

**Dipartimento Impresa e Management Cattedra Diritto Tributario**

**L'ESTEROVESTIZIONE: ASPETTI GENERALI E CRITICITA'  
PARTICOLARI IN ITALIA E ALL'ESTERO**

**Relatore**

**Prof. Fabio Marchetti**

**Candidato**

**Edoardo Arrigo**

**ANNO ACCADEMICO 2013/2014**



# **INDICE**

## **Introduzione**

### **Capitolo I**

#### La Residenza Fiscale

- 1** La residenza fiscale delle persone giuridiche secondo art. 73 commi 3, 4, 5 del T.U.I.R
  - 1.1** Il criterio della sede legale
  - 1.2** Il trasferimento della sede legale
  - 1.3** Il criterio della sede amministrativa
  - 1.4** Il criterio dell'oggetto dell'attività
  - 1.5** L'evoluzione della normativa
  - 1.6** La denuncia da parte dell'Associazione Italiana Dottori Commercialisti (AIDC) alla Commissione Europea in materia di esterovestizione

### **Capitolo II**

#### Esterovestizione: Elusione o Evasione?

- 2** L'Evasione Fiscale
  - 2.1** L'Elusione Fiscale
  - 2.2** L'Abuso di Diritto
  - 2.3** Il Caso "Dolce e Gabbana": la Fattispecie
  - 2.4** Il Caso "Dolce e Gabbana": le Critiche

## **Capitolo III**

### **La residenza fiscale nelle convenzioni internazionali e le doppie imposizioni fiscali**

- 3** La residenza fiscale nelle convenzioni internazionali
- 3.1** Modello OCSE art 4: “the Place of Effective Management”
- 3.2** Critiche al criterio del “Place of Effective Management” come metodo risolutivo per risolvere i casi di doppia imposizione
- 3.3** La doppia imposizione fiscale all'estero secondo l'art. 23 del Modello OCSE.
- 3.4** La doppia imposizione fiscale in Italia secondo l'art 165 del TUIR

## **Conclusione**

## **Bibliografia**



## Introduzione

In un sistema economico mondiale caratterizzato dall'identificarsi della competizione a livello internazionale, la capacità delle imprese di contenere i costi, ottimizzando il carico fiscale complessivo, incide notevolmente sul successo delle stesse.

In particolare, nel tentativo di sottrarre artificiosamente materia imponibile all'Erario, traendo vantaggio dalle legislazioni fiscali di Paesi esteri e dalle norme contenute nelle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, gli operatori economici ricorrono sempre più spesso ad insidiose pratiche evasive caratterizzate dalla fittizia localizzazione della propria sede sui territori su tali Stati a fiscalità privilegiata.

È proprio in questa particolare forma di "evitare" le norme tributarie, realizzate mediante l'illegittimo occultamento della residenza fiscale reale e l'assunzione di una residenza fiscale fittizia, che si colloca il fenomeno dell'esterovestizione.

Tale istituto può essere quindi inquadrato come uno strumento di pianificazione fiscale, finalizzato al risparmio d'imposta, che si caratterizza mediante la dissociazione della residenza effettiva con quella formale.

È anche utile porre l'attenzione sul fatto che la determinazione della residenza fiscale delle persone giuridiche è sempre Stato un tema di attualità nell'ambito della fiscalità nazionale ed internazionale, al fine di contrastare ipotetiche condotte evasive ed elusive, poste in essere per ridurre la base imponibile.

Questo elaborato ha l'intenzione di analizzare l'evoluzione di questa fattispecie giuridica, cercando di evidenziare l'interpretazione innovativa che la giurisprudenza ha posto in

essere fino ad oggi, anche al fine di comprendere se, in materia di esterovestizione, si possa parlare di elusione o di evasione fiscale, facendo particolare riferimento alla sentenza della Cassazione penale n. 7739 del 28 febbraio 2012 (caso “Dolce e Gabbana”).

Si farà riferimento anche alla normativa internazionale e comunitaria rispetto al Modello OCSE, prendendo in esame la determinazione della residenza fiscale della persona giuridica.

Infine si affronterà il tema di doppia imposizione fiscale secondo l’ordinamento italiano e secondo il Modello OCSE.

La materia presenta diversi aspetti problematici, in quanto risulta particolarmente difficile identificare un criterio sostanziale e definitivo per l’individuazione di manifestazioni di capacità contributiva riconducibili al territorio di un singolo Stato.

Per analizzare nello specifico la questione oggetto del presente elaborato, è necessario un sintetico approfondimento sul quadro normativo di riferimento.

# Capitolo 1

## La Residenza Fiscale

### 1 La residenza fiscale delle persone giuridiche secondo art. 73 comma 3, 4, 5 del T.U.I.R

L'istituto giuridico dell'esterovestizione intende configurare la fittizia stabilizzazione della residenza fiscale di una persona giuridica in un Paese estero ma, di fatto, l'oggetto della società e/o la sede legale ed amministrativa sono situate sul territorio italiano. Normalmente si fa ricorso a tale fattispecie per usufruire di un regime fiscale agevolato, in modo che gli utili e le plusvalenze maturati dalla società siano tassati con un'aliquota più bassa.

Entriamo nello specifico cercando di comprendere come viene individuata la residenza fiscale delle persone giuridiche.

La definizione di residenza fiscale per le società e gli enti diversi dalle persone fisiche è disciplinata dal nostro ordinamento dal combinato disposto degli articoli 5, comma 3, lettera d) e dall'articolo 73 del T.U.I.R (d.p.r 22 dicembre 1986 n.917). Al terzo comma di quest'ultimo in merito alle *"imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato."*

Esistono tre requisiti per collegare le persone giuridiche con il territorio nazionale:

- **La sede legale<sup>1</sup>**
- **La sede amministrativa<sup>2</sup>**

---

<sup>1</sup> In linea generale, si intende la sede della società indicata nell'atto costitutivo. Inoltre, si presume che la sede legale coincida con quella principale dell'impresa, vale a dire dove si svolge l'attività principale dell'azienda

- **L'oggetto principale dell'attività<sup>3</sup>**

E' importante sottolineare che i tre criteri di collegamento sono da considerarsi tra di loro ben distinti e senza alcun tipo di ordine gerarchico ed anche è irrilevante il luogo in cui la società sia stata costituita, così come non acquisisce rilevanza giuridica la circostanza che anche uno solo degli elementi sopramenzionati sia presente in Italia. Ne consegue che la configurazione di un solo requisito sul territorio italiano sia sufficiente per considerare la società fiscalmente residente in Italia.

Ai criteri sopra descritti, il Legislatore ha anche aggiunto la previsione di un ulteriore elemento di carattere temporale<sup>4</sup>, specificando che l'esistenza di uno dei predetti requisiti sul territorio italiano si deve protrarre per la "maggior parte del periodo d'imposta".

Quindi per ritenere una società fiscalmente residente in Italia bisogna porre in essere tre tipologie di verifiche:

in primis, occorre controllare la sede legale della società; qualora non fosse istituita in Italia si procede ad individuare la sede amministrativa; se quest'ultima non fosse individuabile nel nostro Paese, è necessario fare una ulteriore verifica con riferimento all'oggetto principale dell'attività.

In fine il legislatore ha previsto una presunzione legale di

---

<sup>2</sup> Si intende il luogo in cui viene svolta l'attività di gestione

<sup>3</sup> Secondo l'art 73 comma 4 del T.U.I.R è "L'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto."

<sup>4</sup> Art. 73 comma 3 del T.U.I.R.

residenza<sup>5</sup> nel territorio dello Stato (“salvo prova contraria”) nei confronti di quelle società estere riconducibili ad un controllo, diretto o indiretto, da parte di amministratori residenti in Italia o da soggetti IRES italiani.

Solo dopo aver effettuato l'analisi dei requisiti nel percorso sopra descritto, si potrà avere la certezza della residenza della società o dell'ente sul territorio nazionale.

Passiamo ora alla definizione giuridica dei tre criteri evidenziati, cominciando dal requisito concernente la sede legale.

## **1.1 Il Criterio della Sede Legale**

La sede legale di una società o di un ente diverso dalle persone fisiche è da intendersi quella iscritta nel registro delle imprese, nonché quella descritta nello statuto o nell'atto costitutivo della società secondo l'art. 2328 del c.c.<sup>6</sup> Questo criterio di verifica non è di carattere sostanziale come gli altri due, bensì ha solo carattere formale in modo da non rinunciare ad uno strumento di facile controllo ai fini fiscali.

Non è da escludere, infatti, l'ipotesi in cui si accerta la sede legale all'estero, mentre la residenza fiscale sia in Italia.

Secondo l'orientamento consolidato della dottrina, infatti la presenza della sede legale in Italia basta a considerare la società fiscalmente residente in Italia, “ma non è altrettanto sufficiente ad

---

<sup>5</sup> Art. 35 comma 13 del D.L. n 223/2006 che ha introdotto il comma 5 bis e 5 ter all' art. 73 del TUIR

<sup>6</sup> Devono essere indicate nell'atto costitutivo sia la sede delle società sia le eventuali sedi collegate alla principale

escludere che un altro Paese possa, in base alle proprie leggi, considerare la società come residente sul proprio territorio”<sup>7</sup>.

Proprio per questo motivo, la cooperazione fra carattere formale e requisiti sostanziali assicura un controllo più restrittivo sulle società al fine di evitare ipotetici abusi.

## **1.2 Trasferimento della sede legale**

Occorre fare un’analisi aggiuntiva sul criterio analizzato della sede legale.

Nell’ipotesi di trasferimento della stessa, nel corso del periodo d’imposta, dall’Italia verso un Paese estero (o viceversa), al fine di determinare il Paese dove sussiste la residenza della società o dell’ente, occorre assumere, quale data di trasferimento, quella giudicata rilevante ai fini fiscali dall’ordinamento tributario di provenienza<sup>8</sup>.

