

Pianificazione fiscale internazionale e norme antielusive nazionali

Stefano Marchese

L'elusione fiscale tra evasione e risparmio d'imposta e le teorie per dimostrare l'esistenza di un principio generale antielusione. La sostanziale inefficacia delle norme antielusive a carattere specifico e la rilevanza dei concetti di interposizione nel possesso di reddito e di residenza fiscale della società nella ideazione di soluzioni di *tax planning*

Parlare di elusione, sia pure in una prospettiva particolare come quella della pianificazione fiscale internazionale, il primo dato che va tenuto presente è che essa si pone come zona grigia di confine fra evasione fiscale e risparmio d'imposta. La prima, l'evasione, consiste come è noto nella violazione di una norma fiscale.

Il risparmio d'imposta è invece configurabile quando non si realizza una certa operazione economica per non dover poi assolvere il relativo tributo, oppure quando, fra più alternative offerte dall'ordinamento per realizzare lo stesso risultato economico, viene scelta quella fiscalmente più conveniente.

Fra le due fattispecie - dell'evasione e del risparmio d'imposta - la dottrina ha cercato di inserirne una terza, quella dell'elusione fiscale, la quale non consiste nella violazione di una norma, e quindi non costituisce evasione, ma ha in sé qualcosa di più del semplice risparmio d'imposta, perché l'effetto della riduzione dell'onere fiscale non è immediato, ma presuppone un'attività volta a costruire operazioni negoziali o architetture societarie complesse.

Quando la pianificazione fiscale, sia essa nazionale o internazionale, abbia carattere elusivo è difficile dirlo.

Non certo perché sull'elusione fiscale manchino studi approfonditi, anzi. Su questo tema sono stati versati fiumi d'inchiostro. Il motivo dell'incertezza di questo concetto è che non vi è accordo in dottrina neppure sulla definizione di elusione fiscale.

Ad esempio per qualcuno l'elusione consiste nell'aggiornamento di una norma tributaria, perfezionando fattispecie civilistiche - consistenti nella scelta di tipi contrattuali o architetture negoziali complesse - al solo o principale

scopo di ridurre fino a zero il relativo onere fiscale¹. Per altri² nel concetto di elusione è insito un comportamento fraudolento, e vi è persino qualcuno che ha detto "anche solo moralmente fraudolento". E qui bisogna stare molto attenti perché quando si comincia ad inserire nella nozione di elusione valutazioni di ordine morale non si sa più dove si può andare a finire!

Il secondo dato è che nell'ordinamento tributario italiano non esiste una norma generale antielusiva scritta, ma vi sono tante norme volte ad intervenire su questa o quella operazione.

Per due volte si è tentato di introdurre una norma generale antielusiva, una volta nella discussione della legge penale fiscale del 1982, al fine di contrastare il fenomeno delle società di comodo, ed una seconda volta nel 1988, ma ci si è resi conto che il rimedio rischiava di essere peggiore del male che si intendeva eliminare, e quindi non se ne è fatto nulla.

Tuttavia, sin dagli albori degli studi di diritto tributario risalenti all'inizio di questo secolo, periodicamente, e in questi ultimi anni con sempre maggiore intensità, vi è qualcuno che cerca di sostenere che nell'ordinamento esiste una norma generale antielusiva, e per far ciò vengono costruite dottrine assai eleganti e complesse, le quali tuttavia non reggono alla critica e quindi si rivelano, alla luce dei fatti, prive di fondamento.

Sul perché questo accada ho una teoria tutta mia.

Uno studio serio sull'elusione non può prescindere da un'analisi comparata degli ordinamenti che effettivamente contengono norme generali antielusive, e in particolare di quelli di *common law*.

Negli Stati Uniti, ad esempio, già nel 1935, nel famoso caso *Gregory* contro

Helvering, la Corte Suprema aveva disconosciuto ai fini fiscali una certa struttura economica in quanto in contrasto con ragionevoli ragioni economiche (il *business purpose test*), ovvero perché essa costituiva un mero schermo (*sham*) della realtà.

In Gran Bretagna, dove la giurisprudenza si è sempre attenuta ad un'interpretazione meramente letterale delle norme fiscali, soltanto nel 1981, nel caso *Ramsay*, è arrivata ad affermare che in una costruzione a gradini (*step transaction*) il cui risultato finale fosse una voluta riduzione del carico fiscale, doveva essere valutata nella sua globalità. Ma recentemente si sono resi conto anche là che tutto questo smontare e rimontare le operazioni per svelare l'intento elusivo porta con sé il rischio del *vacuum factor*, le doppie tassazioni e così via, per cui la dottrina britannica, che inizialmente aveva spinto per una giurisprudenza antielusiva, sta facendo retromarcia.

Nei Paesi dell'Europa continentale la repressione dell'elusione avviene in prevalenza attraverso gli istituti della frode alla legge e dell'abuso del diritto: questo accade in Germania, in Olanda, in Austria, in Francia e in Spagna, ma lì vi sono specifiche norme dell'ordinamento fiscale a dirlo.

In Italia la norma non c'è, l'abbiamo detto, ma accade spesso - questa è la mia teoria - che lo studioso si innamori di questi bellissimi concetti, l'*abus de droit*, il *business purpose test*, le *step transaction*, il superamento della personalità giuridica, e così via, e gli dispiaccia, dopo decine e decine di pagine dedicate all'esame di questi concetti, dire semplicemente che in Italia non c'è nulla di tutto questo. Forse teme che il lettore rimanga deluso, come accadrebbe in un giallo in cui non venisse scoperto l'assassino.

