

Fiscalità internazionale

Esterovestizione, interposizione fittizia, treaty shopping: profili di rischio

Tra gli argomenti trattati nel corso del Seminario "Esterovestizione e Interposizione Fittizia, Treaty Shopping e Anti-Abuso Internazionale", tenutosi presso la Scuola di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza, Lido di Ostia (RM), l'11 aprile 2013 e moderato dal Prof. Dr. Piergiorgio Valente, Chairman del Comitato Fiscale della Confédération Fiscale Européenne, particolare rilevanza rivestono le tematiche relative al trattamento fiscale delle transazioni aventi carattere transnazionale, ed in particolare il loro inquadramento nella legislazione fiscale nazionale.

di Caterina Alagna, Federico Vincenti - Valente Associati GEB Partners

Il Seminario si è pregiato della partecipazione del Gen. B. Gaetano Mastropiero e, in qualità di relatori, dell'Avv. Ivan Vacca, della D.ssa Tamara Gasparri, del Prof. Dr. Raffaele Rizzardi, del Prof. Gianfranco Ferranti, del Prof. Avv. Ivo Caraccioli, del Col. T. ST Giuseppe Arbore.

La fiscalità dei nuovi modelli di business: l'economia digitale

Gli ultimi lavori OCSE in materia di fiscalità internazionale - in particolare, il Rapporto "Addressing Base Erosion and Profit Shifting" del 12 febbraio 2013 - hanno indicato come le imprese multinazionali tendono di strutturare l'attività di business tenendo in considerazione la variabile fiscale: in particolare, si organizzano al fine di evitare fenomeni di doppia imposizione e cercano di sfruttare le distorsioni esistenti nei vari ordinamenti nazionali al fine di beneficiare della cd. "doppia non-imposizione" di un determinato elemento reddituale.

Come sottolineato dalla D.ssa Tamara Gasparri di Assonime, vi è una crescente "segregazione" tra i Paesi in cui hanno effettivamente luogo attività ed investimenti e i Paesi in cui i profitti sono dichiarati ai fini fiscali.

Tale tematica riguarda tutte le imprese multinazionali ed in particolar modo le imprese della cd. "new economy", la cui rilevante componente intangibile, facilmente trasferibile, consente di effettuare più agevolmente il cd. shifting di funzioni, rischi e assets (e conseguentemente di profitti) verso Paesi caratterizzati da una "fiscalità di vantaggio".

Secondo la D.ssa Tamara Gasparri, la maggior parte dei Governi europei dedica significativa attenzione a tale problematica: il Governo francese ha richiesto ad alcuni esperti fiscali la predisposizione di un Rapporto contenente linee guida che indichino le principali caratteristiche delle imprese multinazionali cd. "digitali" e propongano modalità di tassazione degli utili prodotti da tali entità.

Il Rapporto ha evidenziato che le suddette imprese multinazionali:

- svolgono attività digitale e non materiale;
- possono operare in ogni Paese senza la necessità di creare un collegamento con il territorio, in quanto riescono a condurre l'attività di business senza la costituzione di una società controllata o una stabile organizzazione;
- fondano l'attività di business sullo sfruttamento delle informazioni e dei dati immessi dagli utenti dei servizi da esse forniti;
- non procedono alla distribuzione degli utili.

Secondo quanto affermato dalla D.ssa Tamara Gasparri, la localizzazione delle ricchezze e la tassazione dei redditi delle imprese multinazionali digitali necessita dell'elaborazione di nuove regole specifiche, in quanto le attuali disposizioni previste sia negli ordinamenti nazionali che a livello sovranazionale risultano essere inadeguate.

L'abuso del diritto a livello nazionale e comunitario

Nel corso del Seminario, particolare attenzione è stata prestata al tema dell'abuso del diritto e, in particolare, alla sua evoluzione a livello nazionale e comunitario.

A livello nazionale, il primo intervento legislativo è rappresentato dall'art. 10 della legge n. 408/1990, (pubblicato circa cinque mesi dopo la direttiva comunitaria n. 434/90) con il quale viene introdotto in Italia il concetto di "valide ragioni economiche".

