



STUDIO LEGALE MICULAN

# OPPORTUNITÀ E LIMITI DEI MODELLI DI OTTIMIZZAZIONE FISCALE

LA QUESTIONE DELLA "ESTEROVESTIZIONE" NEGLI INTERSCAMBI  
COMMERCIALI E PARTECIPATIVI INTERNAZIONALI TRA SOCIETÀ

Mercoledì 30 Settembre 2015, ore 9.45

**Confindustria Padova**

Via E.P. Masini 2 - Padova

Relatore: Avv. Maurizio Miculan

## ESTEROVESTIZIONE

Fittizia localizzazione all'estero, in paese con trattamento fiscale più vantaggioso, della residenza sociale per sfuggire al regime impositivo italiano. Sostanzia il tentativo di sottrazione, da parte di soggetti di imposta italiani, alla legge tributaria dello Stato italiano di fonti di reddito astrattamente imponibili nel territorio dello Stato, suscettibili di produrre redditi imponibili in Italia.

## GIURISPRUDENZA:

Non ogni allocazione all'estero è significativa, esistendo il principio comunitario della libertà di stabilimento, ma solo quella che concreti un **abuso del diritto di stabilimento**, e si sostanzi nella creazione all'estero di **costruzioni di puro artificio**, prive di effettività economica, finalizzate ad eludere la normativa fiscale dello Stato membro (Cass., 7.02.2013, n. 2869; nel merito: CTP Milano, sez. I, 25.3.2015, n. 2853).



### DI FATTO

art. 73 comma 3 TUIR: onere prova su Amministrazione Finanziaria.



### DI DIRITTO

art. 73 comma 5 *bis* TUIR: onere prova su soggetto estero.

Esterovestizione di **FONTI DI REDDITO** (Holding di gestione partecipazioni):



Allocazione in Stati che prevedono esenzione delle plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni o esenzione parte dei dividendi societari.

Esterovestizione di **ATTIVITA'** (di società industriali e commerciali):



Realizzata collocando all'estero il luogo di produzione del reddito di impresa.

# RESIDENZA

## CRITERIO DI COLLOCAMENTO CON IL SISTEMA IMPOSITIVO

**PRINCIPIO DEL REDDITO MONDIALE**: il soggetto (persona giuridica o fisica) residente in Italia versa in Italia le imposte relative ai redditi ovunque prodotti.

**PRINCIPIO DELLA TERRITORIALITA'**: il soggetto (persona giuridica o fisica) non residente in Italia versa in Italia le imposte relative ai redditi ovunque prodotti.

# LA NORMATIVA NAZIONALE SULLA RESIDENZA FISCALE



**Esterovestizione  
DI FATTO  
(art. 73 comma 3  
TUIR)**



**Esterovestizione  
DI DIRITTO  
(art. 73 comma 5 *bis*  
TUIR)**

# ESTEROVESTIZIONE DI FATTO (ART. 73 COMMA 3 TUIR)

Si considerano residenti in Italia le società e gli enti che, per la maggior parte del periodo di imposta, abbiano nel territorio dello Stato alternativamente:



La **sede legale**:  
indicata nell'atto costitutivo  
o nello statuto.



La **sede dell'amministrazione**:  
ove viene svolta l'attività di  
gestione per il  
raggiungimento degli  
obiettivi sociali.



**L'oggetto principale**:  
l'attività esercitata in  
concreto ed in via primaria  
dalla società, essenziale per  
realizzare direttamente gli  
scopi primari dell'ente (art.  
73 comma 4 TUIR; art. 73  
comma 5 TUIR; Circ. GdF  
n. 1/2008).

# ESTEROVESTIZIONE DI DIRITTO (ART. 73 COMMA 5 *bis* TUIR)



**Presunzione legale** (inverte l'onere della prova a carico delle società estere).



Si considera esistente in territorio dello Stato, salvo prova contraria, la sede dell'amministrazione di società ed enti non residenti che detengano **partecipazioni di controllo** in società o enti residenti, se alternativamente gli enti medesimi:

- a) sono **controllati**, anche indirettamente, **da società** ovvero enti **residenti** nel territorio dello Stato ex art. 2359 comma 1 cc;
- b) sono **amministrati da un C.d.A.** o altro organo di gestione composto in prevalenza da consiglieri residenti in territorio dello Stato.