E allora ecco che si inventa la norma generale antielusiva, talora d'importazione, talaltra autarchica, fatta in casa.

Per affermare l'esistenza di un principio generale antielusivo nell'ordinamento italiano - che ricorda l'araba fenice: che ci sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa - si sono invocati, fra i tanti:

- la frode alla legge *ex art.* 1344 c.c.;
- la frode ai creditori;
- il principio di capacità contributiva;
- la frode alla legge in senso ampio, per non parlare della
- teoria dell'interpretazione funzionale dei fatti finanziari, risalente agli anni '30 e riverniciata a nuovo sotto forma di tentativo, non riuscito, di importare nel nostro ordinamento concetti tipici degli ordinamenti di *common law*, come il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, il *business purpose test*, il superamento e/o disconoscimento della personalità giuridica, e così via.

Per la frode alla legge va detto che l'art. 1344 c.c. dice che il contratto è nullo per illiceità della causa quando "il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa".

Qui le obiezioni che possono farsi alla sua applicazione alla materia fiscale sono due:

1. in primo luogo le norme fiscali non sono norme imperative nel senso dell'art. 1344 c.c. (precettive o proibitive). Finché rispetto la legge, se pianificando combino due o tre norme anziché applicarne una sola, non eludo una norma imperativa. Ci sarebbe una norma imperativa se da qualche parte vi fosse scritto che il contribuente deve pagare quante più imposte possibili ma questa norma per fortuna non c'è, e anzi nel sistema c'è l'opposto, come affermava già il Dumoulin nel *De feudis* del 1539³;

2. in secondo luogo l'art. 1344 porta alla nullità del negozio elusivo, ma non certo alla sua sostituzione con un negozio diverso, sulla base del quale il fisco possa pretendere una maggior imposta. In tal senso il richiamo all'art. 1344 c.c. non serve a nulla.

Per la frode ai creditori basti dire che il fisco non ha un credito anteriore al sorgere del presupposto, per cui il porre in essere un'operazione elusiva semmai non fa sorgere il diritto all'imposta in capo al fisco, ma non viola certo un suo credito preesistente.

Anche il richiamo al principio di capacità contributiva *ex art.* 53 della Costituzione è privo di rilievo, giacché esso va coordinato con l'art. 23 che sancisce il principio di legalità.

Se si manifesta la capacità contributiva, ma non c'è una legge preesistente che tassi quella ricchezza, nel modo

con cui essa si è manifestata, il fisco non può tassarla perché violerebbe il principio di riserva di legge.

Non parlerò neppure della frode alla legge in senso ampio o della teoria dell'interpretazione funzionale dei fatti finanziari, che ci porterebbero fuori strada, ma mi limito a ricordare che la giurisprudenza tributaria è nel suo complesso orientata ad escludere la sussistenza di norme antielusive di carattere generale.

Il terzo dato che vorrei evidenziare, prima di passare all'esame delle singole norme, è costituito da un principio che talora in dottrina o nei comportamenti delle amministrazioni finanziarie degli Stati si tende a dimenticare.

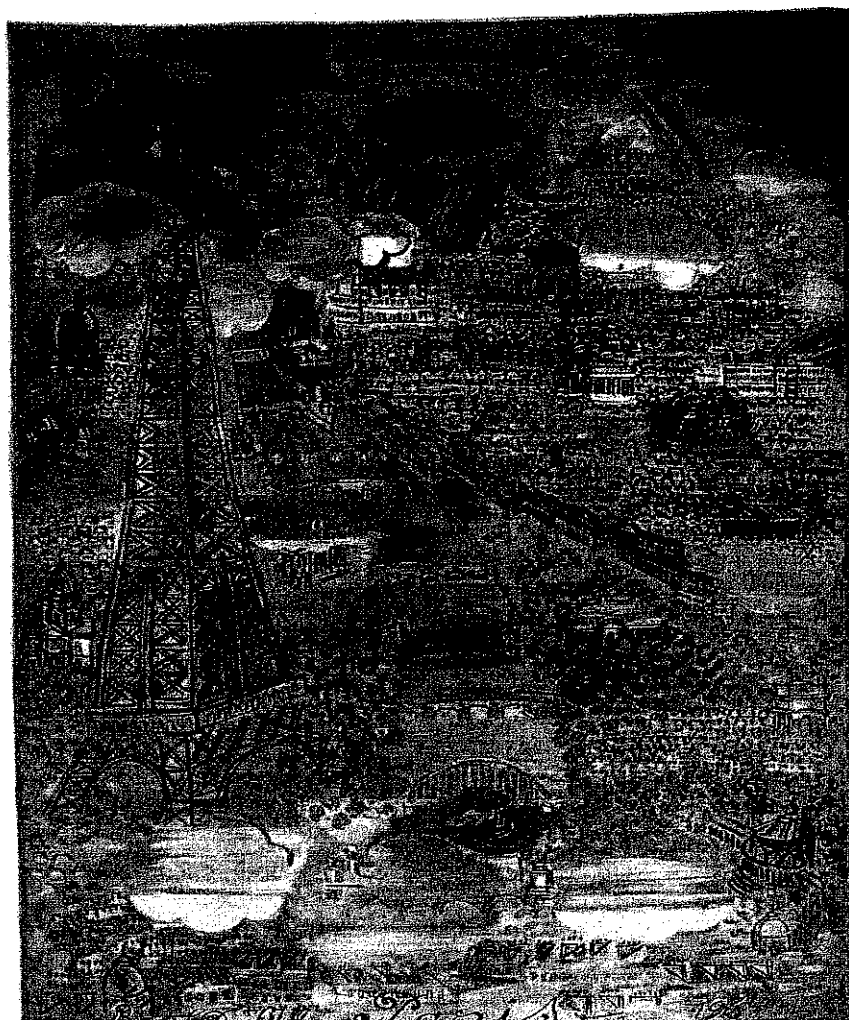
Il principio è questo: i contribuenti possono, in generale, strutturare le loro operazioni economiche nel modo fiscalmente più conveniente. Se per realizzare una certa operazione economica sono astrattamente utilizzabili più strutture negoziali, e una di queste è stata prescelta al posto delle altre, perché fiscalmente più conveniente, il fisco non può, soltanto per questo, negare i benefici in astratto previsti dalla legge.

