

# Treaty shopping e beneficiario effettivo: profili penal-tributari

di Piergiorgio Valente (\*) e Ivo Caraccioli (\*\*)

Le strutture *conduit* sono entità attraverso le quali i profitti sono canalizzati (*channelled*) verso altre entità, senza che le prime generalmente abbiano un *active input or use* di tali redditi. È opportuno considerare se il ricorso a tali pratiche possa dare luogo a denunce alla Procura della Repubblica, quale che ne sia poi il risultato effettivo nella successiva sede giudiziale, e quindi a concreti rischi di carattere penal-tributario.

## 1. Premessa

Con l'espressione *treaty shopping* (1) si intende una tecnica che consiste nell'utilizzo delle Convenzioni contro le doppie imposizioni al fine di trarne vantaggi sotto il profilo fiscale. L'espressione, di derivazione statunitense, deriva dal c.d. *forum shopping*, attività che consiste nella ricerca del foro che si ritiene più indicato al fine di ottenere una decisione favorevole (2).

In assenza di un trattato contro le doppie imposizioni esistente tra il Paese di residenza e quello nel quale si intende investire (oppure in presenza di un trattato non particolarmente attraente), si può ricorrere alla definizione di una

struttura estera (*conduit*) che consenta di ridurre l'onere fiscale sfruttando il *network* di trattati esistente fra i diversi Paesi.

Il concetto di *treaty shopping* va distinto da quello di *treaty abuse*. La prima espressione fa riferimento a quelle situazioni in cui un soggetto beneficia delle disposizioni di un trattato senza tuttavia esserne il legittimo beneficiario. Il secondo concetto, invece, fa riferimento a quelle situazioni in cui il risultato di una data operazione è in contrasto con il trattato medesimo.

Sebbene l'OCSE non fornisca una chiara definizione del concetto di *treaty abuse*, bensì alcuni principi idonei alla sua identificazione (3), due

(\*) Chairman del Comitato Fiscale della Confédération Fiscale Européenne (CFE).

(\*\*) Già Ordinario di diritto penale Università Torino, Presidente "Centro di diritto penale tributario".

(1) In generale sull'argomento cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, Milano, IPSOA, 2014, pag. 2393 ss.

In merito all'esistenza di un "*underlying principle of treaty interpretation that places limit on the ability of taxpayers to arrange affairs through base companies, conduit corporations and other structures*", cfr. Ward, "Abuse of tax treaties", in *Essays on international taxation*, Alpert-Raad (a cura di), Deventer, 1993, pagg. 397-409.

(2) Più in dettaglio, il *treaty shopping* nasce dall'esigenza di contenere l'onere fiscale attraverso l'accorto utilizzo delle differenze esistenti tra gli Stati nella ripartizione delle pretese impositive mediante trattati contro le doppie imposizioni, ovvero, nel caso di mancanza di accordi bilaterali tra il Paese dell'inve-

stire e quello dell'investimento, attraverso la scelta del trattato più conveniente, al fine di contenere, a livelli (soggettivamente) considerati sostenibili, il carico tributario che grava sui flussi reddituali transnazionali.

Vogel fornisce una definizione che fa riferimento a quelle situazioni in cui "*transactions are entered, or entities are established, in other states, solely for the purpose of enjoying the benefit of particular treaty rules existing between the state involved and a third state which otherwise would not be applicable, e.g., because the person claiming the benefit is not a resident of one of the contracting states (...)*" (cfr. K. Vogel, *On Double Tax Conventions*, Kluwer, Deventer/Boston, 1991, pag. 50).

(3) Una specifica definizione di *treaty abuse* non si rinviene nemmeno nel documento pubblicato dall'OCSE in data 14 marzo 2014, "*BEPS Action 6: preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances*". Per approfondimenti sugli strumenti di contrasto al fenomeno del *treaty abuse* e del

elementi devono necessariamente essere presenti affinché una transazione (o un *arrangement*) possa integrare un *abuse of the provisions of a tax treaty*:

- lo scopo principale della transazione o dell'*arrangement* è quello di conseguire un **vantaggio dal punto di vista fiscale**;

- l'ottenimento di siffatto vantaggio fiscale è **contrario** all'oggetto e allo scopo delle rilevanti **disposizioni convenzionali**.

Tali profili caratterizzano, in linea di principio, esplicitamente o implicitamente, le clausole anti-abuso generali e la dottrina in materia nella maggior parte dei Paesi (4).

