indagini per il reato di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 74 del 2000, avendo ottenuto per via diversa dall'accertamento dell'Amministrazione finanziaria la prova del superamento della soglia.

Questo, per quanto riguarda l'elemento materiale del reato, sulla condotta omissiva costitutiva dello stesso non essendovi nulla da aggiungere, trattandosi del caso in cui le dichiarazioni fiscali sono state presentate, ma non al Fisco italiano.

Per quanto riguarda l'elemento psicologico del reato stesso, costituito dal fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, si potrebbe

sostenere che non si è in presenza di una finalità propriamente “evasiva”, ma soltanto “elusiva” (19).

L’unica strada per poter sostenere la buona fede del contribuente, e quindi l’inesistenza del reato per mancanza di dolo, è quella di richiedere l’applicazione dell’art. 15 del D.Lgs. n. 74 del 2000, a mente del quale “(a) di fuori dei casi in cui la punibilità è esclusa a norma dell’art. 47, comma 3, c.p. (cioè di errore su legge diversa dalla legge penale), non danno luogo a fatti punibili ai sensi del presente decreto le violazioni di norme tributarie dipendenti da obiettive condizioni di incertezza sulla loro portata e sul loro ambito di applicazione”.

Occorre, quindi, che l’Amministrazione finanziaria abbia dato luogo con il proprio comportamento incerto ed oscillante a condizioni reali di incertezza nell’applicazione della norma (ad es., in altri casi del tutto analoghi, l’Amministrazione finanziaria non ha fatto luogo alla contestazione dell’esterovestizione; oppure talune circolari, che non vincolano il giudice, sono di contenuto tale da far credere al contribuente che non sussistevano i presupposti per la contestazione).

In conclusione, dunque, la responsabilità penale per il reato di omessa dichiarazione non deriva automaticamente dal fallimento della prova contraria, da parte del contribuente, quale richiesta dal comma 5-*bis* dell’art. 73 del TUIR, ma è pronunciabile solo allorché il giudice penale – pur legittimamente investito della questione – ha potuto ricostruire l’esistenza di tutti gli elementi del reato medesimo (20).

(19) In proposito si deve, comunque, osservare che – malgrado i due concetti siano strutturalmente distinti – è difficile, in pratica, dimostrare che le dichiarazioni non sono state presentate senza finalità di sottrarsi al pagamento delle imposte in Italia, anche se ovviamente può avvenire il contrario.

(20) La Corte di Cassazione penale si è pronunciata (Cass. 22 novembre 2011-28 febbraio 2012, n. 7739, in *Riv. dir. trib.*, 2012, n. 3, Parte III, p. 61, con nota di I. CARACCIOLI, “Imposta elusa e reati tributari di evasione nell’impostazione della Cassazione”; in commento a tale sentenza; v. anche, tra gli altri, FLORA, “Perché l’elusione fiscale non può costituire reato (a proposito del caso Dolce & Gabbana)”, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, fasc. 4, p. 865), in relazione al noto caso “Dolce & Gabbana”, in un’ipotesi riconducibile, tra l’altro, all’art. 5 del

Quanto precede s'inserisce nel quadro della regola generale, accolta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, della non automatica trasferibilità in sede penale delle presunzioni tributarie (principio del c.d. "libero convincimento del giudice").

4.2 Incidenza in sede penale della sede della società

Indipendentemente dalla problematica particolare posta dal comma 5-bis dell'art. 73 TUIR, può rilevare, anche ai fini penali, la dimostrazione della "sede legale" o della "sede dell'amministrazione" o dell'"oggetto principale" "nel territorio dello Stato" di cui al comma 3 dello stesso art. 73.

Le conclusioni, in caso di risposta negativa alla domanda circa la residenza nel territorio dello Stato, sono identiche a quelle esaminate nel paragrafo precedente quanto al fallimento della dimostrazione contraria alla presunzione. Infatti, se la società viene considerata residente nello Stato, ne deriva che le dichiarazioni fiscali presentate all'estero non sono valide ai fini penali e quindi viene contestata, anche in questo caso, la fattispecie di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 74 del 2000 (21).

D.Lgs. n. 74 del 2000, nel senso della sussistenza del reato, oltre che di quello di cui all'art. 4 dello stesso D.Lgs. n. 74 del 2000, a seguito della ritenuta sindacabilità in sede penale di comportamenti tesi a trasferire all'estero, a società ritenuta esterovestita, la proprietà di marchi, con affermazioni assai discusse in dottrina, quanto alla ritenuta equiparazione tra il concetto di "imposta evasa" e quello di "imposta elusa" per ciò che concerne le conseguenze penali.

(21) In merito è scevro da dubbi interpretativi l'orientamento della Suprema Corte secondo cui la società che ha la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato *ex art. 73 TUIR* è considerata residente in Italia. Pertanto, per l'omessa dichiarazione opera l'art. 5, D.Lgs. n. 74 del 2000 e, quindi, il sequestro preventivo per equivalente (Corte Cass., sez. III pen., 6 marzo 2013, n. 16001) applicabile "se dalla documentazione acquisita presso la società controllante, emerge che l'attività di gestione finanziaria e commerciale della società estera è di fatto radicata in Italia ai sensi dell'art. 73, comma 3, TUIR" (Corte Cass., sez. III pen., 21 febbraio 2013, n. 32091).

Diverso è, peraltro, il metodo attraverso cui si può arrivare alla denuncia penale per il reato stesso:

- nel caso di fallimento, da parte del contribuente, della prova contraria alla presunzione, si pone la questione della valenza delle presunzioni fiscali in ambito penale, dove non operano automaticamente, stante i diversi metodi probatori esistenti nel processo penale (c.d. “libero convincimento del giudice”);
- nel caso di inesistenza della presunzione, compete al giudice penale valutare, sempre ai soli fini fiscali, senza essere vincolato alle ricostruzioni compiute in sede tributaria dall’Amministrazione finanziaria, se la società sia da considerarsi residente in Italia oppure all’estero.

In quest’ultimo caso, la valutazione del giudice penale può non coincidere con quella effettuata in sede tributaria, e questa è una conseguenza del principio del c.d. “doppio binario” che caratterizza i rapporti tra accertamento e contenzioso fiscale da una parte e processo penale dall’altra, considerata, altresì, la circostanza che la prova penale deve essere desunta da indizi gravi, precisi e concordanti *ex art. 192 c.p.p.* con valutazione globale degli elementi probatori ai fini dell’attendibilità (art. 20 del D.Lgs. n. 74 del 2000; art. 654 c.p.p.).