Ad esempio, esaminiamo il caso in cui una società trasferisca la propria sede legale dalla Spagna all’Italia. La società è cancellata dal Registro delle Imprese spagnolo in data 14/5/2010 e viene Iscritta nel Registro delle Imprese italiano alla data del 14/07/2010. Occorre quindi stabilire momento del trasferimento ai fini della residenza fiscale: per fare ciò, è necessario fare riferimento alla legge del Paese estero di provenienza, e dunque individuare la data di cancellazione della società dal Registro delle Imprese spagnolo. Utilizzando questo esempio dunque, la società viene considerata fiscalmente residente in Italia, in quanto il trasferimento è avvenuto nella prima metà del periodo d’imposta.

---

<sup>7</sup> Cfr. Miele L., Russo V., Rolle G., *Società estere: regime delle CFC ed esteroestizione*, IPSOA, temi di reddito d’impresa

<sup>8</sup> Agenzia delle Entrate 17/01/2006 n.9

### 1.3 Il criterio della sede amministrativa

In base all'art. 73 del TUIR, l'individuazione della sede amministrativa della società (che prescinde dalla localizzazione della sede legale) è definita come il luogo in cui vengono fatte le scelte manageriali della società, nonché vengono assunte le decisioni strategiche ed aziendali.

Per l'individuazione della stessa, secondo l'orientamento della Corte di Cassazione, prevale l'aspetto sostanziale, anziché quello formale, per permettere di individuare *"la sede effettiva"*. In base a tale principio, bisogna ricorrere ad elementi di *effettività sostanziale*<sup>9</sup> tramite puntuali accertamenti per verificare il luogo della sede amministrativa. Di conseguenza la definizione della stessa si traduce con l'individuazione del *"luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per accentramento – nei rapporti interni con i terzi – degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente"*<sup>10</sup>. Secondo questo principio, è utile rilevare come non è decisiva la nazionalità, la residenza fiscale o il domicilio degli amministratori della società, bensì il luogo in cui si manifestano gli impulsi strategici inerenti all'attività. È quindi irrilevante il luogo in cui vengono svolte le azioni materiali o di supporto, quali ad esempio la contabilità e la gestione della società

Altro modo per individuare la sede amministrativa è quello di capire dove agisce ed opera il *top management*. Ci si soffermerà quindi non sul luogo, dove vengono svolte materialmente le attività

---

<sup>9</sup> Circolare n.27/E del 2006 da parte dell'Agenzia delle Entrate

<sup>10</sup> La Suprema Corte, con la sentenza del 16 giugno 1984 n. 3604

amministrative e direttive per l'azienda, ma sulla sede in cui la società viene organizzata e coordinata per il raggiungimento dei suoi scopi.

*“E’ stato, inoltre, posto l’accento sulla necessità che gli uffici amministrativi siano intesi non in senso materiale ma sostanziale, escludendosi, ad esempio, che tale presupposto possa configurarsi quando si faccia ricorso a studi professionali o società di servizi e ciò non soltanto quando essi siano utilizzati per la mera domiciliazione della sede, ma anche quando siano designati quali amministratori del soggetto estero: operando, infatti, tali studi e società di servizi per una pluralità di clienti e limitandosi a svolgere un’attività di replica di decisioni assunte altrove, dovrebbe più correttamente aversi riguardo al luogo in cui l’attività direzionale è realmente svolta. Altri hanno per contro evidenziato che la designazione, quali amministratori, di professionisti locali può talora essere giustificata dalle loro conoscenze ed esperienze riguardo alla realtà specifica del Paese in cui il soggetto si trova ad operare, con la conseguenza di dover valutare sulla base di altri fattori se la loro attività di direzione sia effettiva e idonea a radicare la sede dell’amministrazione, rilevando, a tal fine, ad esempio, l’indipendenza degli amministratori locali ovvero la conformità del loro operato all’interesse obiettivo della società che amministrano.”<sup>11</sup>*In quest’ultimo caso pur avendo, formalmente, l’attività all’estero, gli amministratori sono soggetti alle direttive dei soci italiani.

Infine possiamo elencare una serie di esempi che ci possono aiutare a rilevare la sede amministrativa e quindi la residenza fiscale dell’impresa estera:

---

<sup>11</sup> Circolare n.67 del 2007 di Assonime

- La disponibilità in Italia di contratti e conti correnti;
- Il luogo in cui vengono convocate i consigli di amministrazione e le assemblee dei soci;
- La residenza degli amministratori della società estera;
- Le corrispondenze di lettere, email, fax che ci possono dare elementi utili per capire la residenza della società.

#### **1.4 Il criterio dell'oggetto dell'attività**

Il criterio in esame, sancito dall'art. 73, comma 3, del Tuir, risulta definito dalla stessa norma, che ai successivi commi 4 e 5 statuisce che:

*“l'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.”* Continua nel comma 5 affermando che *“In mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato; tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti”*.

Le disposizioni fiscali sopra richiamate, pur recando una prima previsione di carattere formale (comma 4), sono completate da una seconda norma di carattere sostanziale (comma 5) e perciò l'interpretazione permette al criterio dell'oggetto principale di mantenere la sua natura di criterio avente rilevanza, appunto, “sostanziale”.

Ne deriva che il requisito dell'oggetto principale va individuato non tanto nell'attività statutariamente prevista, quanto, piuttosto, nell'attività d'impresa effettivamente esercitata dall'ente giuridico oggetto d'indagine (art. 73, comma 5, del TUIR). L'oggetto principale dell'attività, sia dal punto di vista civilistico che fiscale, coincide, dunque, con la concreta attività svolta per il raggiungimento dello scopo sociale. D'altra parte, dalla lettura dell'art. 73, comma 4, secondo periodo, del TUIR si evince che per oggetto principale deve intendersi *“l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto”*. Tale norma impone di verificare l'oggetto principale tenendo in considerazione l'attività *“essenziale”* svolta dall'impresa ai fini del raggiungimento dei suoi scopi sociali.

Non vi è alcun dubbio, infatti, che la norma citata fa riferimento a tutte quelle attività *“essenziali”*, senza le quali gli scopi sociali per cui l'impresa è stata costituita non potrebbero essere realizzati. La circ. n. 1/2008 del 29 dicembre 2008 della Guardia di finanza, con riferimento alla norma del TUIR che definisce l'oggetto principale, precisa che si tratta di una *“definizione estremamente ampia, per circoscrivere la quale si ritiene in genere necessario prendere in considerazione lo svolgimento dell'attività per il cui esercizio la società è stata costituita, nonché gli atti produttivi e negoziali ed i rapporti economici che la stessa pone in essere con terzi”*.

Alla luce di quanto esposto, ai fini dell'individuazione dell'oggetto principale dell'attività dovrà farsi riferimento a dati concreti, materialmente riscontrabili, quali, ad esempio:

- la localizzazione degli investimenti;

- la sede degli impianti produttivi e/o di stoccaggio;
- la sede degli uffici ove si svolgono le funzioni amministrativo-contabili, ecc.<sup>12</sup>

Di conseguenza possiamo riassumere che il criterio dell'oggetto dell'impresa si traduce nell'individuazione dell'attività effettuata realmente dall'impresa, anziché quella prevista dallo statuto. L'oggetto dell'impresa si traduce quindi nell'attività "essenziale" ai fini del raggiungimento dello scopo sociale dell'impresa.

## 1.5 Evoluzione della normativa

L'art 73 di cui, abbiamo parlato nelle pagine precedenti, negli ultimi anni ha subito notevoli modifiche con l'introduzione di norme che stabiliscono criteri presuntivi di residenza, con l'inversione dell'onere della prova a carico del contribuente.

In questo caso la presunzione legale serve all'Amministrazione finanziaria a combattere i casi di esterovestizione societaria che *"pur assumendo forme molto articolate si basano sostanzialmente sull'uso strumentale di entità di gruppo artatamente articolate in determinate aree che consentono di minimizzare il carico impositivo complessivo"*<sup>13</sup>.

Queste modifiche normative sono state effettuate per contrastare i casi di evasione e di elusione da parte di gruppi societari od enti, che individuano fuori dei confini della Unione Europea un regime fiscale più favorevole. Com'è noto, infatti, negli ultimi anni si è

---

<sup>12</sup> "Il criterio dell'oggetto principale ai fini dell'identificazione della residenza fiscale delle società". Approfondimento sulla fiscalità internazionale da parte del professore Piergiorgio Valente pubblicato da "Il Fisco"

<sup>13</sup> Circolare n.1 del 2008 del Comando Generale della Guardia di Finanza

assistito, in Europa, ad un forte aumento della pressione fiscale (basti pensare che in Italia la pressione fiscale ha superato il 60%). In base a tale principio infatti si parla di *source taxation* dove sono assoggettati a tassazione solo i redditi prodotti sul territorio dello Stato nazionale e non quelli all'estero. Questo principio è stato introdotto dal legislatore proprio per combattere quei casi di esterovestizione societaria che consistevano nel collocare holding in Lussemburgo o nei Paesi Bassi<sup>14</sup> con i quali è stato fatto un accordo evitando le doppie imposizioni. Un esempio recente può essere quello di Google che con il metodo del “*doppio irlandese con salsa olandese*” è riuscita a risparmiare una consistente tassazione "milionaria", a discapito degli Stati membri dell'Unione Europea. In particolare, l'art 73 del TUIR ai commi 5 bis e ter<sup>15</sup>, dispone che salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede amministrativa di società e di enti che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'art 2359, primo comma del codice civile, in società o enti commerciali residenti se, alternativamente:

- Questi soggetti, allo stesso tempo, sono, anche indirettamente, controllati da soggetti residenti nel territorio dello Stato, come sancito dall'art 2359;
- Questi soggetti sono amministrati da un consiglio di amministrazione o da un organo esterno, composto in maggioranza da persone residenti in Italia 16.