**DIREZIONE E COORDINAMENTO**

e

**DIREZIONE EFFETTIVA NEI GRUPPI DI  
IMPRESE**

## DIREZIONE E COORDINAMENTO IN SENSO PROPRIO (ART. 2497 CC)

- “...*situazione di diritto in cui la controllante svolge l'attività di direzione della società controllata nel rispetto della relativa autonomia e delle regole che presiedono al suo funzionamento...*” (Cass., sez. I, 13.02.2015, n. 2952).
- indicazioni strategiche di indirizzo nei confronti del gruppo, o indicazioni specifiche dirette alle sub-holding (movimentazioni finanziarie o sottoscrizioni di aumenti di capitale) per attuare le strategie generali deliberate dalla capogruppo per il conseguimento degli obiettivi unitari;
- temporanea compressione degli interessi di una controllata, nell'ottica della gestione dell'impresa di gruppo;
- direttive impartite dalla capogruppo non coercibili;
- connota uno **stato fisiologico di sottordinazione** degli interessi della consociata a vantaggio del gruppo nella sua globalità;
- non rileva come indice di estero vestizione della società partecipata.

# DIREZIONE EFFETTIVA

- Identificazione delle modalità imprenditoriali che consentono alle singole società partecipate il conseguimento degli obiettivi strategici di più alto livello assegnati dalla controllante e la realizzazione, così, del più ampio disegno imprenditoriale del gruppo di appartenenza;
- rileva ai fini dell'individuazione della sede dell'amministrazione, e quindi della residenza fiscale della società partecipata (Circ. Ag. Entrate 4.08.2006 n. 28/E);
- **situazione patologica:** essa è in mano alla controllante, che realizza un rapporto di dominazione, in virtù del quale la controllante usurpa l'impulso imprenditoriale e le funzioni gestorie della consociata estera - **stabile asservimento alla controllante** - **estero vestizione** - **presunzioni.**

## Nel contesto di gruppo, assume rilievo assorbente la distinzione tra:



### HOLDING STATICA / PASSIVA:

- non effettua attività di gestione delle partecipazioni, ma incassa e distribuisce dividendi;
- fattispecie fragile ai sensi del comma 5 *bis* dell'art. 73 TUIR - prova: localizzazione all'estero della sede dell'amministrazione (atti volitivi sociali radicati all'estero per la maggior parte del periodo di imposta).



### HOLDING DINAMICA:

- opera la gestione attiva delle partecipazioni attraverso direzione e coordinamento delle partecipate ed altre attività ausiliarie (es. gestione tesoreria, concessione finanziamenti...);
- attività economica autonoma ed individuabile rispetto a quella delle partecipate e radicamento sul territorio.

**ACCERTAMENTO DELLA**  
**RESPONSABILITA' PENALE**

## FATTISPECIE

- **Art. 5 d.lgs 74/2000** ("E' punito con la reclusione da uno a tre anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte, quando l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte a euro trentamila");
- soglia di punibilità;
- oggetto dell'accertamento: obbligo dichiarativo (residenza) – quantum imposta evasa ex art. 1 lett. f) d.lgs 74/2000 (soglia punibilità e profili fiscali reddito di impresa) – dolo specifico (fine di evadere imposte);
- autonomia procedimento penale rispetto ad accertamento fiscale e processo tributario (art. 20 d.lgs 74/2000).

Il Testo del **decreto attuativo della delega fiscale**, licenziato il 22.09 ma non ancora pubblicato in G.U., prevede:

- l'innalzamento della soglia di punibilità ad euro 50.000;
- l'inasprimento della sanzione (da 1 anno e 6 mesi a 4 anni).

## INIZIATIVA

L'iniziativa dell'accertamento penale potrà essere alternativamente:

- **DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE O DALLA GDF**, nell'ambito dell'attività di verifica / accertamento fiscale; qualora l'imposta evasa risulti superiore alla soglia prevista, essa inoltrerà la denuncia presso la Procura della Repubblica competente per territorio;
- **DEL P.M. DIRETTAMENTE**, allorquando la notizia di reato risulti altrimenti, magari nel corso di un'indagine su un'altra fattispecie di reato (quale ad esempio il falso in bilancio di altra società italiana collegata) o sollecitato dalla denuncia del fatto da parte di un socio di minoranza.

## SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA PER EQUIVALENTE

- Artt. 321 comma 2 c.p.p. - misura cautelare reale, volta ad apprendere danaro, beni o valori che, in caso di condanna o applicazione della pena ex art. 444 e ss. c.p.p., saranno gravati dalla confisca obbligatoria per equivalente;
- già nel corso delle indagini preliminari, prima dell'esercizio dell'azione penale, su iniziativa del P.M.. - decreto motivato del G.I.P. /del Giudice competente a pronunciarsi nel merito - casi di urgenza: P.M. ovvero, prima del suo intervento, P.G. con successiva convalida da parte del G.I.P. entro le 48 ore;
- presupposti: *fumus commissi delicti* - *periculum in mora* (evoluzione giurisprudenziale: ove l'indagato abbia raggiunto un accordo per estinguere il debito con l'Amministrazione Finanziaria non sussiste, atteso che la restituzione del profitto elimina l'oggetto su cui la confisca dovrebbe insistere - Cass., sez. III, 15.04.2015, n. 20887).