Questo principio costituisce una regola generale nelle democrazie occidentali,

anche di quelle nelle quali sono presenti norme antielusive a carattere generale⁴. E questo principio vale non solo nel diritto fiscale interno, ma anche in quello delle convenzioni internazionali⁵.

In Italia, ad esempio, nessuno dubita che la scelta di una società di capitali piuttosto che di persone, per realizzare una certa attività imprenditoriale, sia perfettamente legittima anche quando tale scelta avvenga prevalentemente o addirittura esclusivamente per ragioni fiscali.

Sempre esemplificando, la pratica professionale ci dimostra tutti i giorni che per il trasferimento di una attività commerciale gestita in forma societaria spesso risultano nella sostanza equivalenti la cessione di azienda e la cessione della partecipazione totalitaria nella società, e spesso si preferisce la seconda strada a causa del suo regime fiscale più conveniente. Qui il fisco cercò, nel passato, di tassare una cessione di pacchetto azionario come cessione di azienda, ma la Cassazione già nel 1950⁶ gli ha "tirato le orecchie" affermando che questo è un modo di argomentare che considera "gli istituti e i negozi giuridici con un criterio esclusivamente e grossolanamente econo-



Raoul Dufy, "Paris", 1934, arazzo di Aubusson, Musée national d'Art moderne, Centre Georges Pompidou, Parigi

mico, prescindendo dagli elementi essenziali e caratteristici di ciascuno di essi". E ancora nel '69, nel caso *Finanze contro De Righi* sentenziò, a proposito della cessione di un pacchetto azionario di una società immobiliare che il "dire che la cessione di azioni, cose mobili per loro essenza, può costituire una modalità di alienazione di cose immobiliari rappresenta una inammissibile contaminazione di concetti ed istituti giuridici"⁷⁷ e ancora, nel '78, nel caso *Cerruti contro Finanze*, che "la cessione dell'intero pacchetto azionario, ancorché effettuata contemporaneamente da tutti i soci non costituisce cessione dell'azienda sociale, né integra da sola gli estremi di una società di fatto che consenta di procedere unitariamente nei confronti di tutti i soci all'accertamento del presunto reddito per realizzo di plusvalenze"⁷⁸. Si tratta di una giurisprudenza ormai consolidata.

Fatte queste premesse, iniziamo ad esaminare le norme interne che possono in qualche modo contrastare la pianificazione fiscale internazionale.

Più che di norme antielusive in senso stretto, si tratta di contromisure adottate dalle giurisdizioni fiscali ad elevata tassazione per contrastare le operazioni di pianificazione fiscale.

Queste disposizioni devono essere tenute sempre presenti nella ideazione delle strategie di pianificazione, quasi esse fossero un "filtro" attraverso cui vagliare la concreta possibilità di usufruire delle opportunità offerte dalle giurisdizioni fiscali straniere.

Ricordo in primo luogo l'art. 37, ulti-

conveniente fare acquisire la titolarità di un brevetto ad una società estera, mai e poi mai il pianificatore fiscale, il *tax planner*, suggerirà di operare un trasferimento simulato, ma si realizzerà una vera e propria vendita. Simulare non solo è illegittimo, ma non serve! Va detto che in dottrina vi è chi ha ritenuto di applicare la norma sull'interposizione nel possesso di redditi ad ipotesi più ampie rispetto alla

simulazione, come i contratti fiduciari e, addirittura, l'impiego di società di comodo, ma tali teorizzazioni non solo non paiono convincenti, ma risultano smentite dalle prime decisioni della giurisprudenza tributaria.

Il Secit è addirittura andato oltre, affermando nella sua relazione del 6 ottobre 1993 sull'usufrutto di azioni che sarebbe "ozioso ricondurre la portata dell'art. 37 u.c. alle categorie civilistiche dell'interposizione fittizia e reale, ravvisando in essa un contenuto antielusive, consistente nel consentire al fisco una verifica di rilevanza fiscale de-

mo comma, del d.p.r. n. 600 del 1973 sull'interposizione nel possesso di reddito.

Tale disposizione prevede che "in sede di rettifica o di accertamento d'ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona".

La relazione governativa a tale norma diceva esplicitamente che essa mira a colpire "il fenomeno elusivo che si realizza frequentemente attraverso l'interposizione fittizia di un soggetto non residente".