---

<sup>14</sup> Un esempio può essere il sistema del “doppio irlandese in salsa olandese” che ha visto molte società beneficiarne. Google ad esempio è riuscita attraverso questo metodo a risparmiare i tutta Europa più di 26 miliardi di euro.

<sup>15</sup> I commi 5 bis e ter sono stati inseriti dall'art 35 comma 13 del d.l. 4 luglio 2006 n 223, convertito dalla l. 4 agosto 2006 n 248

Si tratta quindi di soggetti a cui vengono chiaramente attribuiti elementi di collegamento con il territorio dello Stato, in quanto possiedono quote o partecipazioni di controllo in società ed enti residenti che, a loro volta sono controllate o amministrare da soggetti residenti.

## **1.6 La denuncia da parte dell'Associazione Italiana Dottori Commercialisti (AIDC) alla Commissione Europea in materia di esteroinvestizione.**

Nel giugno 2009 l'Associazione Italiana Dottori Commercialisti ha denunciato <sup>16</sup> alla Commissione Europea l'introduzione della presunzione di residenza, salvo prova contraria, sancita dall'art 73 comma 5 bis e 5 ter del TUIR. Secondo l'AIDC infatti, queste disposizioni sarebbero in netto contrasto con le libertà garantite dai principi comunitari, come quello della libera circolazione delle persone<sup>17</sup>, della libertà di stabilimento<sup>18</sup> e della libera prestazione dei servizi.<sup>19</sup>

L'AIDC giudica la disciplina dell'articolo 73, in merito alla presunzione, passibile di censura in quanto, oltre a non garantire un trattamento equo verso le persone, fisiche e giuridiche, verrebbe violato il principio di proporzionalità nell'inversione dell'onere della prova, in particolare per i residenti in Stati al di fuori dell'Unione Europea.

Le difficoltà nel dimostrare la prova contraria sarebbero sintetizzate secondo l'AIDC in tre casi principali:

---

<sup>16</sup> Denuncia numero 6 del 1 giugno 2009

<sup>17</sup> Art 14,18 e 39 del Trattato

<sup>18</sup> Art 43 e 48 del Trattato

<sup>19</sup> Art 14, 18, 49 e 50 del Trattato

- non si rileva il fatto che l'ente o la società residente sia in un territorio a tassazione ordinaria o in un paradiso fiscale;
- non si riesce a dimostrare preventivamente la prova della reale residenza, poiché l'Amministrazione Finanziaria<sup>20</sup> ha proibito, in questi casi, l'utilizzo dell'interpello anti elusivo e dell'interpello ordinario<sup>21</sup>
- la discrezionalità degli elementi, di volta in volta, valorizzati a fine di superare la presunzione fiscale come si evince dalla disamina di alcune risposte in materie affini (deduzione dei costi Black List e e Controlled Foreign Company)<sup>22</sup>

Infatti, secondo l'AIDC, l'unico modo, per le società o gli enti, per dimostrare la loro residenza in modo conforme ai principi comunitari è rappresentato dalla compilazione del certificato di residenza, rilasciato dalle Autorità fiscali dello Stato comunitario della sede legale.

Ovviamente questa denuncia da parte dell'AIDC è stata respinta dalla Commissione Europea con la lettera del 7 gennaio 2011, in quanto ha ritenuto la normativa in materia di esterovestizione conforme al principio di proporzionalità, in quanto la presunzione di residenza, anche grazie alle risposte fornite dall'Amministrazione Finanziaria, è *"fondata essenzialmente su una valutazione caso per caso da parte degli enti verificatori del*

---

<sup>20</sup> Questi sono gli elementi chiave della risoluzione n. 312/E del 5 novembre, con cui l'agenzia delle Entrate fornisce chiarimenti a un interpello presentato da una *holding* avente come attività la gestione di partecipazioni e che è considerata fiscalmente residente sia in Olanda, dove ha la propria sede legale e amministrativa, sia, fino a prova contraria, in Italia, in base all'articolo 73, comma 5 *bis*, del Tuir.

<sup>21</sup> Art 11 della legge n.212 del 2000

<sup>22</sup> Risoluzione ministeriale n.187/E del 5 maggio 2008 e n. 100 dell'8 aprile 2009

*complesso degli elementi fattuali di ogni singola fattispecie senza limitare la possibilità del contribuente di fornire elementi in senso contrario”.*

L'Agenzia delle Entrate specifica<sup>23</sup> che la presunzione recata dall'articolo 73, comma 5 bis, ter e quater, facilita il compito del verificatore nell'accertamento degli elementi di fatto per la determinazione della residenza effettiva della società, *“ma non lo esonera dal provare in concreto l'effettività dell'esterovestizione”.*

L'Amministrazione continua affermando che le norme *“costituiscono solo il punto di partenza per una verifica più ampia, da effettuarsi in contraddittorio con l'amministrazione finanziaria, sull'intensità del legame tra la società e lo Stato estero e tra la medesima società e l'Italia”.*

Dunque, le fattispecie al verificarsi delle quali la società estera si considera esterovestita e, pertanto, fiscalmente residente in Italia, assurgono a meri elementi indiziari, che depotenziano la presunzione legale insita nella norma.

L'Agenzia delle Entrate precisa che al fine di *“fondare la residenza effettiva di un soggetto estero in Italia, i relativi riscontri degli organi verificatori devono basarsi su un'analisi complessiva della situazione di fatto dell'impresa, non limitata da una valutazione acritica fondata soltanto su dette presunzioni”.*

Quanto agli elementi di prova che la società Ue può addurre a dimostrazione della propria residenza estera, l'Amministrazione spiega che al contribuente è lasciata possibilità di dotarsi degli elementi più idonei per dimostrare che, di fatto, la società è amministrata al di fuori dal territorio italiano.

---

<sup>23</sup> Attraverso una lettera inviata alla Commissione Europea il 12 e 14 aprile del 2010 (Protocollo dell' Agenzia delle Entrate n. 2010 /39678 e n. 2010/157346)

Per l'Agenzia, dunque, la presunzione contenuta nella disposizione  
*“non limita in alcun modo il contenuto della prova contraria a carico  
del contribuente, né ne rende l'esercizio particolarmente difficoltoso”*.

## CAPITOLO II

### **Esterovestizione: Evasione o Elusione Fiscale?**

Questo capitolo ha lo scopo di capire e di collocare l'istituto dell'esterovestizione, in materia di residenza, nell'ambito dell'evasione o dell'elusione fiscale. Per rispondere al meglio a questo quesito, dopo un sintetico "focus" sulle predette definizioni, nonché su quella correlata dell'abuso di diritto, si procederà ad un attento esame della sentenza emessa dalla Cassazione Sezione penale n. 7739 del 28 febbraio 2012 (più nota come caso "Dolce e Gabbana").

Procediamo nel percorso delineato con le definizioni di:

- Evasione fiscale
- Elusione fiscale
- Abuso di diritto

#### **2 L'Evasione fiscale**

Si può parlare di evasione fiscale nel momento in cui si assiste ad una violazione di un obbligo fiscale da parte della persona fisica o giuridica. Più nel dettaglio, si viene a configurare l'evasione per *“il comportamento in violazione della legge nel campo delle imposte, delle tasse, dei contributi. Nell'evasione fiscale rientrano tutti quei metodi illegali atti a ridurre o eliminare il prelievo fiscale e contributivo. Si verifica quando il contribuente si sottrae in tutto (evasione totale) o in parte (evasione parziale) all'obbligo tributario, mediante l'occultamento di imponibili e/o di imposta. Si tratta di un comportamento attivo od omissivo posto in essere in violazione di*

*norme tributarie*<sup>24</sup>". L'evasione fiscale quindi è un fenomeno illecito, *contra legem*, contrastato in via amministrativa e, al verificarsi di alcune circostanze, anche dalle disposizioni penali.

In buona sostanza, si viene a configurare come evasione fiscale "qualsiasi fatto commissivo od omissivo del soggetto passivo dell'imposizione che, avendo posto in essere il presupposto del tributo, si sottrae, in tutto o in parte, ai connessi obblighi previsti dalla legge."<sup>25</sup>

## **2.1 L'Elusione fiscale**

Per elusione fiscale s'intende la "*capacità di sottrarsi, in modo lecito ma spregiudicato, al pagamento di imposte, tasse e contributi. In particolare, per elusione fiscale si intende l'uso sleale di istituti giuridici, designati per finalità diverse, allo scopo di ridurre il proprio carico fiscale con mezzi che non sono perseguibili penalmente o civilmente: perciò è anche chiamata evasione legale. in tale circostanza, il contribuente si sottrae all'obbligo del pagamento dell'imposta in modo legittimo, muta le sue scelte economiche, anche in maniera puramente formale, per ridurre l'onere tributario.*"<sup>26</sup>

Il legislatore fiscale ha messo mano al contrasto di tale fenomeno, grazie alla previsione dell'art 37 bis del D.P.R. n. 600/1973 che prevede una serie di articolate disposizioni antielusive, ed in particolar modo, ai commi 1 e 2, ne dà le definizioni sotto riportate:

- 1) "*Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide*

---

<sup>24</sup> Definizione di "evasione fiscale" ottenuta dal "Dizionario di Economia e Finanza" della Treccani (2012) Paola Maiorano

<sup>25</sup> A. Lovisolo, "L'evasione e l'elusione tributaria", in "Enciclopedia dir.", terzo aggiornamento, Giuffrè, Milano, 1988

<sup>26</sup> Definizione di "elusione fiscale" ottenuta dal "Dizionario di Economia e Finanza" della Treccani (2012) Paola Maiorano

*ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti."*

- 2) *"L'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione."*

Pertanto è opportuno fare una distinzione fra un giusto e legittimo risparmio dell'imposta (*tax saving*) e la sopracitata elusione fiscale (*tax avoidance*): nel primo caso siamo di fronte ad un caso "fisiologico", nel secondo, invece, di fronte un caso "patologico". *"Nel risparmio d'imposta fisiologico il contribuente si limita ad "usare" la legislazione vigente, mentre in quello patologico il contribuente ne "abusa", ritorcendone a proprio favore incompletezze o difetti in modo da ottenere risultati che (pur formalmente legittimi) ripugnano al sistema nel suo complesso"*<sup>27</sup>. Quindi si può dire che la configurazione di un fenomeno di elusione fiscale si pone in una posizione intermedia tra il legittimo risparmio d'imposta (comportamento fisiologico) e l'evasione fiscale (comportamento patologico).