## CONFISCA PER EQUIVALENTE

322 ter c.p. – obbligatoria - conseguente a condanna o applicazione della pena ex art. 444 e ss. c.p.p., - di beni, nella disponibilità del reo, per un valore corrispondente al profitto del reato - estesa ai reati tributari dall'art. 1 comma 143 l. 244/2007.

➔ **Natura**: misura ablatoria di carattere afflittivo che assolve alla funzione di ripristinare la situazione economica modificata dalla commissione del fatto attraverso la corresponsione di somme di denaro corrispondenti al profitto del reato – diversa da misure di sicurezza preventive (Cass., sez. II, 12.05.2015, n. 24785).

➔ **Oggetto**: beni nella disponibilità dell'indagato (ed afferenti la sfera degli interessi economici di questo), già individuati o che si rinvengano o entrino in detta disponibilità successivamente al provvedimento, fino alla concorrenza dell'importo corrispondente al profitto del reato, anche se formalmente intestati a terze persone (Cass., sez. VI, 23.07.2015, n. 33765; Cass., sez. III, 12.05.2015, n. 36530).

➔ **Profitto del reato**: incrementi positivi in senso stretto del patrimonio del reo e qualsiasi utilità o vantaggio, suscettibile di valutazione economica o patrimoniale, che abbia determinato, per il reo, un aumento della capacità di accrescimento, godimento ed utilizzazione del suo patrimonio, in quanto causalmente derivante, direttamente o indirettamente, dal reato (Cass., sez. III, 22.04.2015, n. 24965).

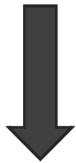
Nel **decreto attuativo della delega fiscale**, licenziato il 22.09 ma non ancora in G.U., è previsto l'inserimento dell'art. 12 bis, nel d.lgs 74/2000, con la disciplina della confisca per equivalente.

## SCELTE PROCESSUALI

Richiesta di applicazione della pena *ex artt. 444 e ss. c.p.p.*

- con la sentenza, equiparata ad una condanna *ex art 445 comma 1 bis c.p.p.*, viene applicata anche la confisca per equivalente, con eventuale scomputo delle somme già versate all'Amministrazione Finanziaria, per evitare una duplicazione sanzionatoria (Cass., sez. III, 18.06.2015, n. 36370).
- *Benefici premiali* nel caso di applicazione pena entro i due anni di pena detentiva, soli o congiunti a pena pecuniaria:
  - diminuzione della pena fino a 1/3;
  - mancato pagamento delle spese processuali;
  - mancata applicazione di pene accessorie e misure di sicurezza diverse dalla confisca;
  - estinzione del reato e di ogni effetto penale se nel termine di 5 anni il reo non commette altro delitto della stessa indole;
  - se è applicata pena pecuniaria o sanzione sostitutiva, non è di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena.

# RITO ORDINARIO



**Non concede  
benefici premiali**



**Consente il pieno  
esercizio del  
diritto di difesa  
(citazione  
testimoni,  
consulenti  
tecnici,  
produzioni  
documentali etc.)**



**In caso di  
condanna:  
confisca per  
equivalente  
nonché pene  
accessorie ex art.  
12 d.lgs 74/2000**

## DISPOSIZIONI COMUNI:

- **LIMITE ALLA CONCESSIONE DELLA SOSPENSIONE CONDIZIONALE EX ART. 12 DLGS 74/2000:** per i delitti di cui agli artt. 2-10 del d.lgs 74/2000, l'istituto della sospensione condizionale della pena di cui all'articolo 163 del codice penale non trova applicazione nei casi in cui ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) l'ammontare dell'imposta evasa sia superiore al 30 per cento del volume d'affari; b) l'ammontare dell'imposta evasa sia superiore a tre milioni di euro.
- L'eventuale ***adempimento del debito tributario*** vale come mera circostanza attenuante, ex art. 13 d.lgs 74/2000 nella attuale disciplina. Ma il **decreto attuativo della delega fiscale**, licenziato il 22.09 ma non ancora in G.U., valorizza l'adempimento del debito entro la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, alternativamente e a seconda della fattispecie contestata: o come **causa di estinzione** del reato o come **circostanza attenuante** che comporta la diminuzione della pena **fino alla metà**.
- I termini di prescrizione sono elevati di 1/3 (Art. 17 1 *bis*).