### 2. Treaty shopping e strutture conduit

Una struttura *conduit* è un'entità attraverso la quale i **profitti** sono **canalizzati** (*channelled*) **verso altre entità**, senza che la prima generalmente abbia un *active input or use* di tali reddi-

ti. La costituzione di una società *conduit* risponde normalmente ad obiettivi di tipo amministrativo, commerciale, fiscale.

Il Commentario all'art. 1 del Modello OCSE analizza le modalità attraverso le quali una struttura *conduit* può sollevare criticità ai fini dell'applicazione delle disposizioni convenzionali e fa riferimento alle *artificial legal constructions* in grado di portare a **fenomeni di abuso**, in quanto trattasi di "*legal entity created in a State essentially to obtain treaty benefits that would not be available directly*".

Le operazioni di tipo *conduit* possono essere poste in essere mediante ricorso alle seguenti tre strutture-base:

- *Direct conduit company*, che è la più classica delle strutture di tipo *conduit* (5);

- *Stepping stone conduit company* (6);

- *Holding structure* (7).

*treaty shopping* nel contesto BEPS, cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 2393 ss.

(4) Il concetto di *treaty abuse*, così come delineato dall'OCSE, è ripreso anche dal Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'ONU del 2011:

"23. *That conclusion leads logically to the question of what is an abuse of a tax treaty. The OECD did not attempt to provide a comprehensive reply to that question, which would have been difficult given the different approaches of its member countries. Nevertheless, the OECD presented the following general guidance, which was referred to as a 'guiding principle':*

*A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions.*

24. *The members of the Committee endorse that principle. They considered that such guidance as to what constitutes an abuse of treaty provisions serves an important purpose as it attempts to balance the need to prevent treaty abuses with the need to ensure that countries respect their treaty obligations and provide legal certainty to taxpayers. Clearly, countries should not be able to escape their treaty obligations simply by arguing that legitimate transactions are abusive and domestic tax rules that affect these transactions in ways that are contrary to treaty provisions constitute anti-abuse rules"* (cfr. il Commentario all'art. 1 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'ONU).

(5) La sua utilizzazione si inserisce tipicamente nel seguente quadro di riferimento:

- una società residente in un determinato Paese X (denominata "PCo") desidera effettuare un investimento nel Paese Y attraverso la costituzione di una *subsidiary* locale (denominata "ForCo");

- il Paese X non ha sottoscritto una Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni con il Paese Y (oppure, i benefici ritraibili dall'applicazione della Convenzione esistente sono considerati non vantaggiosi);

- il Paese Z ha stipulato una Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni sia con il Paese X che con il Paese Y.

In tale contesto potrà risultare più conveniente per la società PCo, sotto il profilo puramente fiscale, controllare la società ForCo utilizzando una *intermediate holding* (denominata "IH-Co") localizzata nel Paese Z; IHCo, residente ai fini fiscali nel Paese Z, potrà beneficiare sia delle agevolazioni previste dal trattato stipulato con il Paese X, sia delle agevolazioni previste dal trattato stipulato con il Paese Y. In tal modo, PCo, residente nel Paese X, è in grado di ridurre il carico fiscale per i flussi di reddito (dividendi, interessi, *royalty*, ecc.) provenienti dal Paese Y (ForCo), grazie alla costituzione nel Paese Z della società IHCo. Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2012, pag. 80 ss.

(6) Anche in questo caso siamo in presenza di una società residente nel Paese "X" (denominata "PCo") intenzionata ad effettuare un investimento attraverso la costituzione di una *subsidiary* (denominata "ForCo") nel Paese Y, con il quale il Paese X, o non ha alcun trattato contro le doppie imposizioni, o ne ha uno che non presenta condizioni particolarmente vantaggiose. Il Paese X dispone, invece, di una Convenzione contro le doppie imposizioni con il Paese Z che, però, non ha stipulato nessun trattato con il Paese Y. Esiste, però, una vantaggiosa Convenzione stipulata tra il Paese Z ed il Paese W che, a sua volta, dispone di un efficace trattato stipulato con il Paese Y.