Possiamo, infine, definire le differenze tra l'elusione fiscale e l'evasione fiscale:

- Nell'evasione, il presupposto del tributo c'è, ma il

---

<sup>27</sup> Lupi, Raffaello. "Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa."

contribuente lo ignora o lo viola consapevolmente, contravvenendo ad una specifica norma o a più norme tributarie;

- Nell'elusione, invece, il contribuente aggira l'obbligo fiscale, evitando quindi di pagare l'imposta, strumentalizzando le regole fiscali, ovvero violando lo spirito della norma, cioè la "ratio" ispiratrice.

Di conseguenza l'elemento essenziale che fa la differenza fra l'elusione e il legittimo risparmio dell'imposta sta nella violazione dello "spirito della legge", ovvero sia nel non rispetto dell'insieme delle tecniche e dei comportamenti del soggetto passivo d'imposta che "impedisce, in tutto o in parte, il sorgere della fattispecie legale imponibile, mediante l'uso accorto di istituti giuridici, con il risultato di far ricadere la capacità contributiva sotto una configurazione giuridica diversa da quella sua propria, al fine di ridurre o annullare l'onere fiscale."<sup>28</sup>

## **2.2 L'Abuso di Diritto**

Il concetto di abuso di diritto si evince, per la prima volta, nella sentenza della Corte di Cassazione, che ha affermato che *"si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuite"*.<sup>29</sup>

In ambito tributario, il concetto in questione è stato introdotto

---

<sup>28</sup> Articolo "Esterovestizione: elusione o evasione?" di Marco Baragagli e Marco Thione. "Il fisco" n.41 del 2003

<sup>29</sup> Cassazione 18 settembre 2009, n. 20106

dalla sentenza del 13 maggio 2009, n. 10981, con la quale la Corte di Cassazione, Sezione Tributaria Civile, ha affermato che *“il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l’uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un’agevolazione o un risparmio d’imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l’operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici.”*

Ne consegue che, il concetto di abuso del diritto tributario è stato, di fatto, un allargamento del concetto di elusione, circoscritto a fattispecie casistiche<sup>30</sup> e di conseguenza un principio generale, definito sulla base di una elaborazione giurisprudenziale.

Infatti, i Giudici della Suprema della Corte hanno riscontrato l’esistenza di disposizioni di carattere generale aventi carattere antielusivo, individuate dall' art 53, 1 e 2 comma, della Costituzione, dove sono disciplinati i principi di capacità contributiva e della progressività d’imposta.

Questi principi, infatti, risulterebbero lesi solo nei casi in cui ci sia un utilizzo distorto degli strumenti giuridici per ottenere degli ingiusti vantaggi fiscali.

Nelle sentenze n. 30055, 30056, 30057 del 23 dicembre 2008<sup>31</sup> (le c.d. "Sentenze di Natale") emesse dalla Cassazione a Sezione Unite , infatti, si afferma che *“non può non ritenersi insito nell’ordinamento , come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali*

---

<sup>30</sup> Art. 37 bis del D.p.r. 600/1973

<sup>31</sup> Note anche come “sentenze di Natale” del 23 dicembre 2008 della Corte di Cassazione, SS.UU. civili

*dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale".*

Il principio dell'abuso del diritto, per come configurato dall'elaborazione giurisprudenziale, inoltre, non si pone in contrasto con il principio della riserva di legge previsto dall'art. 23 della Costituzione *"non traducendosi nell'imposizione di obblighi patrimoniali in assenza di previsione legislativa, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali"* (così Cass. 4737/2010).

In conclusione, possiamo affermare che l'abuso del diritto e l'elusione sono:

- Due concetti, nella sostanza, sovrapponibili, visto che nella recente legge di delega fiscale, è stato delegato il Governo ed emanare uno o più decreti per *"revisione delle vigenti disposizioni antielusive al fine di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto"*<sup>32</sup>
- Due concetti formalmente distinti poiché l'elusione ha un proprio fondamento normativo<sup>33</sup>, mentre l'abuso di diritto non è, allo stato, codificato e, di conseguenza, costituisce una clausola di derivazione giurisprudenziale.

---

<sup>32</sup> Art. 5 del Disegno di legge A.S. 1058 del 17 ottobre 2013, delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita

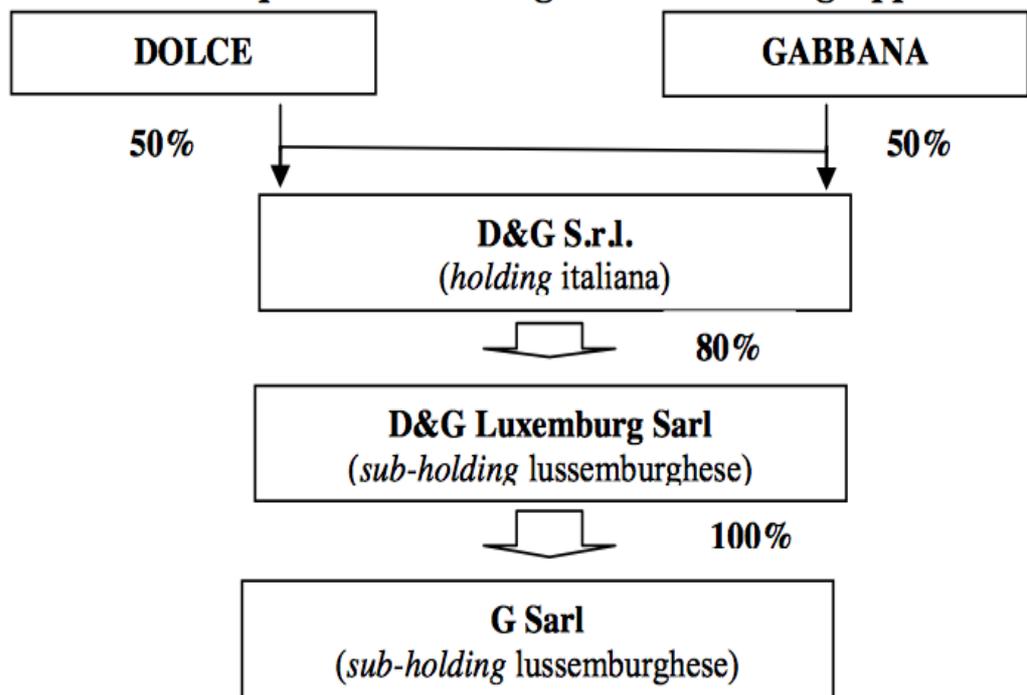
<sup>33</sup> Art 37-bis del D.p.r. n.600/1973

### 2.3 Il Caso “Dolce e Gabbana”

La fattispecie in questione trae origine dall’impugnazione dinanzi alla Corte di Cassazione, da parte del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano, della sentenza di “non luogo a procedere” emessa nei confronti degli stilisti Domenico Dolce e Stefano Gabbana, oltre che nei confronti di altri soggetti, in ordine al reato di truffa aggravata nei confronti dello Stato (ex art. 640 comma 2 codice penale) e a quello di dichiarazione infedele (ex art. 4 del D.Lgs. n. 74/2000).

Il tutto nasce da un’operazione di riorganizzazione del gruppo “Dolce & Gabbana” avvenuta nel 2004, con il trasferimento di marchi detenuti fino a quel momento da persone fisiche residenti in Italia, ceduti poi ad una sub-holding lussemburghese (G Sarl), detenuta al 100% da un’altra sub-holding lussemburghese (D&G Luxemburg Sarl), a sua volta partecipata per l’80% da una holding italiana (D&G S.r.l.), posseduta al 50% dai due stilisti.

#### ***Risultato dell’operazione di riorganizzazione del gruppo D&G***



La costruzione dell'operazione societaria sopra descritta è stata contestata come l'esterovestizione.

Quindi, il risultato dal punto di vista fiscale è stato quello di delocalizzare la materia imponibile dall'Italia al Lussemburgo, sfruttando il migliore regime fiscale.