Successivamente, il Legislatore, attraverso l'introduzione dell'art. 37-bis, D.P.R. n. 600/1973, ha riscritto la norma antielusiva di cui all'art. 10, legge n. 408/1990, prevedendo che "sono inopponibili all'Amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi e divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposta altrimenti indebiti".

A livello comunitario, come sottolineato dal Prof. Dr. **Raffaele Rizzardi**, Professore presso l'Università di Pavia e delegato della Confédération Fiscale Européenne, la Corte di Giustizia europea, attraverso le proprie decisioni, ha tracciato, nel corso degli anni, **linee guida** ai fini dell'identificazione delle cd. "operazioni abusive". Tra le principali decisioni, si evidenziano le seguenti:

- Leur-Bloem (causa C-28/95) nella quale si afferma che "la nozione di valida ragione economica ai sensi dell'art. 11 della direttiva 90/434 deve essere interpretata nel senso che trascende la ricerca di un'agevolazione puramente fiscale come la compensazione orizzontale delle perdite";
- Halifax (C-255/02) la quale riconosce l'abuso del diritto ogniqualvolta le operazioni abbiano "[...] essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale [...]" e ciò deve "[...] risultare da un insieme di elementi obiettivi [...]" .

Tale ultima sentenza ha ispirato la Corte di Cassazione italiana, la quale nella sentenza n. 21221 del 29 marzo 2006 ha contestato l'abuso del diritto sulla base dell'applicazione dei principi comunitari.

Un'ulteriore svolta a livello nazionale si è avuta nel dicembre 2008, quando la Corte di Cassazione con le cd. "sentenze di Natale" (Cass., SS.UU., 23 dicembre 2008, n. 30055, n. 30056, n. 30057 - cfr. P.Valente, "[Le recenti sentenze delle Sezioni Unite](#)", il Quotidiano IPSOA del 9 gennaio 2009) ha individuato un generale principio antielusivo da ricercare nei principi costituzionali e non nella giurisprudenza comunitaria.

Come sottolineato dal Prof. Dr. Raffaele Rizzardi, nell'ottica di una comparazione con gli altri Paesi europei, in **Germania** vi è una definizione di abuso del diritto il quale riconosce l'operazione abusiva solo quando il contribuente "sceglie una struttura legale inadeguata rispetto al fatto economico", che comporta per il contribuente o per un terzo, nel confronto con una forma adeguata, un beneficio fiscale non previsto dalla legge.

Come affermato dal Prof. Dr. Raffaele Rizzardi, il tema dell'abuso del diritto è stato già oggetto di lavori parlamentari in Italia:

- sono state presentate **tre proposte di legge**, finalizzate ad estendere la portata applicativa dell'attuale disposizione antielusiva prevista per le imposte dirette dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 e a regolare i rapporti tra Amministrazione finanziaria e contribuente;
- l'art. 6 del disegno di Legge delega del 16 aprile 2012 (bloccato in Senato nel novembre 2012), relativo alle "Disposizioni per la revisione del sistema fiscale", prevede l'introduzione di una disciplina di carattere generale che definisca il principio dell'abuso del diritto, unificandola alla disciplina dell'elusione fiscale ed estendendola a tutti i tributi.

Residenza ed esterovestizione

Un ulteriore argomento trattato nel corso del Seminario è quello della **residenza**, con particolare riferimento ai **profili di rischio** ad essa inerenti.

Per approfondimenti sul tema della residenza, cfr. P.Valente, "[Esterovestizione e residenza](#)", Milano, IPSOA, 2013

Il tema della residenza assume notevole rilevanza nel contesto italiano con riferimento al problema dell'**esterovestizione**, intesa come il tentativo, posto in essere strumentalmente da parte di soggetti d'imposta italiani, di sottrarre alla legge tributaria dello Stato italiano (e, dunque, alla potestà impositiva di questo) fonti di reddito, astrattamente imponibili nel territorio dello Stato, e attività d'impresa, suscettibili di produrre redditi imponibili in Italia.

Come affermato nel corso del Seminario dal Prof. **Gianfranco Ferranti**, Professore presso la Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze, ai fini dell'individuazione della residenza fiscale di una società, è fondamentale rilevare l'origine degli impulsi direttivi e valutare pertanto "l'effettiva titolarità dei poteri decisionali degli amministratori delle società estere".