Contrariamente a quanto è scritto nella relazione, la norma non colpisce l'evasione fiscale internazionale, ma l'evasione, dato che se un soggetto è titolare di un reddito e non lo dichiara, facendolo dichiarare ad un altro soggetto fittiziamente interposto, ebbene il primo non elude alcunché, ma evade le imposte.

In secondo luogo la dottrina maggioritaria e le prime decisioni della giurisprudenza tributaria sono concordi nel ritenere che la norma colpisca i soli casi di interposizione fittizia, e cioè di simulazione soggettiva, e che quindi - contrariamente a quanto affermato dalla relazione ministeriale - essa non costituisca una vera e propria controindicazione alle operazioni di pianificazione fiscale, domestica o internazionale, per il semplice motivo che ad esse è estranea la realizzazione di operazioni simulate.

Facciamo un esempio. Se è fiscalmente

gli effetti civili di atti o negozi, verifica che non si vede altro come effettuare se non sulla base di una valutazione di credibilità dell'atto o negozio sotto il profilo economico, prescindendo dalla convenienza fiscale, allo scopo di individuare l'effettivo possessore del reddito da tassare".

Ma al Secit è andata male, perché si è attirato una dura replica prima da parte della dottrina⁷⁹, che ha messo in evidenza che l'art. 37 non è una norma antielusive in senso tecnico e come tale "non si può certo applicare a singhiozzo, solo dove fa comodo al fisco, per-

ché c'è un vantaggio tributario, un salto d'imposta, mancano le valide ragioni economiche, e così via".

Come pure è andata male all'ufficio imposte di Rivarolo Canavese, che pretendeva di applicare l'art. 37, u.c., al caso di elevati compensi agli amministratori di società, che riteneva essere elusivi.

Ciò non significa che la tesi del Secit non abbia un fondo di verità, ma talvolta a questo organo capita che, partendo da ottime intenzioni, si lasci prendere la mano, e agendo in modo esuberante, spesso ottiene l'effetto opposto.

Dire che la norma sull'interposizione fiscale superi le categorie civilistiche dell'interposizione e si applichi quando non vi sono valide ragioni economiche che non sta in piedi. Tuttavia non è da escludersi, a mio avviso, che quando le ragioni economiche manchino sul serio, quando il contribuente fa un'operazione che non è credibile, che non ha senso imprenditoriale, e tale operazione coinvolga un soggetto terzo, ebbene il fisco potrà dire che c'è interposizione fiscale ma sotto il profilo della prova presuntiva dell'interposizione. In altri termini potrà cercare di provare che mancava una volontà seria da parte del soggetto a realizzare quella operazione, e che quindi si versa in un'ipotesi di simulazione soggettiva.

Facciamo un esempio. Una società italiana, per esportare in Francia, anziché fare una vendita diretta, decide di utilizzare una società dell'isola di Man alla quale vende la merce, e questa società rifattura con profitto al cliente francese, facendo risparmiare alla società italiana un po' d'imposte.

Ora, l'impresa italiana, in realtà, vuole vendere alla società di Man o al francese? Sicuramente al francese, ma fatturerà a Man, dichiarando di vendere a Man, esclusivamente per ragioni fiscali; insomma, fa finta di vendere a Man per vendere al francese ed evitare di pagare un po' di imposte.

Il fisco, esaminando un'operazione del genere, dovrà chiedere al venditore cosa c'entri in quella operazione una società di Man, perché ha venduto a questa e non direttamente al francese, acquirente finale.

Se il contribuente non risponde in modo convincente, e se il fisco riesce pure a provare che l'ordine di acquisto è arrivato dal cliente francese direttamente al venditore italiano, che il cliente francese neppure conosce quelli di Man - e qui potrebbe attivarsi sulla base dello scambio d'informazioni previsto dal diritto delle convenzioni - eb-

bene per me il fisco italiano ha adempiuto all'onere della prova che gravava su di lui, ha cioè fornito in via presuntiva la prova dell'interposizione fittizia. A questo punto starà al contribuente fornire la prova contraria. Se ci riesce, l'accertamento verrà annullato, se non ci riesce probabilmente la questione diverrà anche di competenza del giudice penale.

Con ciò non intendo dire che le società di *trading* estere facenti capo a gruppi italiani siano sempre riconducibili ad ipotesi di interposizione. Intendo dire il contrario: e cioè che normalmente la creazione di società estere, anche per ragioni prevalentemente od esclusivamente fiscali, non dà luogo ad ipotesi di interposizione fittizia. Ma deve trattarsi di operazioni serie, che abbiano senso imprenditoriale e non operazioni campate per aria.

Altrimenti anche il negoziante sotto casa, che ci vende la cravatta, potrebbe dire che si tratta di una triangolazione: il negoziante vende la cravatta alla società di Man, che la rivende al cliente italiano, con consegna diretta del bene dal primo al terzo.

Vediamo un secondo esempio. Il sig. Rossi vuole acquistare un immobile e, per i motivi più diversi decide di non acquistarlo direttamente, ma costituisce una società estera, poniamo una società anonima svizzera, e fa acquisire da questa la proprietà del bene.

In questo caso, invece, ritengo che l'interposizione non vi sia. Vi sarà semmai quello che nella legislazione valutaria ormai abrogata si chiamava esterovestizione, ma qui - nonostante che qualcuno, ma temo senza successo, abbia cercato di accostare questa fattispecie con l'ipotesi di interposizione fiscale dell'art. 37, u.c. - l'interposizione normalmente non c'è.