Al fine di concretizzare una struttura *conduit* tra il Paese X, ove risiede l'investitore, ed il Paese Y, ove verrà localizzato l'investimento, è necessario costituire due società "ponte" (del tipo *intermediate holding*) nel Paese Z e nel Paese W (rispettivamente IHCo1 e IHCo2), attraverso cui far transitare i flussi di reddito (dividendi, interessi, *royalty*, ecc.) provenienti dal Paese Y (ForCo).

(7) Cfr. D.G. Duff, *Responses to Tax Treaty Shopping: A Comparative Evaluation*, University of British Columbia (UBC), Faculty of Law, June 30, 2010; L. de Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study Under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies*, Amsterdam, IBFD, 2008, pag. 7. Per approfondimenti cfr. inoltre P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2012, pag. 80 ss.

Le *holding structure*, in genere, possono identificarsi con le strutture *conduit*, risultando dall'uso di schemi assimilabili a

Una particolare tipologia di società *conduit* è la c.d. **royalty (or interest) conduit company** olandese la quale si interpone tra l'*owner* dei **diritti di proprietà intellettuale** e l'utilizzatore finale di tali diritti, con l'obiettivo di conseguire vantaggi fiscali.

Secondo i più recenti studi OCSE nel contesto del Progetto BEPS (*Base Erosion e Profit Shifting*), l'abuso dei trattati contro le doppie imposizioni, consistente nell'"illegittimo utilizzo" delle suddette Convenzioni al fine di ottenere un beneficio fiscale, può dare adito a fenomeni di erosione della base imponibile (8). Per tali motivi, nell'ambito dell'**Action 6 del BEPS Action Plan** del luglio 2013, l'OCSE ha suggerito le seguenti **tre linee di intervento**:

- introduzione di **specifiche disposizioni** nelle Convenzioni contro la doppia imposizione e pubblicazione di **specifiche raccomandazioni** concernenti l'elaborazione di norme nazionali che impediscano l'estensione di benefici derivanti dai trattati a soggetti che non avrebbero diritto ad usufruire dei medesimi;
- elaborazione di **chiarimenti** con riferimento alla considerazione secondo cui "*tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation*";
- **identificazione** delle c.d. **tax policy considerations** delle quali, in linea generale, gli Stati dovrebbero tenere conto prima di procedere al-

la conclusione di una Convenzione bilaterale in materia fiscale.

In attuazione delle suindicate linee di azione, le più recenti raccomandazioni OCSE (9) prevedono la necessità di includere, nel **preambolo delle Convenzioni bilaterali**, un chiaro riferimento alla volontà degli Stati contraenti di prevenire e contrastare i fenomeni di elusione fiscale, e, in particolare, di evitare di favorire i c.d. fenomeni di *treaty shopping*.

Si raccomanda altresì l'inclusione nelle Convenzioni di una **specificata "anti-abuse rule based on the limitation-on-benefits provisions"** (10), sulla base delle clausole contenute nei trattati conclusi dagli Stati Uniti, finalizzata a contrastare un ampio numero di fenomeni di c.d. *treaty shopping*, attraverso la definizione puntuale dei requisiti necessari per l'inserimento nella categoria delle c.d. *qualified persons*, quali l'effettiva connessione del reddito di fonte estera all'attività svolta nello Stato di residenza.

Infine, si suggerisce di includere nei trattati una **clausola anti-abuso generale**, la quale costituisca espressione del principio secondo cui i benefici derivanti da una Convenzione fiscale non dovrebbero essere usufruiti nel caso in cui uno degli obiettivi fondamentali della transazione posta in essere sia quello di trarre vantaggio da una data disposizione convenzionale, in contrasto con lo scopo del trattato medesimo (11).

quelli identificati come *direct conduit structure* e come *stepping stone conduit structure*. Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2012, pag. 80 ss.; P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 2393 ss.

(8) Per approfondimenti sugli studi relativi al Progetto BEPS, cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 1895 ss.

(9) Cfr. OCSE, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6 - 2015 Final Report, 5 ottobre 2015.

(10) Per approfondimenti in materia, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2012, pag. 100 ss.; F. Weyzig, "Tax treaty shopping: structural determinants of Foreign Direct Investment routed through the Netherlands", in *International Tax and Public Finance*, 20(6), 2013, pagg. 910-937; J. Schwarz, *Tax Treaties*, Kluwer Law International, 2013; F.A. Vega Borrego, *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, 2006; M.F. Huber, M.S. Blum, "Limitation on Benefits Under Article 22 of The Switzerland-U.S. Tax Treaty", in *Tax Notes International*, Volume 39, Number 6, August 8, 2005; L. Hansson, *The Compatibility of Limitation on Benefits provisions in Tax Treaties with EC law*, Spring 2006; P. Valente, L. Davidson, L. Oster, "Usa-Paesi Bassi: una Convenzione contro il 'treaty shopping'", in *Comm. int.*, n. 8/1994, pag. 458; cfr. inoltre P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 2505 ss.