Inoltre, è opportuna una valutazione del grado di autonomia gestionale dei soggetti preposti all'attività d'impresa all'estero, in termini di organizzazione del personale, di poteri di spesa (in ottica finanziaria), di approvvigionamento (acquisti) e di negoziazione di contratti con i clienti esteri.

Come indicato dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 28/E/2006, gli elementi di collegamento della legal entity estera controllata da soggetto residente al territorio dello Stato italiano, e in particolare della localizzazione dell'oggetto principale o dell'esistenza dell'amministrazione, "devono essere valutati in base ad elementi di effettività sostanziale e richiedono - talora - complessi accertamenti di fatto del reale rapporto della società o dell'ente con un determinato territorio".

Come sottolineato dal Prof. Gianfranco Ferranti, l'obiettivo dell'Amministrazione finanziaria dovrebbe essere quello di "colpire le situazioni patologiche" distinguendole dalle situazioni di internazionalizzazione ed espansione sui mercati esteri dell'impresa italiana.

Fiscalità internazionale: profili penal-tributari

Le tematiche di fiscalità internazionale quali l'esterovestizione, la stabile organizzazione occulta, il transfer pricing possono presentare rilevanti problematiche di carattere penale.

Come affermato nel corso del Seminario dal Prof. Avv. Ivo Caraccioli, già Professore Ordinario di diritto penale presso l'Università di Torino e Presidente del "Centro di diritto penale tributario", la riqualificazione in Italia della residenza fiscale di società ed enti esteri pone alcuni profili di criticità con riferimento all'eventuale configurabilità o meno di **responsabilità penal-tributarie** previste dal D.Lgs. n. 74/2000: difatti, gli amministratori delle società cd. "esterovestite" che sono soggette alla disposizioni di cui al comma 5-bis dell'art. 73 TUIR, riceveranno l'avviso di accertamento con recupero delle imposte evase, ma possono altresì essere destinatari di rilevanti conseguenze sanzionatorie anche di carattere penale.

Il Prof. Avv. Ivo Caraccioli ha rilevato che nell'ipotesi di contestazione di "esterovestizione" ad una società italiana, sulla base dei criteri di cui ai commi 3 e 5-bis dell'art. 73 TUIR, il reato per il quale viene presentata la denuncia alla Procura della Repubblica è quello di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 74/2000 (omessa presentazione delle dichiarazioni); la stessa riguarda, in primo luogo, gli amministratori della società italiana "esterovestita" ed eventualmente, a titolo di concorso, gli amministratori della società straniera (per i quali peraltro più facilmente vale l'errore di cui all'art. 15 del medesimo D.P.R.). Il destinatario della denuncia è sicuramente il presidente o l'amministratore che ha sottoscritto per delega la dichiarazione, salva la prova di eventuale concorso da parte dei superiori o dell'amministratore di fatto.

Analoghe conclusioni, sotto il profilo penale - anche se, sotto l'aspetto tributario, si tratta di istituto diverso - si devono trarre quanto all'interposizione fittizia di cui all'art. 37, comma 3, D.P.R. n. 600/1973. In proposito, può essere di aiuto interpretativo la definizione di "amministratore" di cui alla lett. e) dell'art. 1 del D.Lgs. n. 74/2000, con il concorso sia dell'interponente che dell'interposto.

Quanto, invece, ai fenomeni del "treaty-shopping" e dell'"anti-abuso internazionale", essi non possono ancora dare luogo, di per sé, a rischi penali, stante il divieto di punibilità del tentativo di cui all'art. 6 del D.Lgs. n. 74/2000.

Anche eventuali rettifiche dei prezzi di trasferimento (che comportano il superamento delle soglie di punibilità previste dal D.Lgs. n. 74/2000) pongono **problematiche di natura penale** per il soggetto che sottoscrive la dichiarazione.

Tuttavia, nel caso dei **prezzi di trasferimento**, assume notevole rilevanza il disposto dell'art. 7 del D.Lgs. n. 74/2000 il quale prevede che "non danno luogo a fatti punibili a norma degli articoli 3 e 4 le rilevazioni nelle scritture contabili e nel bilancio eseguite in violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza ma sulla base di metodi costanti di impostazione contabile, nonché le rilevazioni e le valutazioni estimative rispetto alle quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio".