

ISSN 1825-9871

InnovazioneDiritto

Quarterly Review of Tax and Economic Law

Pubblicazione
4 • 2020



Università degli studi di Napoli Federico II

Innovazione e Diritto - Rivista trimestrale on line fondata nel 2005 dal prof. Raffaele Perrone Capano, autore e responsabile scientifico del Progetto di informatizzazione diffusa della Facoltà di Giurisprudenza, e di catalogazione in formato digitale della Biblioteca storica, a supporto della ricerca e della didattica.

Il Progetto, approvato dal MIUR nel 2004, per un importo complessivo di 1.350.00 €, era stato finanziato per il 70% dall'UE, per il 26% dalla Facoltà, attraverso il riconoscimento delle spese effettuate nel settore informatico nel biennio precedente, e per il restante 4% dal MIUR.

Innovazione e Diritto è stata, fin dalla nascita, una rivista ad accesso libero, a supporto delle attività dei dottorati di ricerca e dei giovani studiosi della Facoltà. L'adesione di numerosi colleghi, professori e ricercatori di altre Università italiane, ne ha consolidato in breve tempo la dimensione nazionale.

Dal 2012, in seguito alla trasformazione delle Facoltà in Dipartimenti, la Rivista ha proseguito l'attività, per l'impegno di un gruppo di professori e ricercatori di numerose Università italiane che hanno assicurato il regolare flusso di contributi scientifici di elevata qualità. Il nuovo assetto editoriale ha favorito l'estensione degli interessi scientifici della Rivista ai settori più direttamente investiti dalla crisi finanziaria del 2008, la più grave dal dopoguerra. L'orizzonte più ampio ha comportato una parallela specializzazione della produzione scientifica, e ne ha amplificato la diffusione e l'impatto.

Un primo punto di svolta ha preso avvio all'inizio del 2018, con la scelta della cadenza trimestrale, per lasciare spazio alla pubblicazione di numeri speciali, di Atti di convegno e di altre iniziative promosse dalla Rivista, affiancata dall'indicazione nel sottotitolo di: "Rivista di Diritto tributario e dell'Economia". Un secondo punto si è concretizzato in una nuova partenza, basata su una piattaforma digitale avanzata, coerente con le indicazioni dell'ANVUR per le riviste di classe A e con gli standard definiti da Google per la massima diffusione internazionale dei contenuti.

DIRETTORE RESPONSABILE

Prof.ssa Clelia Buccico (*Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*)

Innovazione e Diritto è stata diretta fino al 2020 dal Fondatore, prof. Raffaele Perrone Capano, già ordinario di Diritto finanziario e tributario nell'Università di Napoli Federico II. In funzione del maggiore impegno che comporta la gestione della nuova piattaforma digitale, la rivista è attualmente retta da una Direzione collegiale, i cui componenti sono i professori:

COMITATO DI DIREZIONE

Prof.ssa Clelia Buccico

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Raffaele Perrone Capano

- *Fondatore della rivista, già Professore ordinario di Diritto finanziario e tributario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Marilena Rispoli Farina

- *Già Professore ordinario di Diritto commerciale e bancario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Beatrice Bertarini

- *Professore associato con abilitazione a ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Gianluigi Bizioli

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo*

Prof. Paolo Borghi

- *Professore ordinario di Diritto alimentare e Diritto agrario dell'Unione europea - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara*

Prof.ssa Loredana Carpentieri

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Studi economici e giuridici dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

Prof. Alessandro Giovannini

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento Studi aziendali e giuridici dell'Università degli Studi di Siena*

Prof. Giuseppe Melis

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "LUISS Guido Carli"*

Prof. Sebastiano Maurizio Messina

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona*

Prof. Salvatore Muleo

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*

Prof. Gaetano Ragucci

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano Statale*

Prof. Gennaro Rotondo

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Maria Alessandra Stefanelli

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Stefano Zunarelli

- *Professore ordinario di Diritto dei trasporti e Legislazione del turismo - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università*

di Bologna "Alma Mater Studiorum"

I lavori scientifici pubblicati nelle parti prima e seconda di ciascun numero della rivista, sono sottoposti a referaggio. Gli altri contributi d'interesse per l'attualità e il carattere divulgativo degli argomenti trattati, ovvero per il rilievo politico degli stessi, sono pubblicati in parte terza.