(11) Nel mese di marzo 2014, l'HMRC ha pubblicato il Rap-

porto *Tackling aggressive tax planning in the global economy: UK priorities for the G20-OECD project for countering Base Erosion and Profit Shifting*, il quale illustra le priorità individuate dall'Amministrazione finanziaria britannica nell'attività di contrasto al fenomeno dell'erosione della base imponibile mediante il *profit shifting*.

Con riferimento all'Action 6 in commento, l'HMRC ha precisato che "*The UK has around 120 bilateral Double Taxation Agreements with other countries and territories. Their intention is to secure that, as far as possible, residents of each country may trade or invest in the other country without the deterrent of unrelieved double taxation. At the same time, it is important to ensure that taxpayers do not exploit the terms of the agreements and differing tax systems in each country for tax avoidance purposes. For this reason, the purpose of tax treaties explicitly includes the prevention of 'fiscal evasion', a phrase that has been interpreted broadly by the OECD and the UK courts as encompassing the avoidance of taxation.*

(...) *The UK fully supports the objective of preventing treaty abuse and has, for some time now, included in its tax treaties provisions aimed at denying benefits where persons have a main purpose of taking advantage of a treaty's provisions (see for example the UK's tax treaties with Canada, France, Germany, Italy, Japan and Russia). Other countries also already take measures in their treaties to prevent them being abused; some taking a similar approach to the UK while others prefer a 'limitation on benefits (LoB)' approach. The UK has LoB provisions in its tax treaties with Japan and the USA*".

### 3. *Treaty shopping*, strutture *conduit* e profili penal-tributari

Sulla base di quanto sopra delineato in merito al *treaty shopping* e alle strutture *conduit*, ci si chiede se il ricorso a tale pratica possa dare luogo, quanto meno, a **denunce alla Procura della Repubblica**, quale che ne sia poi il risultato effettivo nella successiva sede giudiziale e quindi a concreti rischi di carattere penal-tributario, sulla base dei reati di cui al D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 modificato dal D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

In proposito occorre esaminare separatamente le **varie fattispecie criminose** ivi delineate che appunto possono comportare l'eventualità di una denuncia *ex artt.* 331, 347 c.p.p. alla Procura della Repubblica competente.

#### 3.1. Emissione ed utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti

Vengono in primo luogo in considerazione i reati, tra di loro corrispondenti, di cui agli artt. 2 ("Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti") e 8 ("Emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti") del D.Lgs. n. 74/2000, modificato dal D.Lgs. n. 158/2015, che sono fattispecie rivolte a colpire comportamenti posti in essere con grande diffusione, anche nei rapporti tra diversi Stati, e pure da parte di società di notevole consistenza economica, sempre nella ricerca di metodologie a rischio (poco elevato) di scoperta da parte delle Autorità ispettive.

Quando si parla abitualmente di "**fatture false**" si pensa infatti a comportamenti attuati da imprenditori o professionisti di medio-basso livello economico-commerciale, con l'obiettivo di "pagare meno tasse"; ma è sufficiente un minimo di pratica giudiziaria per rendersi conto come si tratti invece di una modalità comportamentale a cui ricorrono anche società di rilevante livello internazionale.

Il problema della possibile configurabilità di tali reati si pone dunque, con riferimento alla tematica in discorso, nel caso in cui il passaggio dell'operazione attraverso una società *conduit* venga ritenuto simulato, contestandosi da parte dei verificatori che l'operazione tra le società "A", "B" (*conduit*) e "C" sia da riferire alla realtà so-

stanziale di un'operazione tra "A" e "B", ossia tra le due società effettive.

Com'è noto, i reati rispettivamente contestabili alla società emittente ed alla società utilizzatrice delle fatture (o di altri documenti aventi rilievo probatorio analogo), sulla base della disposizione (derogatrice dell'art. 110 c.p.) di cui all'art. 9 del D.Lgs. n. 74/2000, sono diversi: rispettivamente, quello di cui all'art. 8 per l'emittente e quello di cui all'art. 2 per l'utilizzatore.

Nel quadro di questa tematica, occorre distinguere tra la situazione dell'emittente e quella dell'utilizzatore delle fatture per operazioni (in tutto od in parte) inesistenti.

Invero, per quanto riguarda la **società emittente**, l'art. 8 parla espressamente di "operazioni inesistenti" e quindi è evidente che la problematica della responsabilità penale, la quale si pone solo nel caso in cui l'operazione non abbia riscontro nella realtà storica, non si riscontra nella diversa ipotesi in cui l'operazione storicamente esiste ma è censurabile solo dal punto di vista tributario, siccome aggredibile perché fittiziamente interposta.

Nel caso, quindi, si tratti di valutare la fittizietà o meno dell'operazione posta in essere dalla società emittente nei confronti di un'altra società (ritenuta *conduit*), poiché l'art. 8 suindicato parla di "fatture per operazioni inesistenti", non si dovrebbe affermare la responsabilità penale dell'emittente, in quanto l'operazione non è oggettivamente, effettivamente inesistente, ma solo eventualmente censurabile sotto il profilo tributario, perché priva di sostanza economica, e quindi *lato sensu* simulata (12).

Per quanto concerne il comportamento degli amministratori della **società destinataria** della fattura proveniente dalla società *conduit*, si deve osservare, quanto alla fattispecie dell'art. 2 del D.Lgs. n. 74/2000 ("Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti"), che esiste una discrasia tra la rubrica della norma (che fa appunto riferimento all'"inesistenza" dell'operazione) ed il testo della stessa (che parla invece di "elementi passivi fittizi").

Al riguardo, con riferimento ai normali canoni di interpretazione, si dovrebbe dare prevalenza al testo della disposizione e quindi ritenere che la fattura possa essere considerata esistente, ancorché fittizia quanto al suo contenuto, con il

(12) Pertanto, non siamo in presenza di estremi per la denuncia in sede penale del fatto in base all'art. 8 del D.Lgs. n. 74/2000.

conseguente rischio di responsabilità penale degli amministratori della società che riceve le fatture dalla *conduit*.

In proposito occorre, peraltro, tener conto della recente disposizione di cui alla lett. d) dell'art. 4 D.Lgs. n. 74/2000 modificato dal D.Lgs. n. 158/2015 secondo la quale "la **parola fittizi**, ovunque presente, è **sostituita** dalla seguente: **inesistenti**".

Orbene, malgrado tale nuova disposizione (assolutamente chiarificatrice dello **scopo "so-stanzialistico"** perseguito dal legislatore della riforma penal-tributaria) sia inserita nel testo dell'art. 4, si deve peraltro arrivare alla conclusione che essa deve applicarsi anche nel caso in esame, e questo in forza dell'inciso "ovunque presente" contenuto in detto art. 4 (13).

In entrambi i casi sopracitati, approfondendo il punto della rilevanza penale delle operazioni tra le tre società "A", "B" e "C" di cui allo schema ipotizzato, ci si deve, comunque, chiedere se:

- sotto il profilo penalistico sia legittimo ritenere l'**esistenza dei reati** in questione tenendosi conto dell'**operazione intermedia** sotto il profilo, non della sua esistenza oggettiva, ma della sua "simulazione" (dal punto di vista fiscale, valutato alla stregua dei criteri civilistici);

- considerate simulate le **due cessioni** dalla società cedente **alla simulata conduit** e dalla **conduit alla società cessionaria**, si possa trarre la conclusione della **rilevanza penale** delle operazioni stesse alla stregua della ritenuta simulazione.

La rilevanza penal-tributaria dei comportamenti deve prescindere dalla considerazione dell'eventuale **simulazione dei trasferimenti**, e ciò in quanto la natura stessa dei reati fiscali impedisce di doversi prendere in considerazione il contenuto del diverso negozio che si voleva (o non voleva) porre in essere, limitandosi a dover valutare solo l'apparenza formale dei documenti e dei negozi.

Quanto precede, alla luce delle seguenti considerazioni. In campo penal-tributario non trova applicazione il delitto di truffa (art. 640 c.p.) - e

così pure altre fattispecie criminose concettualmente ad esso vicine - e questo sulla base del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. (14).