Analizziamo le varie contestazioni mosse dall'Amministrazione finanziaria:

- Ai sensi dell'art 73 comma 3 del Tuir, si parla di fittizia residenza, e quindi viene contestata l'esterovestizione. In pratica la sede lussemburghese è identificata solo per avere un carattere meramente formale, al fine esclusivo di beneficiare del regime fiscale più agevole. Inoltre, viene ritenuto che le riunioni amministrative si tenevano solo apparentemente in Lussemburgo;
- È stata rilevata una *“interposizione fittizia di persone”*, nozione desunta dall'art 37 comma 3 del DPR n. 600/1973, che costituisce una forma di *“simulazione relativa”* riferita ai soggetti. In pratica l'Amministrazione Finanziaria contesta lo schema societario che aveva lo scopo di sottrarre a tassazione una manifestazione reddituale, in verità creata in Italia, poiché la reale titolarità dei marchi era riconducibile ai due noti stilisti residenti effettivamente in Italia.
- Si rileva che *“la condotta attribuita agli imputati costituisce un fenomeno noto come “esterovestizione”, che trova specifico riconoscimento nella legislazione di settore. La eventuale riqualficazione in Italia della residenza fiscale di società ed enti esteri è prevista dal comma 3 dell'art. 73 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, testo unico delle imposte sui redditi, il quale dispone:*

*«Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato». Il nostro ordinamento guarda, dunque, oltre a dati formali, quali appunto la sede legale o la sede dell'amministrazione, anche a dati sostanziali, quale l'oggetto principale dell'attività. L'art. 73, comma 4, del citato D.P.R. definisce l'oggetto principale nella attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.»<sup>34</sup>*

- Per verificare la punibilità ai fini penali, la Corte di Cassazione elabora un percorso logico/giuridico delle norme antielusive nazionali che portano ad un ragionamento in cui si afferma *“il principio che non qualunque condotta elusiva ai fini fiscali può assumere rilevanza penale, ma solo quella che corrisponde ad una specifica ipotesi di elusione espressamente prevista dalla legge. In tal caso, infatti, si richiede al contribuente di tenere conto, nel momento in cui redige la dichiarazione, del complessivo sistema normativo tributario, che assume carattere precettivo nelle specifiche disposizioni antielusive. In altri termini, nel campo penale non può affermarsi l'esistenza di una regola generale antielusiva, che prescinderebbe da specifiche norme antielusive, così come, invece, ritenuto dalle citate Sezioni Unite civili della Corte Suprema di Cassazione, mentre può affermarsi la rilevanza penale di*

---

<sup>34</sup>Sentenza della Cassazione penale n. 7739 del 28 febbraio 2012 (caso “Dolce e Gabbana”) al punto 4.1

*condotte che rientrino in una specifica disposizione fiscale antielusiva*<sup>35</sup>.

#### **2.4 Sentenza “Dolce e Gabbana”: le Critiche**

Alla sentenza della Cassazione penale n. 7739 del 28 febbraio 2012 sono state formulate diverse critiche, partendo da un ragionamento principale nel quale la sentenza sia sostanzialmente basata su un equivoco in cui si accomunano condotte evasive con condotte elusive.

Nello specifico, la dottrina ha evidenziato diversi punti su cui si posso fare attente riflessioni:

- *che “la sentenza riguardi un caso che la stessa Corte inquadra, per la parte della sua articolazione che qui interessa, nella c.d. esterovestizione e segnatamente di (pretesa) fittizia residenza estera di una società (nella specie costituita in Lussemburgo), ossia un caso che con l’elusione e l’abuso del diritto tributario nulla ha a che fare, rappresentando, diversamente, un’ipotesi paradigmatica di evasione”. E ancora: “sulla base di tale curiosa, sebbene non isolata, commistione di concetti (elusione/abuso, da un lato, ed evasione, dall’altro) e muovendo comunque da una loro concezione unitaria, la Suprema Corte teorizza la sanzionabilità penale ex artt. 4 o 5 del D.Lgs. n. 74/2000, a seconda dei casi, dell’esterovestizione inteso come comportamento elusivo tipizzato in specifiche*

---

<sup>35</sup> Sentenza della Cassazione penale n. 7739 del 28 febbraio 2012 (caso “Dolce e Gabbana”) al punto 4.6

*disposizioni del Tuir e comunque più in generale delle condotte che rientrano in una specifica disposizione fiscale antielusiva*<sup>36</sup>.

- *che “la sentenza della Commissione Tributaria di Milano n. 1 del 4 gennaio 2012 sul caso “Dolce & Gabbana” si inserisce nel solco del filone giurisprudenziale che utilizza impropriamente lo strumento dell’abuso di diritto come comoda “scorciatoia” per decidere in merito a controversie riguardanti fenomeni del tutto diversi dall’elusione o abuso in senso stretto*<sup>37</sup>
- *che “la ricostruzione della Corte (...) contraddice quanto elaborato in tema di sostanziale differenza tra elusione ed evasione tributaria da una parte della giurisprudenza nonché dalla dottrina maggioritaria”*<sup>38</sup>
- *come “la condotta elusiva non possa trovare automatica coincidenza con il concetto di esterovestizione”, in quanto quest’ultima “si sostanzia nello stabilire una residenza fittizia all’estero (simulazione soggettiva reale) al fine di sottrarsi all’oneroso principio del “world wide taxation”<sup>39</sup> e beneficiare così di regimi fiscali più convenienti, e potrà integrare il reato*

---

<sup>36</sup> E. Della Valle, Brevi note in tema di rilevanza sanzionatoria della condotta elusiva/abusiva, pubblicato in “Rassegna Tributaria”, n. 5 del 2012 alla pagina 1118.

<sup>37</sup> M. Giaconia A. Pregaglia Sentenza “Dolce & Gabbana”: preoccupanti orientamenti in tema di abuso del diritto, in “Fiscalità e commercio Internazionale” n. 7/2012.

<sup>38</sup> E.M. Simonelli F. Ferini, L’abuso del diritto: da principio immanente nell’ordinamento tributario a fattispecie penalmente irrilevante, in “Rivista dei dottori commercialisti”, anno LXIV, Fasc. 1-2013.

<sup>39</sup> Il principio del reddito mondiale si basa sul criterio della residenza e postula l’assoggettamento dei residenti a tassazione di tipo personale dei redditi ovunque prodotti, ricostruendone le condizioni economiche complessive. Diversamente, nei confronti dei non residenti è applicato il principio della fonte, in virtù del quale sono attratti ad imposizione in Italia solo i redditi ivi prodotti. Sul punto, Ministero delle Finanze, circolare, 2 dicembre 1997, n. 304.

*di evasione di imposta soltanto qualora si riscontri il dolo specifico nell'omessa presentazione della dichiarazione, cioè la coscienza e volontà di aver dato vita ad una società residente all'estero solo sulla carta con l'intento precipuo di conseguire il beneficio fiscale in questione"*<sup>40</sup>

- *che "la Cassazione [...] tende [...] ad equiparare i due concetti (evasione ed elusione) e a confondere i due piani, assorbendo quello dell'elusione nella categoria dei fenomeni evasivi in ragione della sola (indebita) riduzione del carico fiscale"*<sup>41</sup>
- *che l'esterovestizione consiste in una "condotta costituita dalla cosciente e volontaria violazione degli obblighi dichiarativi attraverso la fittizia e strumentale delocalizzazione della sede societaria in territorio estero, finalizzata ad ottenere un indebito risparmio di imposta nella completa assenza di alide ragioni economiche". E continua: "in presenza di simili condotte, si ritiene che l'analisi debba [...] prescindere da valutazioni [...] in ordine alla rilevanza penale della condotta elusiva versando, in tal caso, nel campo dell'evasione fiscale tout court"*<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> E.M. Simonelli F. Ferini, L'abuso del diritto: da principio immanente nell'ordinamento tributario a fattispecie penalmente irrilevante, op. cit.

<sup>41</sup> E.M. Simonelli F. Ferini, L'abuso del diritto: da principio immanente nell'ordinamento tributario a fattispecie penalmente irrilevante, op. cit.

<sup>42</sup> Cfr. A. De Nisi D. Frustaglia, L'esterovestizione societaria quale pratica elusiva: profili penali e sanzionatori, in "Rivista della Guardia di Finanza" n. 3/2013, pag. 775 e ss.

## 2.5 Sentenza “Dolce e Gabbana”: Conclusioni

Dopo aver illustrato varie posizioni assunte dalla dottrina pare indubbio che l’esterovestizione abbia alcuni profili “evasivi” poiché, come nel caso Dolce & Gabbana le norme, in materia di residenza fiscale<sup>43</sup>, non sembrano eluse, e quindi aggirate, bensì totalmente non applicate e di conseguenza si può constatare un comportamento *contra legem*.

Ovviamente sembra eccessivo definire l’esterovestizione come un fenomeno principalmente “evasivo”, poiché non viene nascosta la base imponibile, bensì viene occultata attraverso un’altra “veste”: quella della società estera.

Quindi per dare una, se possibile, risposta al quesito iniziale si riporta uno stralcio dell’articolo di Marco Bargagli e Marco Thione che definiscono l’esterovestizione come “*un fenomeno stricto sensu evasivo e solo lato sensu elusivo*”<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Articolo 73 del T.U.I.R (d.p.r 22 dicembre 1986 n.917)

<sup>44</sup> Cfr. E. Della Valle, «Transfer price» ed elusione, in “Corriere tributario” n. 29/2009, pag. 2395. L’Autore, infatti, da un lato disconosce natura antielusiva all’art. 110 comma 7, affermandone la natura “anti-evasiva”; dall’altro lato, rileva, altresì, nel fenomeno de quo una possibile “prospettiva antielusiva”. Si legge, infatti, testualmente: “la pratica che il comma 7 dell’art. 110 del T.U.I.R. vuole ostacolare non può essere ricondotta tra quelle che tradizionalmente vengono considerate le più tipiche forme di evasione. In questo senso, dunque, la regola in oggetto può dirsi antielusiva. Non lo è, tuttavia, se ci si pone nella prospettiva del ricordato art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, il quale è considerato dalla Suprema Corte quale espressione di un principio generale anti abuso ricavabile, in materia tributaria, dall’art. 53 Cost. L’art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, infatti, decreta l’elusività della sola condotta del contribuente volta a strumentalizzare la normativa tributaria, ad aggirarla. Una connotazione che evidentemente manca nella anzidetta manipolazione dei prezzi di trasferimento che, invece, costituisce una diretta violazione, appunto, dell’art. 110, commi 2 e 7, del T.U.I.R.”.

Di conseguenza l'esterovestizione è:

- Da una prospettiva prettamente **tecnico-giuridica un fenomeno evasivo;**
- Da una prospettiva **“fenomenologica” una condotta elusiva**, laddove si voglia indicare l'effetto complessivo di dislocamento della base imponibile oltre confine aggirando, appunto, le norme.