Tutti i lavori sono sottoposti alla valutazione di un componente della Direzione.

Innovazione e Diritto, rivista open access, non risponde degli articoli pubblicati, i cui autori abbiano utilizzato lavori altrui di cui non sia stata citata esplicitamente la fonte.

COMITATO SCIENTIFICO

Prof.ssa Antonella Brozzetti

- Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università degli Studi di Siena

Prof. Giuseppe Corasaniti

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia

Prof. Avv. Francesco Eriberto D'Ippolito

- Professore ordinario di Storia della giustizia e delle Istituzioni politiche - Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Prof. Avv. Maurizio Logozzo

- Professore ordinario di Diritto tributario - Facoltà di Economia dell'Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore

Prof.ssa Carla Masi

- Professore ordinario di Diritto romano e Diritti dell'antichità - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Prof.ssa Maria Pierro

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi dell'Insubria

Prof. Salvatore Sammartino

- Professore di Diritto finanziario e tributario - Dipartimento di Giurisprudenza a Palermo dell'Università LUMSA

Prof. Antonio Felice Uricchio

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

COMITATO EDITORIALE

Prof. Francesco Vincenzo Albertini

- Professore associato di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano "La Statale"

Prof. Olivier Karl Emmanuel Butzbach

- Professore associato di Economia politica - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Prof. Marco Cedro

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Palermo LUMSA

Prof. Filippo Cicognani

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"

Prof. Filippo Alessandro Cimino

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Enna

Prof.ssa Daniela Conte

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Napoli

Prof. Samuele Donatelli

- *Professore associato di Diritto tributario, Università degli Studi di Roma*

Prof. Nicola Fortunato

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Laura Letizia

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Daniela Mazzagrecò

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Palermo*

Prof. Ottavio Nocerino

- *Professore ordinario Dipartimento di Economia - Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Andrea Quattrocchi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore*

Prof. Federico Rasi

- *Professore associato di Diritto tributario - Università del Molise, Campobasso*

Prof. Luca Sabbi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Bergamo*

Prof.ssa Adriana Salvati

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi della Campania*

Prof. Gianluca Selicato

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Maria Villani

- *Assegnista di ricerca e Professore a contratto di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Daniele Canè

- *Ricercatore e Professore a contratto di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

Dott.ssa Alessandra Kostner

- *Dottore e assegnista di ricerca in Diritto tributario - Università della Calabria*

Dott. Andrea Perrone Capano

- *Dottore di ricerca in Diritto delle persone, delle imprese e dei mercati, nonché Cultore della materia in Diritto commerciale e bancario - Università degli Studi di Napoli*

Dott. Luigi Scipione

- *Ricercatore di Diritto commerciale e Professore aggregato di Diritto bancario - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Stefano Zagà

- *Ricercatore di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

INDICE

Parte prima (Dottrina)

1. **Gli effetti negativi impliciti all'epoca del "Covid-diritto" sui criteri di localizzazione dei redditi e gli impedimenti legati a causa di forza maggiore** 1
di Paola Coppola

3. **La tassazione delle macchine intelligenti** 11
di Antonio Miele, Silvia Miele

Parte seconda (Giurisprudenza)

4. **Il caso Uber: La Sharing Economy tra Common Law e Civil Law e la Corte di giustizia europea (The Uber case: The Sharing Economy between Common Law and Civil Law and the European Court of Justice)** 23
di Emanuela Di Rauso

5. **Presunta esteroinvestizione di una società di diritto lussemburghese (Nota a sentenza CTR per la Toscana, Quinta Sez., 13/01/2020)** 45
di Leonardo Maria Galieni