Le più recenti modifiche della normativa penal-tributaria, inoltre, si sono tutte orientate in questo senso. In proposito, oltre alla già citata lett. d) dell'art. 4 del D.Lgs. n. 74/2000 si può fare riferimento, in primo luogo, alla lett. f) dell'art. 1 del D.Lgs. n. 74/2000: "non si considera imposta evasa quella teorica e non effettivamente dovuta collegata a una rettifica in diminuzione di perdite dell'esercizio o di perdite pregresse spettanti e utilizzabili"; norma, questa, che specifica il contenuto delle disposizioni penal-tributarie come necessariamente aderente al **criterio dell'"effettività"**, decisamente opposto rispetto a quello dell'"imposta teorica e non effettivamente dovuta".

Parimenti, appare fortemente significativa di questo orientamento sistematico la **nuova disciplina dell'istituto dell'"abuso del diritto"** (15) di cui alla nuova lett. *g-bis* ("per operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente si intendono le operazioni, diverse da quelle disciplinate dall'art. 10-*bis* Legge 27 luglio 2000, n. 212, poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte ovvero le operazioni riferite a soggetti fittiziamente interposti").

Invero, lo specifico riferimento all'**interposizione fittizia**, che entra nel concetto e nella disciplina dell'abuso del diritto, non attiene al contenuto delle condotte penalmente rilevanti sulla base della netta distinzione tra reati tributari e rilevanza tributaria dei comportamenti di "abuso del diritto", rilevanti *ex* comma 13 dell'art. 10-*bis*.

Si deve, comunque, tener conto della rilevanza sistematica della nuova disposizione di cui al comma *g-ter* dell'art. 1 del D.Lgs. n. 74/2000: "per **mezzi fraudolenti** si intendono condotte artificiose attive nonché quelle omissive realizzate in violazione di uno specifico obbligo giuridico, che determinano una falsa rappresentazione della realtà".

(13) Di conseguenza, anche sul fronte della responsabilità penale degli amministratori della società "reale", destinataria della fattura ricevuta dalla società *conduit*, le conclusioni in punto di inesistenza della responsabilità penale non possono che essere dello stesso tipo che per quanto concerne gli amministratori della società *conduit*.

(14) In proposito, la giurisprudenza penale ha avuto modo, in diverse occasioni, di aderire a siffatta impostazione, muovendo dall'angolo visuale dell'essere il diritto penale tributario un sistema autosufficiente e chiuso in sé stesso. La giurispru-

denza, dal canto suo, ha preso le mosse, sviluppandola, dalla considerazione secondo la quale agli illeciti in materia tributaria non è applicabile appunto il reato comune di truffa, dato che il ricorso ad esso non può legittimare la sanzione penale di comportamenti diversi da quelli specificamente disciplinati dal legislatore penal-tributario.

(15) Per approfondimenti sull'abuso del diritto in ambito penal-tributario cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 3119 ss.

Applicando tale disposizione al caso in esame non si può negare che i reati di cui agli artt. 2 e 8 danno luogo sostanzialmente a “condotte artificiali (...) che determinano una **falsa rappresentazione della realtà**”, ma il problema, per quanto concerne l’interpretazione delle fattispecie medesime, si può così separatamente individuare:

- nella descrizione del comportamento di cui all’art. 2, il termine “mezzi fraudolenti” non risulta, dato il riferimento esclusivo alla “fittizietà”; di “dichiarazione fraudolenta” si parla tuttavia nel titolo della norma (“dichiarazione fraudolenta”);

- quanto all’art. 8, invece, non si parla né di “fittizietà” né di frode nella descrizione delle condotte e nell’intitolazione della norma (che fa riferimento solo al concetto di “inesistenza”).

Ciò dato, occorre chiedersi se il ricorso al menzionato sistema della creazione di una “società *conduit*” possa essere intesa come “condotta artificiosa” o come dante luogo alla “violazione di uno specifico obbligo giuridico” di cui al citato comma *g-ter*.

La risposta dovrebbe essere negativa in quanto detti chiarimenti legislativi (non estensibili analogicamente in forza del divieto di analogia *in malam partem* nel diritto penale) riguardano esclusivamente la nozione di “mezzi fraudolenti”, come avviene invece in altre specifiche disposizioni quali le seguenti:

- art. 3 (Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici), che fa riferimento agli “altri mezzi fraudolenti”;

- art. 11 (Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte), che usa l’espressione (assimilabile) “altri atti fraudolenti”.