In conclusione, possiamo affermare che il legislatore dovrebbe contribuire a far chiarezza su questo tema, poichè è necessario garantire la certezza del diritto. Bisognerebbe capire, in modo chiaro e nitido, quali sono i confini tra le condotte evasive, elusive e/o abusive. L'auspicio pertanto è quello di un intervento normativo che faccia chiarezza su una fattispecie tanto articolata.

## **CAPITOLO III**

### **La residenza fiscale nelle convenzioni internazionali e le doppie imposizioni fiscali**

Per capire a fondo l'istituto dell'esterovestizione occorre procedere, altresì, ad un'analisi della fattispecie a livello internazionale, e quindi comunitario.

Si partirà, pertanto, da una breve analisi del concetto di residenza fiscale nelle convenzioni internazionali, analizzando i vari principi previsti dall'OCSE, un'organizzazione internazionale di studi economici per i paesi membri, Stati aventi in comune un sistema di governo di tipo democratico ed un'economia di mercato. L'organizzazione svolge prevalentemente un ruolo di assemblea consultiva che consente un'occasione di confronto delle esperienze politiche, per la risoluzione dei problemi comuni come, ad esempio, quello relativo all'individuazione della residenza fiscale per le società operanti in più Stati membri dell'Unione europea.

Infine si analizzerà come sono regolamentati dall'ordinamento italiano i casi di doppia imposizione fiscale prevista dall'art 165 del TUIR.

#### **3. La residenza fiscale nelle convenzioni internazionali**

Nel primo capitolo abbiamo affrontato il tema della residenza fiscale delle persone giuridiche secondo l'ordinamento nazionale che prevede la presenza di un criterio formale (sede legale) e due criteri sostanziali (sede amministrativa e l'oggetto principale dell'attività).

Come è stato già detto in precedenza nel primo capitolo in tema di residenza fiscale, secondo l'ordinamento nazionale, questi criteri operano autonomamente e al realizzarsi di uno solo di essi, la società o l'ente saranno considerate fiscalmente residenti sul territorio italiano.

Adesso, invece, si pone il problema di comprendere come a livello comunitario venga individuata la residenza fiscale in quanto l'esistenza di più criteri sostanziali, ( ad esempio quello Stato nazionale e quello di un altro Stato estero) potrebbero comportare la possibilità che un soggetto sia considerato residente dal punto di vista fiscale in più Stati.

Per risolvere, quindi, problemi di conflitto di residenza si fa riferimento all'articolo 4 del Modello OCSE sulle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, che fornisce alcuni criteri da seguire detti "*tie breaker rules*", da applicarsi gerarchicamente, finché non si arriva alla soluzione della questione. In particolare, per l'individuazione della residenza fiscale per i soggetti diversi dalle persone fisiche si fa riferimento all'art 4 paragrafo 1 del modello OCSE che demanda l'individuazione della residenza fiscale agli Stati Contraenti.<sup>45</sup>

Nel caso in cui, attraverso le suddette disposizioni, si arrivi allo stesso modo, alla individuazione di una doppia residenza fiscale, si procederà attraverso l'applicazione delle norme recate dall'art 4 paragrafo 3 del Modello OCSE che, per risolvere la controversia, individua il luogo in cui si trova "*la sede di direzione effettiva*" o

---

<sup>45</sup> L'art 4 par 1 del Modello OCSE riportato testualmente: "*For the purpose of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means any person who, under the law of that state, is liable to taxation therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, and also includes that State and any political subdivision or local authority thereof*"

“place of effective management”, la cui definizione trova esplicitazione al paragrafo 24 dell’art 4 del Modello OCSE<sup>46</sup> e poi successivamente modificata dal documento “*The 2008 update of OECD Model Tax Convention*” del 18 luglio 2008.

Secondo la dottrina nazionale la definizione di “place of effective management” corrisponde alla sede amministrativa descritta all’art. 73 comma 3 del TUIR.

Occorre quindi approfondire questo concetto vista la sua importanza nell’ordinamento comunitario.

### **3.1 Modello OCSE art 4: “the Place of Effective Management”**

Prima della modifica normativa avvenuta nel 2008, il Commentario al paragrafo 24 sanciva sostanzialmente che *“la sede di direzione effettiva è stata adottata quale criterio preferenziale per le persone diverse dalle persone fisiche. La sede di direzione effettiva è il luogo dove sostanzialmente sono state adottate le decisioni chiave sul piano gestorio e commerciale necessarie per l’esercizio dell’attività*

---

<sup>46</sup>Definizione di Place of effective management al paragrafo 24 dell’art 4 del Modello OCSE: *“As a result of these considerations, the “place of effective management” has been adopted as the preference criterion for persons other than individuals. The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity’s business are in substance made. The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given and all relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time.”*

*dell'ente. La sede di direzione effettiva sarà ordinatamente il luogo in cui la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato (a titolo esemplificativo un consiglio di amministrazione) prende ufficialmente le sue decisioni, il luogo in cui sono adottate le deliberazioni che devono essere assunte dall'ente nel suo insieme. Tuttavia, non è possibile stabilire una regola precisa e, al fine di determinare la sede di direzione effettiva, devono essere presi in considerazione tutti i fatti e le circostanze pertinenti. Un ente può avere più di una sede di direzione, ma può avere solo una sede di direzione effettiva per volta”<sup>47</sup>.*

In buona sostanza:

- La sede di direzione effettiva era il luogo cui le persone più importanti agivano e prendevano le decisioni aziendali, oppure il luogo in cui venivano definite le decisioni strategiche dell'azienda;
- La sede di direzione effettiva era il luogo dove venivano prese le decisioni di carattere commerciale e direzionale;
- Occorre verificare una prevalenza della sostanza sulla forma poiché *“la determinazione del luogo della direzione effettiva è una questione di fatto, nella quale occorre far prevalere la sostanza sulla forma”*

Nel 2008, il paragrafo 24 del Commentario OCSE è stato eliminato in merito “place of effective management” come il luogo in cui i vertici dell'azienda assumono le loro decisioni.

In particolare, al paragrafo 24.1 del commentario OCSE all'art. 4, si specifica come i casi di doppia imposizione per le persone

---

<sup>47</sup> Commentario OCSE al paragrafo 24

giuridiche siano relativamente pochi e di conseguenza debbano essere valutati, esaminati e risolti singolarmente introducendo, quindi, il principio meglio noto come “case by case”.

Molti Stati membri infatti, usano il metodo “caso per caso” per risolvere molti fattispecie di doppia imposizione, attribuendo alle Autorità competenti la questione della residenza delle persone giuridiche.

*Infatti “Laddove, ai sensi del paragrafo 1, una persona giuridica risieda in entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti di tali Stati potranno determinare di comune accordo in quale dei due Stati la persona giuridica dovrà ritenersi residente, ponendo attenzione alla sede della direzione effettiva, al luogo di costituzione ovvero ad ogni altro fattore rilevante. In assenza di accordo, la persona giuridica non ha diritto ad alcuna esenzione fiscale, se non nei limiti concordati tra le Autorità competenti degli Stati contraenti”.*<sup>48</sup>

Nel paragrafo 24.1 rivisitato del Commentario OCSE del 2008<sup>49</sup> si specifica, dunque, che per determinare la residenza, le Autorità

---

<sup>48</sup> Il modello di Convenzione contro le doppie imposizioni delle Nazioni Unite del 1980 che pure fa riferimento al criterio del “place of effective management” già prevedeva una disposizione inerente all’accordo tra Autorità competenti degli stati contraenti per la risoluzione delle controversie nei casi di doppia residenza.

<sup>49</sup> Si riporta il testo originale del paragrafo 24.1: “24.1 Some countries, however, consider that cases of dual residence of persons who are not individuals are relatively rare and should be dealt with on a case-by-case basis. Some countries also consider that such a case-by-case approach is the best way to deal with the difficulties in determining the place of effective management of a legal person that may arise from the use of new communication technologies. These countries are free to leave the question of the residence of these persons to be settled by the competent authorities, which can be done by replacing the paragraph by the following provision:

*Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of*

competenti dovranno tener conto dei seguenti fattori:

- il luogo ove si svolgono le riunioni del consiglio di amministrazione;
- il luogo in cui il CEO e gli altri “senior executives” usualmente svolgono le loro funzioni;
- il luogo in cui si viene vissuta la quotidianità del “management” della persona giuridica;
- il luogo in cui si trova l’headquarter” della persona giuridica;
- la legislazione applicabile alla persona giuridica;

---

*the Contracting States shall endeavour to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the competent authorities of the Contracting States.*

*Competent authorities having to apply such a provision to determine the residence of a legal person for purposes of the Convention would be expected to take account of various factors, such as where the meetings of its board of directors or equivalent body are usually held, where the chief executive officer and other senior executives usually carry on their activities, where the senior day-to-day management of the person is carried on, where the person’s headquarters are located, which country’s laws govern the legal status of the person, where its accounting records are kept, whether determining that the legal person is a resident of one of the Contracting States but not of the other for the purpose of the Convention would carry the risk of an improper use of the provisions of the Convention etc. Countries that consider that the competent authorities should not be given the discretion to solve such cases of dual residence without an indication of the factors to be used for that purpose may want to supplement the provision to refer to these or other factors that they consider relevant. Also, since the application of the provision would normally be requested by the person concerned through the mechanism provided for under paragraph 1 of Article 25, the request should be made within three years from the first notification to that person that its taxation is not in accordance with the Convention since it is considered to be a resident of both Contracting States. Since the facts on which a decision will be based may change over time, the competent authorities that reach a decision under that provision should clarify which period of time is covered by that decision.”*

- il luogo in cui è tenuta la contabilità della società.