Certamente il giudizio se vi sia o meno interposizione fittizia va fatto caso per caso, alla luce delle circostanze del singolo caso concreto.

Normalmente chi costituisce un'immobiliare, italiana od estera, vuole che la proprietà del bene sia della società e quindi che il contratto non sia simulato. E il fisco, per affermare l'interposizione, sia pure a mezzo di presunzioni, deve comunque provare l'elemento della volontà del soggetto di realizzare una simulazione, e questa dimostrazione deve essere rigorosa, altrimenti non regge.

Si pensi però al caso di quel tizio che vende ad una società estera, della quale non appare socio, la propria casa di città e magari anche quella di campagna o al mare, affermando che il paga-

mento è avvenuto "prima d'ora", e continua ad utilizzarle per anni senza pagare una lira di affitto. C'è interposizione? Qui probabilmente sì. E se non c'è interposizione il fisco potrà comunque utilizzare le circostanze di fatto che ho evidenziato, unitamente ad un'adeguata attività istruttoria, per dimostrare che la persona fisica non ha dichiarato la proprietà delle azioni della società estera, che non ha fatto il modello W della dichiarazione dei redditi e così via.

comunità economica europea aventi un regime fiscale privilegiato, le quali direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa ai sensi dell'art. 2359 del codice civile. ... Con Decreti del Ministro delle Finanze sono indicati gli Stati o i territori esteri aventi un regime fiscale privilegiato".

Queste disposizioni - continua la norma - non si applicano quando le imprese residenti in Italia forniscano la prova che le società estere svolgono prevalentemente un'attività commerciale effettiva ovvero che le operazioni poste in essere rispondono ad un interesse economico e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione.

Infine, l'art. 11, comma 13, della l. 30 dicembre 1991, n. 413, dispone che le prove predette non devono essere fornite se si segue la procedura dell'interpello; il quale tuttavia non è ancora stato attuato¹⁰.

La norma sembra più un intervento di facciata che una vera e propria limitazione alle opportunità di pianificazione fiscale internazionale.

Se essa infatti vuol colpire l'evasione - che, non lo si sottolinea mai abbastanza, con il *tax planning* non ha nulla da spartire - è fin troppo chiaro che coloro che hanno tali finalità se ne guardano bene dal palesare i rapporti di controllo che costituiscono un requisito per l'applicazione della norma: essi, semmai, si nascondono dietro l'anonimato che molte società site in paradisi fiscali offrono. E quindi la norma non funziona.

Inoltre molti dei paradisi fiscali citati nel decreto non sono più utilizzati dalla prassi professionale da vari anni: si tratta infatti di localizzazioni che destano sospetto e suscitano reazioni, talvolta ingiustificate, da parte delle giurisdizioni fiscali dei paesi industrializzati e quindi sono assolutamente da scartare in una razionale pianificazione fiscale. Se invece si vogliono limitare le opportunità di pianificazione, possiamo osservare che tale norma presenta buchi enormi:

Altra norma che si ritiene generalmente antielusiva ai fini di pianificazione fiscale internazionale è l'art. 76, commi 7 *bis* e 7 *ter* del t.u.i.r., sulle operazioni poste in essere con società a regime fiscale privilegiato. La norma dispone che "non sono ammesse in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse tra imprese residenti e società domiciliate fiscalmente in Stati o territori non appartenenti alla Co-

1. innanzitutto la c.d. *black list*, approvata con d.m. 24 aprile 1992, da ritenersi tassativa¹¹, è incompleta: si sono dimenticati alcuni centri *off-shore* come il Belise e non tiene conto dei nuovi paradisi fiscali di Niue e Mauritius;
2. la legge esclude l'applicazione della disposizione non solo gli Stati membri della Ue i quali offrono notevoli opportunità di pianificazione, ma anche quegli Stati per i quali i primi esercitano la rappresentanza nei rapporti internazionali, ex art. 227, 4° comma, del Trattato: così sono fuori dalla *black list* Gibilterra, il Principato di Monaco e S. Marino; ancora, non fanno parte della lista nera alcune zone agevolate nell'ambito europeo¹²;
3. alcune indicazioni della lista nera sono inapplicabili in quanto in contrasto con le Convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dall'Italia.

E qui stupisce che i redattori del d.m. si siano dimenticati che il Modello Ocse del 1992, come già quello del 1977, prevede all'art. 24 (4) una clausola di non discriminazione. A dire il vero questo tipo di clausole appariva in Trattati di commercio molto antichi come quello tra la Francia e l'Impero Ottomano del 1535¹³.

Intendo in particolare riferirmi alla c.d. *Deduction - Non Discrimination Provision*, secondo cui gli interessi, le *royalties* e le altre spese pagate da una impresa di uno Stato contraente ad un residente dell'altro Stato devono essere deducibili nel calcolo del reddito imponibile alle stesse condizioni previste se esse fossero pagate ad un residente

dello stesso Stato contraente cui appartiene l'impresa. Si noti che il termine "pagamento" deve intendersi anche nel senso di imputazione per competenza come costo¹⁴.