Quindi, per quanto specificamente attiene agli artt. 2 e 8, la conclusione dev’essere nel senso della **non applicabilità** di tali fattispecie criminose con riferimento alle operazioni che si realizzano attraverso il ricorso ad una (o più) **società conduit**.

### 3.2. Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici

Diverse devono essere le conclusioni quanto al reato di “dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici” di cui all’art. 3 del D.Lgs. n. 74/2000, profondamente modificato nel nuovo testo introdotto dal D.Lgs. n. 158/2015, dato che la con-

dotta prevista consiste nel compimento di “**operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente** ovvero avvalendosi di documenti falsi o di altri mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l’accertamento e ad indurre in errore l’Amministrazione finanziaria”. Nella descrizione della condotta punibile da tale reato si fa, infatti, specifico riferimento ai “**mezzi fraudolenti**” e quindi, per la comprensione di tale concetto, occorre riferirsi alla definizione di cui alla citata lett. *g-ter*.

Il fulcro di tale condotta, per quanto concerne i comportamenti attivi, va individuato - a parte l’uso di documenti falsi - nel compimento di atti fraudolenti che siano idonei ad ostacolare l’accertamento e ad indurre in errore l’Amministrazione finanziaria.

In proposito, devono mutuarsi le conclusioni raggiunte dalla dottrina e soprattutto dalla giurisprudenza sotto la vigenza della precedente norma, tenendosi conto peraltro della fondamentale modifica intervenuta, nel senso che la vecchia norma poteva applicarsi solo ai contribuenti obbligati alla tenuta delle scritture contabili, mentre la nuova riguarda anche i soggetti privati: trattasi, comunque, di innovazione che non riguarda la problematica qui in esame (16).

Non si può negare che la linea di **distinzione** tra i comportamenti di **frode** riconducibili all’art. 3 e quelli di **mera infedeltà** rilevanti solo in base all’art. 4 è sempre stata piuttosto labile e di difficile individuazione. Per cercare di mettere fine a tale incertezza il nuovo testo dell’art. 3 ha previsto, nel nuovo comma 3, che “ai fini dell’applicazione della disposizione del comma 1, non costituiscono mezzi fraudolenti la mera violazione degli obblighi di fatturazione e di annotazione degli elementi attivi nelle scritture contabili o la sola indicazione nelle fatture o nelle annotazioni di elementi attivi inferiori a quelli reali”.

Con riferimento, allora, alla specifica problematica oggetto della presente trattazione, si tratta di rispondere alla domanda se integri, oppure no, un mezzo fraudolento, attraverso il compimento di “operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente”, la creazione stessa di una (**fittizia**) **società conduit** al fine di godere dei benefici tributari connessi al sistema medesimo.

(16) L’analisi della giurisprudenza fin qui formatasi ha riguardato situazioni concrete nelle quali, ad. es., le somme incassate “in nero” venivano “dirottate” su libretti al portatore od

intestati ad altri soggetti, oppure ancora la tenuta sistematica di una “doppia contabilità”, talvolta anche attraverso metodiche sofisticate.

In proposito, deve tenersi conto del fatto che la fraudolenza, in siffatte ipotesi, non è rintracciabile nelle modalità di costituzione e di funzionamento della società interposta - che sono ovviamente non censurabili - ma nello **scopo ultimo** soggettivamente perseguito dalla **costruzione "artificiosa"** del tipo in esame.

Orbene, alla luce di quanto precede, non si può escludere che una complessa e sofisticata operazione di costituzione di una società *conduit*, all'**esclusivo fine di sottrazione fraudolenta di materia imponibile al Fisco italiano**, possa venire ricondotta dall'Amministrazione giudiziaria italiana allo schema dell'art. 3.

In siffatte situazioni competerà quindi alla difesa della società dimostrare, non tanto che la ragione del risparmio fiscale non era l'unica perseguita dalla società stessa - in quanto questo tipo di impostazione e di problematica sono tipici del settore tributario al fine di escludere l'"abuso del diritto" nella nuova disciplina legislativa di cui all'art. 10-bis dello Statuto del contribuente - quanto piuttosto che, in considerazione delle particolari caratteristiche della nuova fattispecie, non sussistono, nello specifico caso di specie, gli estremi costitutivi della stessa (17).