I fattori analizzati non hanno, comunque, carattere esaustivo.

Inoltre, dal momento in cui la richiesta di risoluzione dei casi di doppia residenza, la stessa deve essere avanzata, ai sensi della procedura di cui al paragrafo 1 dell'art. 25<sup>50</sup>, entro tre anni dalla notifica dell'atto da cui scaturisce una doppia imposizione per la persona giuridica.

Inoltre le Autorità competenti nei casi di doppia imposizione fiscale potranno usufruire dell'art 26 de Modello OCSE che permette lo scambio di informazioni tra i vari Paesi membri.

Infine, occorre porre l'accento sul fatto, che per lo Stato italiano, per determinare la residenza fiscale e, quindi, la direzione effettiva dell'impresa, ha rilievo anche al luogo in cui si svolge l'attività principale e sostanziale, ovvero in cui viene svolto l'oggetto sociale della società.

---

<sup>50</sup> Art 25 al paragrafo 1 sancisce che *“Quando una persona ritiene che le misure adottate da uno o da entrambi gli Stati contraenti comportano o comporteranno per essa un'imposizione non conforme alle disposizioni della presente Convenzione, essa può, indipendentemente dai ricorsi previsti dalla legislazione nazionale di detti Stati, sottoporre il caso all'autorità competente dello Stato contraente di cui è residente oppure, se il caso ricade nell'ambito di applicazione del paragrafo 1 dell'articolo 24, a quello Stato contraente di cui possiede la nazionalità. Il caso deve essere sottoposto entro tre anni dalla prima notifica della misura che comporta la tassazione non conforme alle disposizioni della Convenzione”*.

### **3.2 Critiche al criterio del “place of effective management” come metodo risolutivo per risolvere i casi di doppia imposizione**

Negli ultimi anni, ci sono state diverse critiche sul criterio assunto di “direzione effettiva” per la risoluzione dei casi di doppia imposizione fiscale.

Un caso molto famoso è stato quello rappresentato della “Società De Beers” che, tuttora, commercializza e ed estrae diamanti.

La suddetta società è registrata in Sud Africa, luogo in cui svolge l’attività principale e luogo in cui detiene tutti gli uffici amministrativi; inoltre nel suddetto Stato si conservano le scritture contabili e vengono svolte le assemblee, venne però ritenuta residente nel Regno Unito poiché la maggior parte degli amministratori era di origine britannica e poiché dalla Gran Bretagna provenivano i principali impulsi direttivi e, di conseguenza, tutte le principali decisioni riguardo la strategia, la gestione e l’amministrazione della società.

In questo caso, il concetto di “place of effective management” nasce, dunque, da un’interpretazione forzata del concetto di attività economica, poiché s’intende il luogo in cui si esplica “il controllo intellettuale” dell’attività economica, quindi il luogo dove si svolgono le decisioni rilevanti e strategiche per l’azienda.

È, quindi, difficile capire come non abbia alcuna rilevanza il luogo dove viene svolta l’attività e l’oggetto principale della stessa ovvero i caratteri sostanziali dell’attività dell’azienda.

Bisogna, di conseguenza, fare una considerazione in base alla quale, al fine di attribuire la residenza fiscale di una persona giuridica, sia

più significativo fare riferimento agli elementi sostanziali, come il luogo dove viene svolta l'attività e l'oggetto principale dell'impresa, anziché alla sola attività di gestione e controllo.

Inoltre questo criterio sarebbe coerente con la finalità di contribuzione dell'azienda al gettito erariale dello Stato, poiché l'esercizio appare più strettamente legato all'attività sul territorio nazionale di un'effettiva attività economica di produzione di beni e servizi, piuttosto che organizzativa e di controllo.

Appare, quindi, evidente che il criterio della direzione effettiva non risolve tutti i casi ad esso sottoposti e come inoltre non tenga conto degli aspetti sostanziali dell'impresa<sup>51</sup>.

Rispetto a quanto detto, si può, quindi, affermare che il criterio del "place of effective management" si possa utilizzare solo nei casi in cui:

- Non è possibile individuare nessuno Stato in cui è esercitata l'attività principale;
- Quando vi sia una controversia fra più Stati sul luogo di residenza fiscale di "società holding" per le quali l'attività di gestione prevale su le altre attività dell'impresa;
- Nel caso in cui l'attività principale sia esercitata sul territorio di più Stati.

In conclusione, si può affermare che nel caso in cui l'oggetto dell'attività si svolto esclusivamente sul territorio di un determinato Stato, esso debba prevalere sul criterio del "place of effective management", in quanto criterio ritenuto inefficace.

---

<sup>51</sup> Inoltre si nota una differenza sostanziali tra le "tie breaker rules" previste per le persone fisiche (art 4 par 2 del Modello OCSE) e il criterio del "place of effective managemnet" per le persone giuridiche.

### **3.3 La doppia Imposizione fiscale all'estero secondo l'art. 23 del Modello OCSE.**

La produzione di un reddito all'estero da parte di un soggetto fiscalmente residente sul territorio nazionale e il conseguente assoggettamento a imposizione dei redditi in Italia, ovunque prodotti, non pregiudica l'eventuale potere impositivo dello Stato estero (c.d. Stato della fonte).

Può, infatti, accadere che le scelte operate da ciascuno Stato in merito ai criteri di tassazione dei redditi generino fenomeni di doppia imposizione, in quanto sia il "Paese della fonte" (in cui viene prodotto il reddito), sia il "Paese della residenza" (in cui il soggetto è residente), pretendono di esercitare la legittima potestà impositiva sul reddito prodotto<sup>52</sup>.

Questi fenomeni possono essere limitati attraverso accordi bilaterali, in cui viene attribuita la potestà impositiva, per ciascuna tipologia reddituale, sulla base di criteri di attribuzione certi e precisi, ovvero mediante misure volte a eliminare un caso di doppia imposizione.

Evidentemente, i primi risolvono la problematica *ex ante*, mentre i secondi si occupano della doppia imposizione *ex post*, ossia quando la stessa si è già verificata. Detti rimedi possono essere previsti

---

<sup>52</sup> Il Rapporto "Addressing Base Erosion and Profit Shifting", pubblicato dall'OCSE in data 19 febbraio 2013 ha evidenziato la rilevanza del tema della "Jurisdiction to tax". A tal proposito, nel contesto dell'azione di contrasto al fenomeno dell'erosione della base imponibile e del profit shifting, l'OCSE ha istituito il gruppo di lavoro temporaneo "Jurisdiction to tax", avente l'incarico di esaminare le questioni connesse alle disposizioni CFC, a quelle sulla residenza e alle disposizioni riguardanti i servizi e i prodotti digitali.

unilateralmente da ciascuno Stato ovvero inseriti nell'ambito degli accordi internazionali contro le doppie imposizioni.

Con riguardo a questi ultimi, il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni, che costituisce un riferimento per tutte le Convenzioni contro le doppie imposizioni tra gli Stati, prevede due meccanismi di risoluzione *ex post* della doppia imposizione: l'esenzione e il credito d'imposta.

Secondo il meccanismo dell'esenzione di cui all'art. 23A del menzionato Modello, il Paese di residenza del soggetto che percepisce i redditi esteri ha la facoltà di non far concorrere determinati redditi prodotti all'estero alla formazione del reddito complessivo ("full exemption") ovvero di far concorrere detti redditi unicamente per determinare l'aliquota progressiva che sarà poi applicata agli altri redditi del soggetto ("exemption with progression")<sup>53</sup>

Maggiormente impiegato è, invece, il metodo del credito d'imposta di cui all'art. 23B del Modello OCSE.

In tale ipotesi, infatti, lo Stato ove il soggetto è fiscalmente residente, assoggetta ad imposizione anche i redditi prodotti

---

<sup>53</sup> Si riporta di seguito il Commentario all'art. 23A al punto 14 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni, dove vengono elencati i due metodi di applicazione dell'esenzione: "The principle of exemption may be applied by two main methods:

a) the income which may be taxed in State E or S is not taken into account at all by State R for the purposes of its tax; State R is not entitled to take the income so exempted into consideration when determining the tax to be imposed on the rest of the income; this method is called full exemption;

b) the income which may be taxed in State E or S is not taxed by State R, but State R retains the right to take that income into consideration when determining the tax to be imposed on the rest of the income; this method is called exemption with progression".

all'estero salvo, poi, riconoscere una detrazione commisurata alle imposte pagate all'estero sui medesimi redditi. In tale ipotesi la detraibilità delle imposte pagate all'estero può essere integrale (c.d. "full credit") ovvero limitata alla parte d'imposte applicate a quel reddito secondo la propria normativa fiscale (c.d. "ordinary credit")<sup>54</sup>.

In quest'ultimo caso, peraltro, la doppia imposizione non viene pienamente neutralizzata, ma viene limitata solo a quella parte di imposte che sarebbero state applicate a un dato reddito, in base alla normativa fiscale nazionale.

### **3.4 La doppia imposizione fiscale in Italia secondo l'art 165 del TUIR**

Questo paragrafo, infatti, intende spiegare come vengono risolti i casi di doppia imposizione, ponendo l'accento sul modello del credito d'imposta.