A questo riguardo l'inclusione nella *black list* di Stati con i quali il nostro Paese ha stipulato convenzioni contro la doppia imposizione che contengono la suddetta clausola della *deduction non-discrimination* è illegittima, per il principio di specialità e prevalenza che la norma pattizia ha sulla norma interna e, *a fortiori*, sul decreto ministeriale: questo vale per alcuni tipi di società residenti nelle Filippine¹⁵, Malesia¹⁶, Malta¹⁷, Singapore¹⁸ e Svizzera¹⁹ le quali sono considerate società fiscalmente residenti e quindi beneficiano delle convenzioni contro la doppia imposizione; ma non vale per Cipro, in quanto - pur vigendo con tale Stato un Trattato contro la doppia imposizione - tale disposizione non è riportata²⁰.

Va infine aggiunto che la norma anti paradisi fiscali non opera nei casi in cui la società a bassa tassazione sia utilizzata non già per intrattenere rapporti con l'impresa italiana dai quali derivino componenti negativi per la stessa, quanto per localizzare redditi di fonte estera, mancando in Italia una normativa sulle *controlled foreign corporation* che legittimi l'imputazione dei redditi prodotti dalla controllata estera a bassa fiscalità in capo alla controllante italiana, secondo principi di trasparenza.

Ulteriormente, va rilevato che gli addebiti della società estera a bassa fiscalità possono essere canalizzati tramite società europee che consentano una mitigazione dell'imposizione, rendendo inapplicabile la disposizione in commento, dato che l'addebito proviene da una società europea e non da una società oasi: si tratta di tecniche che vengono definite di *sandwich*. O ancora può essere utilizzata una stabile organizzazione in un paese a bassa fiscalità di una società ad elevata tassazione, come una società olandese o lussemburghese con stabile organizzazione in Svizzera.

Tutto questo, ovviamente, purché gli addebiti corrispondano ad operazioni economiche effettivamente realizzate, altrimenti si va a finire anche qui dal giudice penale.

Ricordo ancora l'art. 61, comma 3 *bis*, del t.u.i.r., sulle *svalutazioni di partecipazioni* in società non residenti nella Ue. Queste sono ammesse con rilevanza fiscale soltanto in presenza di accordi che consentano all'amministrazione finanziaria di acquisire le informazioni necessarie per l'accertamento delle

condizioni ivi previste. Anche qui siamo in presenza di una norma antiabuso, volta ad impedire svalutazioni ingiustificate, che quindi non costituisce un vero ostacolo alla realizzazione di serie operazioni di pianificazione. L'unico punto che andrà tenuto presente dal professionista della pianificazione sarà quello di far confluire eventuali partecipazioni in società residenti in Stati nei quali non vigono accordi di scambio di informazioni con l'Italia in una *subholding* residente in uno Stato che abbia concluso tali accordi. E questo al solo fine di evitare che giustificate svalutazioni di partecipazioni siano private di rilevanza fiscale a causa della mancanza di norme pattizie con l'Italia.

Non va poi dimenticato l'art. 96 t.u.i.r., comma 1 *bis*, secondo cui non si applica il privilegio di affiliazione qualora il dividendo provenga da un paradiso fiscale.

Occorre dire che essa è assai facilmente superabile facendo confluire tale dividendo in una *holding* europea, da cui potrà poi arrivare in Italia fruendo delle disposizioni di favore della direttiva madre-figlia. Ancora, tale disposizione non si applica nei confronti delle *holding* lussemburghesi costituite ai sensi della legge 31 luglio 1929 e del decreto granducale del 17 dicembre 1938, le quali, se non possono fruire del regime madri-figlie per mancanza dell'assoggettamento ad imposta, non ricadono nella disposizione in esame a causa del fatto che sono domiciliate nella Ue.

Mentre tutti si concentrano sulle norme specifiche antielusive in materia internazionale, sulla *black list*, sull'interposizione nel concetto di reddito, e così via, la cui efficacia è tutto sommato limitata per contrastare le ipotesi più sfacciate di utilizzo di strutture estere, occorre pensare che le più efficaci norme antielusive in materia di pianificazione fiscale internazionale, anche se mi risulta pressoché inutilizzate da parte del fisco, sono costituite dalle disposizioni sulla residenza delle società e sulla territorialità dei redditi prodotti dai non residenti, in specie quelle sulla stabile organizzazione.

E' noto a tutti che l'art. 87 t.u.i.r. definisce residenti - e quindi tassabili su base mondiale - non solo le società che hanno la loro sede legale in Italia, ma anche quelle che, per la maggior parte del periodo d'imposta, hanno la "sede dell'amministrazione" o l'"oggetto principale" in Italia.

Sede dell'amministrazione, come ha avuto modo di chiarire una fonamen-

tale sentenza del Tribunale di Genova del 31 marzo 1967²¹, significa normalmente il luogo da cui provengono gli impulsi volitivi inerenti l'attività sociale, vale a dire il complesso degli atti di formazione della volontà sociale a mezzo di organi cui è demandato tale compito. Ciò implica che si deve accertare non chi sono gli amministratori, ma individuare coloro che in concreto svolgono l'attività amministrativa.

Si pensi al famoso caso "Maradona", che ha formato oggetto delle ben note decisioni delle Commissioni tributarie di 1° e 2° grado di Napoli²². La Napoli Calcio pagava tutto sommato pochi soldi a Maradona a titolo di compenso di lavoro dipendente, e il grosso della sua spesa derivava da pagamenti che faceva ad una certa "Diego Armando Maradona Production Establishment S.A." di Vaduz nel Liechtenstein, della quale il calciatore era presidente. I pagamenti avvenivano a titolo di cessione di diritti di sfruttamento dell'immagine del calciatore.