Occorre ora sottolineare che il testo riformato dell'art. 3 del D.Lgs. n. 74/2000, modificato dal D.Lgs. n. 158/2015, alla lett. b) ha introdotto la seguente nuova disposizione: "ovvero qualora l'ammontare complessivo dei crediti e delle ritenute fittizie in diminuzione dell'imposta è superiore al cinque per cento dell'ammontare dell'imposta medesima o comunque a euro trentamila".

Tale integrazione può riguardare la specifica tematica della fittizia costituzione di società *conduit* solo nella misura in cui le operazioni contabili conseguenti diano effettivamente luogo ad un aumento fittizio, nell'ammontare indicato, dei crediti e delle ritenute in diminuzione dell'imposta; trattasi, comunque, di ipotesi di particolare verifica.

### 3.3. Dichiarazione infedele

La nuova fattispecie criminosa dell'art. 4 del D.Lgs. n. 74/2000, modificata dal D.Lgs. n. 158/2015 ("Dichiarazione infedele"), non si pre-

senta particolarmente riferibile alle operazioni di fiscalità internazionale in esame, in quanto le stesse, per il carattere di "fraudolenza" (nel senso penal-tributario) che le contraddistingue, più agevolmente possono essere ricondotte al reato di "dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici" di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 74/2000.

Rilevante è, comunque, anche a questo proposito, il già nuovo criterio di cui alla nuova lett. d) ("la parola fittizi, ovunque presente, è sostituita dalla seguente: inesistenti"), il quale, con riferimento alla tematica in esame, ed in particolare alla sua riferibilità al reato dell'art. 3, pone il seguente quesito: se possa considerarsi fittizia (inesistente) la costituzione dell'"operazione *conduit*" in esame, con la conseguenza dell'infedeltà delle relative dichiarazioni fiscali.

In proposito, appare meglio sostenibile la tesi della (eventuale) riconducibilità del fatto alla fattispecie dell'art. 3, potendo ritenersi l'esistenza della **fraudolenza del comportamento** nella stessa predisposizione dello schema di società "cuscinetto" posto in essere per conseguire il risparmio (illecito) di imposta.

### 3.4. Omessa dichiarazione

La fattispecie di omessa dichiarazione (redditi ed IVA), **modificata** soltanto per l'**entità della pena**, non appare realizzabile nel caso delle società *conduit* in quanto le dichiarazioni delle varie società coinvolte nella complessiva operazione vengono in effetti regolarmente presentate; si tratta soltanto di contestare l'effettiva esistenza giuridica (non fattuale) della società (o delle società) interposte.

La circostanza che l'interposta (o le interposte) sia giuridicamente da ritenersi "fittizia" non produce, infatti, l'omissione delle relative **dichiarazioni fiscali**, le quali saranno ovviamente **presentate nel Paese di appartenenza**.

All'osservazione, peraltro, che le stesse avrebbero dovuto essere presentate in Italia, trattandosi in realtà di società italiane, si può, d'altro canto, controbattere che l'obbligo di presentazione delle dichiarazioni non può ravvisarsi esistente a carico di una società ritenuta "fittizia" e, quindi, il problema non è quello di contestare una dichiarazione non presentata, bensì quello di rilevare una **presentazione "non dovuta" di una**

(17) La prova del reato può, ad esempio, ricavarsi:  
- dal reperimento di *emails* o da testimonianze da cui risulti che la costituzione stessa è stata ipotizzata a tale esclusivo fine;  
- dalla dimostrazione della falsità di altri documenti tendenti a far apparire esistente una ragione fiscale, artatamente crea-

ta, per tale costituzione;  
- dalle testimonianze dei soggetti indicati come amministratori della *conduit*, i quali appaiono completamente "digiuni" della struttura e degli scopi della società medesima.

**dichiarazione** da parte di una società che non dovrebbe esistere.

Nel nuovo art. 5 del D.Lgs. n. 74/2000 è stato inoltre introdotto un nuovo comma 1-*bis*, che punisce “chiunque non presenta, essendovi obbligato, la dichiarazione di **sostituto di imposta**, quando l’ammontare delle ritenute non versate è superiore ad euro cinquantamila”.

Anche tale nuova fattispecie criminosa, peraltro, non appare realizzabile nel caso delle società *conduit*, in quanto in tale tipo di operazioni il profilo formale degli adempimenti fiscali viene rispettato; si tratta invece di contestare, nel suo complesso, l’operazione “artificiosa”.