# TECNICHE DIFENSIVE (esempi):

## TECNICHE DIFENSIVE (esempi): IL CERTIFICATO DI RESIDENZA FISCALE

a) parere Amministrazione Finanziaria proc. EU Pilot/2010/777.TAXU (legittimità comunitaria della presunzione ex art. 73 comma 5 bis TUIR in rapporto ai principi comunitari di proporzionalità, libertà di stabilimento e non discriminazione):



Il documento è significativo ma **non vincolante**, meritando integrazione in virtù di altri elementi fattuali che dimostrino che la società è amministrata all'estero.



Vi è la prassi di attivare l'assistenza amministrativa con gli Stati membri UE in ossequio alla Direttiva 2011/16/UE in materia di cooperazione amministrativa in ambito fiscale e dalle Convenzioni Bilaterali contro le doppie imposizioni in vigore tra Italia e Stati membri.

b) **Corte di Giustizia UE** - residenza fiscale ai fini iva (Sent. 28 giugno 2007, causa C-73/06) - le certificazioni relative alla residenza fiscale permettono di presumere che:



la società è soggetto passivo iva nello stato membro di rilascio;



la **società risiede in quello stato**, disponendo della sede della sua attività economica ovvero di un centro di attività stabile a partire dal quale sono svolte le operazioni;



in linea di principio, l'Amministrazione Finanziaria è vincolata dalle indicazioni riportate nel certificato – dubbi: **l'Amministrazione deve attivare le misure amministrative previste dalla normativa comunitaria** in materia di iva, dando impulso ad una procedura formale che coinvolga la corrispondente Autorità estera mediante gli strumenti di cooperazione ed assistenza amministrativa predisposti dalla Direttiva 2011/16/UE (attuata dalla legislazione nazionale dal d.lgs 4.03.2014, n. 29; lo scambio di informazioni è regolato dagli artt. 4-6);



solo in ipotesi di impossibilità di richiedere la cooperazione dello Stato membro, sulla base di una convenzione, l'Amministrazione potrebbe esigere le prove necessarie dal contribuente.

c) **Giurisprudenza nazionale**: conforme in tema di imposte sui redditi (plusvalenze generate dallo scambio intracomunitario di partecipazioni - Cass., 3.02.2012, n. 1553):



ogni certificazione attestante la residenza fiscale in forza di una convenzione per evitare le doppie imposizioni assume **piena efficacia probatoria** nel procedimento tributario;



**l'Amministrazione deve richiedere le necessarie informazioni allo Stato estero**, in virtù della regolamentazione comunitaria, e quindi instaurare il contraddittorio con il contribuente;



conforme la giurisprudenza di merito (C.T.R. Lombardia: sent. 76 del 4.07.2012; sent. 16 del 24.02.2012).

# ELEMENTI DIFENSIVI IN FAVORE DEL CONTRIBUENTE

## LA STRUTTURA SOCIETARIA

- Organigramma;
- locali/uffici per lo svolgimento dell'attività (in proprietà o in locazione);
- utenze e relativa documentazione (per consumi elettricità, riscaldamento, connessione internet, cancelleria, etc.)
- dipendenti: numero, nominativi e *job description*. Deleghe o procure a singoli dipendenti;
- Consiglio di Amministrazione: composizione, CV, compensi, deleghe (con eventuali limiti), delibere;
- assemblea dei soci: partecipazioni e verbalizzazione (preferibilmente in sede o in videoconferenza);
- assicurazioni sociali e danni.

# L'OPERATIVITÀ SOCIETARIA

Dovrebbero essere forniti gli elementi di fatto comprovanti che:

- l'attività del consiglio di amministrazione e delle assemblee dei soci svolte con regolarità;
- le riunioni del consiglio di amministrazione sono tenute presso la sede sociale;
- vi è stata la partecipazione dei diversi consiglieri (es: biglietti di viaggio, prenotazioni alberghiere);
- la gestione operativa è effettuata sul posto e le deleghe rilasciate a soggetti terzi residenti in Paesi diversi da quello ove è localizzata la sede della società hanno contenuti non troppo estesi e onnicomprensivi;
- il regolare svolgimento delle riunioni del consiglio di amministrazione e delle assemblee dei soci, dei quali può essere fornita agevolmente l'evidenza delle riunioni tenute presso la sede sociale con la partecipazione dei diversi soci;
- la descrizione dei flussi informativi e contrattuali *intercompany*, dalla quale potrebbe desumersi l'indipendenza economica delle partecipate estere rispetto alla holding;
- l'esistenza di sistemi di tesoreria centralizzata, rilevanti a dimostrare l'autonomia finanziaria delle società estere rispetto all'ente controllante.



STUDIO LEGALE MICULAN

VIA GIOSUÈ CARDUCCI N. 3 – 33100 UDINE  
T (+39) 0432 229347 F (+39) 0432 229380  
STUDIOLEGALE@MICULAN.IT

Le presenti slides sono reperibili e scaricabili sul sito [www.miculan.it](http://www.miculan.it)