Per eliminare o limitare una doppia imposizione di redditi per coloro che producono all'estero e sono residenti in Italia,

---

<sup>54</sup> Si riporta di seguito il Commentario all'art. 23 B al punto 16 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni, dove vengono illustrati i due metodi per ottenere il credito d'imposta:

*"The principle of credit may be applied by two main methods:*

*a) State R allows the deduction of the total amount of tax paid in the other State on income which may be taxed in that State, this method is called full credit;*

*b) the deduction given by State R for the tax paid in the other State is restricted to that part of its own tax which is appropriate to the income which may be taxed in the other State; this method is called ordinary credit".*

l'ordinamento italiano prevede due metodi alternativi, previsti ovviamente anche da altri Paesi<sup>55</sup>, e più precisamente:

- **Il metodo del credito d'imposta** prevede la possibilità che *“se alla formazione del reddito complessivo concorrono redditi prodotti all'estero, le imposte ivi pagate a titolo definitivo su tali redditi sono ammesse in detrazione dall'imposta netta dovuta fino alla concorrenza della quota d'imposta corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero ed il reddito complessivo al netto delle perdite di precedenti periodi d'imposta ammesse in diminuzione.”*<sup>56</sup>
- **Il metodo dell'esenzione** prevede che, in base al Paese di residenza del soggetto che produce reddito all'estero, lo Stato possa esentare quest'ultimo, poichè lo stesso ha già scontato la tassazione nell'altro Paese.

Il metodo del credito d'imposta, disciplinato dal D.Lgs. del 12 dicembre 2003, n. 344, recependo i principi della legge delega del 7 aprile 2003 n. 80 per la riforma del sistema fiscale, ha introdotto l'art. 165 del TUIR ad oggi vigente.

La normativa, prevista dall'art 165 del TUIR, prevede tre differenti presupposti, affinché venga concesso il credito d'imposta:

- la mancanza di una convenzione tra lo Stato italiano e lo Stato estero o l'assenza in quest'ultima di una specifica disciplina in materia;

---

<sup>55</sup> La risoluzione delle questioni di doppia imposizione fiscale da parte dello Stato della residenza è affrontata dal Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni agli artt. 23A e 23B, i quali prevedono due metodi alternativi di risoluzione: l'esenzione e il credito d'imposta.

<sup>56</sup> Art 165 del TUIR al comma 1

- la partecipazione del reddito estero alla formazione del reddito complessivo italiano; infatti, il comma 1 dell'art. 165 prevede l'applicazione del meccanismo del credito di imposta nel caso in cui *“alla formazione del reddito complessivo concorrono redditi prodotti all'estero”*<sup>57</sup>;
- nel Paese estero è stato effettuato un pagamento a titolo definitivo delle imposte estere, così come previsto dal primo periodo del comma 1 dell'art. 165<sup>58</sup>.

L'art 165 del TUIR, al comma 2, stabilisce che *“I redditi si considerano prodotti all'estero sulla base di criteri reciproci a quelli previsti dall'articolo 23 per individuare quelli prodotti nel territorio dello Stato.”*

Sulla base di tale disposizione, devono essere considerati prodotti all'estero i redditi che sarebbero stati considerati prodotti nel territorio dello Stato se realizzati da soggetti non residenti.

Non tutte le imposte pagate all'estero possono beneficiare del “foreign tax credit”, ma solo nel caso in cui esista una similarità tra l'imposta assoluta all'estero e l'imposta sul reddito scontata in Italia.

---

<sup>57</sup> La definizione di reddito complessivo è contenuta nell'art. 8, comma 1 del Tuir che sancisce come *“Il reddito complessivo si determina sommando i redditi di ogni categoria che concorrono a formarlo e sottraendo le perdite derivanti dall'esercizio di imprese commerciali di cui all'articolo 66 e quelle derivanti dall'esercizio di arti e professioni”*.

<sup>58</sup> L'Agenzia delle Entrate si è più volte pronunciata sulla questione della definitività, stabilendo che per “imposta pagata all'estero a titolo definitivo” è da intendersi quella che nello Stato estero, una volta pagata, non sia più ripetibile. Il concetto di “definitività”, in sostanza, viene fatto coincidere con quello di “non ripetibilità” dell'imposta, non potendo, dunque, ritenersi definitive le imposte pagate in acconto, in via provvisoria nonchè quelle per le quali sia previsto un conguaglio con rimborso totale o parziale. Sul punto, cfr. circ. dell'Agenzia delle Entrate n. 50 del 12 giugno 2002.

In altri termini, al fine di fruire della detraibilità delle imposte estere, è necessario che le stesse abbiano caratteristiche analoghe o simili all'imposta sui redditi italiana<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Al riguardo si veda quanto disposto dall'Amministrazione finanziaria per la concessione del "foreign tax credit", secondo la quale *"il credito per imposte pagate all'estero di cui all'articolo 165 del TUIR può essere riconosciuto in relazione ad imposte effettivamente pagate all'estero che soddisfino contemporaneamente i requisiti della 'similarità' dell'imposta estera rispetto a quella pagata in Italia e della "definitività" del pagamento del tributo estero (...) l'istituto del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero organicamente inserito nella normativa dell'imposta sui redditi, presuppone che sussista un'analogia tra il presupposto imponibile dell'imposta estera e quello dell'imposta italiana sui redditi. In altri termini il presupposto della 'similarità' in argomento risulta soddisfatto nel caso in cui l'imposta estera abbia in concreto natura di imposta diretta sul reddito, a prescindere dalle modalità di prelievo o di determinazione della base imponibile"* (ris. dell'Agenzia delle Entrate del 7 marzo 2008, n. 83/E, in banca dati "fisconline").

## Conclusione

L'analisi che sin qui è stata fatta ha evidenziato diverse problematiche relative all'incertezza di numerose disposizioni, sia per quanto riguarda la normativa italiana che per quella internazionale in materia di residenza fiscale.

Per quanto riguarda l'istituto giuridico dell'esterovestizione, possiamo affermare che il legislatore nazionale e quello degli altri Stati esteri, dovrebbero contribuire a far chiarezza su questo tema, poichè è necessario garantire la certezza del diritto.

Infatti, ogni l'operatore economico dovrebbe essere messo nella condizione di capire come investire in un determinato Paese, attraverso regole chiare e facilmente definibili e quali siano i confini tra le condotte evasive, elusive e/o abusive, in materia fiscale.

L'auspicio, quindi, è quello di un intervento normativo che faccia chiarezza su una fattispecie tanto articolata, che risolva i casi di esterovestizione societaria come quello analizzato nella sentenza della Cassazione penale n. 7739 del 28 febbraio 2012 (c.d. caso "Dolce e Gabbana").

Per quanto riguarda la normativa internazionale, in particolare, si è analizzato il criterio del "*place of effective management*" adottato dal modello OCSE, quale criterio risolutivo dei casi di doppia imposizione fiscale per le persone giuridiche fra due Stati esteri.

Il suddetto criterio presenta però dei profili di criticità, in quanto non analizza i caratteri sostanziali dell'azienda, ma si limita a verificare soltanto la provenienza dei principali "impulsi direttivi" della stessa.

In base a tale principio, infatti, non viene tenuto conto del luogo dove l'azienda effettivamente opera ovvero del luogo in cui emerge il reddito derivante dall'oggetto principale dell'azienda, bensì si limita ad una indagine su profili di natura più manageriale connessi al luogo di provenienza degli amministratori e a quello dove vengono assunte le principali decisioni manageriali e strategiche per l'azienda.

Tale impostazione trova un esempio concreto nella interpretazione del caso riconducibile alla società "*De Beers*", dal quale si può desumere in modo incontrovertibile che anche il modello OCSE non è in grado di risolvere queste problematiche.

## Bibliografia

1. Antonio Iorio, Sara Mecca “conseguenze penali della fittizia residenza all'estero” in il fisco n.11 del 2014
2. Salvatore Mattia, Piergiorgio Valente “Esterovestizione e residenza: i gruppi italiani operanti nel settore dell'autotrasporto”, in il fisco n.8 del 2012
3. Salvatore Mattia, Caterina Alagna “Doppia imposizione: il meccanismo del credito d'imposta” in il fisco n.47-48 del 2013
4. Piergiorgio Valente “Modello di Convenzione OCSE: Modifiche agli artt. 1-5 del modello e al Commentario” in il fisco n.32 del 2008
5. Piergiorgio Valente “Esterovestizione, Residenza e “abuso del diritto di stabilimento” nella giurisprudenza della Corte di Cassazione” pubblicato in <http://piergiovalente.postilla.it> il 25/02/2013
6. Marco Bargagli, Marco Thione “Esterovestizione: elusione o evasione?” in il fisco n.41 del 2013
7. Sentenza della Cassazione penale n. 7739 del 28 febbraio 2012 (caso “Dolce e Gabbana”) ALLEGATO
8. Agenzia delle Entrate Piemonte “Problematiche di Accertamento nell'esterovestizione”
9. David Terracina “Fatto, diritto e sanzioni penali nella sentenza “Dolce e Gabbana”” in Dialoghi tributari, n.3 del 2012
10. Tullio Fumagalli “Note a margine della disciplina dell'esterovestizione societaria nel testo unico delle imposte sui redditi” in il fisco n.42 del 18/11/2013

11. Alessandro Furlan “Esterovestizione: il vademecum dell’Agenzia” in fiscalità e commercio internazionale n.1 del 2012
12. Morri Cornelli & Associati studio legale e tributario “L’elusione fiscale può avere rilevanza penale, se si viola una specifica norma antielusiva” pubblicato il 5/04/2012 sul sito internet dello studio
13. Paola Maiorano definizione di “evasione fiscale” ottenuta dal “Dizionario di Economia e Finanza” della Treccani (2012)
14. A. Lovisolo, “L’evasione e l’elusione tributaria”, in “Enciclopedia dir.”, terzo aggiornamento, Giuffrè, Milano, 1988
15. Paola Maiorano definizione di “elusione fiscale” ottenuta dal “Dizionario di Economia e Finanza” della Treccani (2012)
16. Agenzia delle Entrate del 7 marzo 2008, circolare n. 83/E, in banca dati “fisconline”
17. Enrico Manzon “Elusione. L’«abuso del diritto» in ambito fiscale”, in Treccani.it
18. Piergiorgio Valente, “I controlli dell’Amministrazione finanziaria in materia di residenza fiscale ed esteroinvestizione” in il fisco del 26/2010