Il fisco in quella occasione disse che si trattava di una interposizione fittizia, di una simulazione, e considerò tutti i pagamenti della società di calcio come compensi di lavoro dipendente. La commissione di 1° grado respinse il ricorso mentre quella di secondo grado negò che fosse provata la simulazione soggettiva ed oggettiva e quindi diede ragione a Maradona. Mi risulta che il caso sia pendente in Centrale, ed è probabile che finirà in Cassazione.

Ora, se l'ufficio imposte di Napoli nel caso Maradona, anziché cercare di attribuire alla norma sull'interposizione un'efficacia che non ha, avesse sostenuto che la società di Vaduz è fiscalmente residente in Italia perché il contratto è stato firmato da Maradona, perché la società è effettivamente amministrata dall'Italia, perché la società ha sede dell'amministrazione in Italia, nel senso sopra chiarito, ebbene probabilmente avrebbe potuto tutelare molto meglio gli interessi dell'Erario.

Quanto all'oggetto principale, come affermò il Tribunale di Roma nel 1963²³, deve tenersi conto non tanto dei luoghi dove si realizzano i singoli affari sociali, ma preminentemente del luogo ove sia fissata, nell'ambito generale della gestione sociale, la sede centrale di direzione, di impulso e di controllo della molteplice e complessa attività economica propria della società, quale soggetto imprenditore.

D'altro canto, quando la società possieda esclusivamente beni siti in Italia, soprattutto immobili, riesce difficile sostenere che l'oggetto principale della

società non sia in Italia.

Ecco quindi come il fisco può vanificare l'operazione del sig. Rossi che si fa la società immobiliare estera per acquistare un immobile in Italia: considerando tale società è fiscalmente residente in Italia in quanto l'oggetto principale è in Italia.

Qui però occorre combinare la norma interna sulla residenza fiscale - e cioè i criteri della sede amministrativa e dell'oggetto principale - con la disciplina convenzionale, nel senso che spesso ci troveremmo di fronte a società con doppia residenza. E allora interveniamo le convenzioni a fissare un criterio per assegnare la residenza fiscale all'uno o all'altro Stato. Si tratta delle c.d. *tie-breaker rules*.

Ad esempio, nella convenzione con la Svizzera il contrasto si risolve assegnando la residenza della società nello Stato in cui è posta la sede di direzione effettiva. Quindi se una società svizzera ha l'oggetto principale in Italia e la sede di direzione effettiva in Svizzera, la società risiederà comunque fiscalmente in Svizzera.

Tale criterio corrisponde al modello Ocse che fa appunto riferimento al luogo di direzione effettiva come criterio per risolvere i casi di doppia residenza.

Se invece il sig. Rossi ha usato una società del Liechtenstein, non essendovi

con tale Stato una convenzione, ecco che l'oggetto principale in Italia diventa decisivo.

Sono più perplesso che si possa sostenere la stessa conclusione nei riguardi di una società *holding* che possiede esclusivamente partecipazioni in società italiane, perché qui occorre aver riguardo più al luogo in cui si trova il centro decisionale della *holding*. Difatti la partecipazione in una società italiana non è detto che sia localizzata in Italia. Si pensi al disposto dell'art. 20, lett. f) del t.u.i.r., secondo cui le partecipazioni in società non azionarie si considerano esistenti in Italia, dal che si può desumere che un pacchetto di azioni circolanti all'estero non è localizzato in Italia.

Va però avvertito che autorevole dottrina²⁴ ha ritenuto che una *holding* straniera posseduta da soggetti residenti in Italia che partecipi esclusivamente in una società capogruppo italiana nella quale sono prese le decisioni sulle strategie di gruppo, deve essere considerata con oggetto principale in Italia. Quali sono le conseguenze se una società estera viene considerata fiscalmente residente in Italia? La risposta è intuitiva: trattandosi di società commerciali, si applicheranno le regole del reddito d'impresa per i redditi prodotti su base mondiale.

In particolare, per le immobiliari este-

re, non si applicherà il più conveniente trattamento previsto nel capo sui redditi diversi che in taluni casi esclude le plusvalenze da tassazione.

In altri casi si può rendere vana la creazione di società estere accertando che essa dispone di una stabile organizzazione nello Stato in cui effettivamente il reddito è prodotto.

Questo è un punto molto importante, che merita di essere ricordato e che è stato messo in luce in modo molto abile da un'importante sentenza della Corte Suprema olandese la *Hoge Raad*²⁵. Il caso era questo: una società svizzera aveva tre amministratori ed un dirigente. Due amministratori erano svizzeri ma non avevano alcuna esperienza nel campo di attività della società. Il terzo amministratore e il dirigente erano olandesi, residenti in Olanda, ed erano coloro che effettivamente amministravano la società, giacché si è potuto accertare che tutti i progetti della società venivano svolti dagli olandesi. La corte ha deciso che la società svizzera, sebbene avesse sede in Svizzera e fosse quindi residente ai fini fiscali e anche agli effetti dell'applicazione della Convenzione fra Olanda e Svizzera, aveva tuttavia una stabile organizzazione in Olanda attraverso la quale tutti i redditi venivano prodotti, con la conseguenza che l'intero reddito della società svizzera venne tassato in Olanda.

note

1 Cfr. Cipollina, *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992, 140.

2 Cfr. Tabellini, *Libertà negoziale ed elusione di imposta*, Padova, 1995.

3 "...vassalus nullam fraudem facit etiamsi de industria omittit viam ex qua nihil vel minus debetur, dummodo vere eligat".

4 Ricordo a questo proposito che questo principio è stato affermato in Gran Bretagna nella famosa sentenza resa nel caso *Inland Revenue Commissioner v. Duke of Westminster*; in Germania dalla giurisprudenza tributaria sin dal 1959; in Francia da una nota sentenza del *Conseil d'Etat* del 1981; negli Stati Uniti nel caso *Perry Bass* contro l'*Internal Revenue Commissioner*.

5 Come affermò già nel '71 la giurisprudenza statunitense nel caso *Aiken Industries* contro *Commissioner* e nel '75 il *Bundesfinanzhof* tedesco.

6 Cfr. Cass., sez. I, 19 luglio 1950, n. 1892, in *Riv. leg. fisc.*, 1950, 2891.

7 Cfr. Cass., 11 novembre 1969, n. 3672, in *Boll. trib.*, 1970, 556.

8 Cfr. Cass., 9 gennaio 1978, n. 14, in *Dir. prat. trib.*, 1978, II, 554.

9 Cfr. Lupi, *L'elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, in *Rass. trib.*, 1994, 225 e ss. e spec. 229 ss.

10 Per la dottrina sul punto si vedano, fra gli altri, Maisto, *Il regime tributario delle operazioni intercorrenti tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato*, in *Riv. dir.*

trib., 1991, I, 757 e ss.; Corderio Guerra, *Prime osservazioni sul regime fiscale delle operazioni concluse con società domiciliate in Paesi o territori a bassa fiscalità*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, 277 e ss.; Fiorentino, *Alcune riflessioni sull'operatività dell'art. 76 comma settimo-bis e settimo-ter del Tuir e connesse implicazioni in tema di soggettività tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 1994, I, 1153 e ss.; Mayr, *Primi passi verso una normativa contro le società-oasi estere*, in *Corr. trib.*, 1991, 3331; Manzitti, *Nuove norme contro l'abuso dei paradisi fiscali*, in *Le società*, 1992, 16; Perrucci, *Ora sotto tiro anche l'elusione internazionale*, in *Boll. trib.*, 1992, 176; Reali, *Fusioni e paradisi fiscali*, in *Fisco*, 1991, 8006; Adonnino, *Stati e territori aventi regime fiscale privilegiato e loro concreta identificazione*, in *Dir. prat. trib.*, 1993, I, 500 e ss.

11 Sul punto la dottrina è unanime: cfr. per tutti Maisto, *Op. cit.*, 760; Adonnino, *Op. loc. cit.*

12 Come Dunquerque, Aubagne e Toulon sur la Seine in Francia, Berlino est in Germania, Madeira per il Portogallo, le Canarie per la Spagna.

13 Cfr. Baker, *Double taxation convention and International Tax Law*, seconda edizione, Londra, 1994, 383.

14 In tal senso si vedano ad esempio Maisto, *Op. cit.*, 766, nota 13; Van Raad, *Nondiscrimination in International Tax Law*, Kluwer, 1986, 175; Avery Jones, *The non-discrimination article in Tax Treaties*, in *European Taxation*, 1991, 309; Adonnino, *General Report*, in *Non discrimination rules in International Taxation*, in *Cahier de droit fiscal international*, vol.

LXXVIIIb, Deventer, 1993, 63; Sacchetto, *Italy national report*, *ibidem*, 498.

15 Cfr. art. 23, § 3, della Convenzione fra Italia e Filippine firmata a Roma il 5 settembre 1980 e ratificata con l. 28 agosto 1989, n. 312.

16 Cfr. l'art. 24, § 3, della Convenzione tra Italia e Malesia conclusa a Kuala Lumpur il 28 gennaio 1984, ratificata con l. 14 ottobre 1985, n. 607.

17 Cfr. l'art. 23, § 3, della convenzione fra Italia e Malta firmata a La Valletta il 16 luglio 1981, ratificata con l. 2 maggio 1983, n. 304.

18 Cfr. l'art. 23, § 3, della Convenzione fra Italia e Singapore firmata a Singapore il 29 gennaio 1977, ratificata con l. 26 luglio 1978, n. 575.

19 Cfr. l'art. 25, § 3, della Convenzione fra Italia e Svizzera firmata a Roma il 9 marzo 1976, ratificata con l. 23 dicembre 1978, n. 943.

20 Cfr. la Convenzione tra Italia e Cipro firmata a Nicosia il 24 aprile 1974, ratificata con l. 10 luglio 1982, n. 564, *Contra* Corderio Guerra, *Op. cit.*, 281, nota 9.

21 In *Riv. dir. internaz. priv. e process.*, 1967, 809.

22 Per riferimenti si veda Marchese, *Il "caso Maradona". Quel dribbling al fisco*, in *Summa*, 1995, n. 94, 16 e ss.

23 Sent. 2 maggio 1963, in *Dir. int.*, 1965, II, 39.

24 Cfr. Ballarino, *La società per azioni nella disciplina internazionale privatistica*, in *Trattato delle s.p.a.* diretto da Colombo e Portale, 9^a, Torino, 1994, 69.

25 Cfr. Hoge Raad, 24 novembre 1982.