Gli effetti negativi impliciti all'epoca del "Covid-diritto" sui criteri di localizzazione dei redditi e gli impedimenti legati a causa di forza maggiore

di Paola Coppola

Autore su InnovazioneDiritto.it

ABSTRACT

What happens if, due to the Covid -19 emergency, one is forced to stay in a place other than that of residence? What are the consequences of the impediment on the criteria for locating and determining one's income or if you were to interrupt / suspend the activity and close, for example the professional studio? The MEF has already suggested the adoption of more elastic criteria than the ordinarily applicable principles to neutralize the implicit effects of obligations or restrictions imposed by Covid. Among these could be invoked, in actual cases, the cause of force majeure to obtain the right to remission in terms or the exemption from sanctions (tax and, where appropriate, criminal). But the Revenue Agency (MEF), currently, is not of this opinion. An urgent and reassuring intervention by the Legislator is needed at the time of Covid-law.

SINTESI

Che succede se, per l'emergenza Covid-19, si è costretti a rimanere in un luogo diverso da quello di residenza? Quali sono le conseguenze dell'impedimento sui criteri di localizzazione e determinazione dei propri redditi o se si dovesse interrompere sospendere l'attività e chiudere, ad es. lo studio professionale? Già il MEF ha suggerito l'adozione di criteri più elastici dei principi ordinariamente applicabili per neutralizzare gli effetti impliciti di obblighi o restrizioni imposti dal Covid. Tra questi potrebbe essere invocata, nei casi concreti, la causa di forza maggiore per ottenere il diritto alla remissione in

termini o l'esimente dalle sanzioni (tributarie e, se del caso, penali). Ma l'Agenzia delle Entrate (MEF), allo stato, non è di questo parere. Serve un intervento urgente e rassicurante del Legislatore al tempo del Covid-diritto.

SOMMARIO

1. Premessa - 2. Gli effetti delle restrizioni allo spostamento da e verso l'estero, sui criteri di territorialità ai fini della residenza (secondo il Mef) - 3. La chiusura "obbligatoria" dello studio professionale per obbligo sanitario non è causa di forza maggiore (secondo l'Agenzia delle Entrate, e quindi, il Mef) - 4. Le ragioni invocabili per l'esimente per causa di forza maggiore ex art. 6, comma 5, D.Lgs. n. 472/92, e 45 C.P. (trascurate dall'Agenzia delle entrate, e quindi dal Mef)

1. Premessa

Due esempi (tra i tanti) di problematiche che possono insorgere nell'applicazione delle regole di determinazione e localizzazione dei redditi e connessi adempimenti nell'anno d'imposta (horribilis) 2020 per effetto delle norme emergenziali al tempo, attuale, del "Covid-diritto".

Uno affrontato e risolto (in parte) positivamente dal Mef, l'altro, risolto (per ora) negativamente dall'Agenzia delle Entrate (Mef) per rappresentare, con brevi spunti di riflessione, gli effetti "involontari" o "impliciti" che possono impattare, negativamente, sui criteri di determinazione, tassazione e localizzazione dei redditi o beni patrimoniali in dipendenza della infinita serie di misure, anche agevolative, in questo periodo straordinario di crisi pandemica mondiale che andrebbero "sterilizzati", secondo coerenza, per evitare di aggravare la condizione di coloro che possono trovarsi ad incorrere, incolpevolmente, in violazioni di natura tributaria, sanzionabili in ambito tributario e penale.

L'esercizio si svolge limitando l'indagine ai redditi di lavoro dipendente ed autonomo, anche se le questioni potrebbero estendersi, ovviamente, a molte altre fattispecie, ed altri redditi.

2. Gli effetti delle restrizioni allo spostamento da e verso l'estero, sui criteri di territorialità ai fini della residenza (secondo il Mef)

Cominciamo dal primo esempio. La pandemia può aver determinato e, malauguratamente, potrà continuare a determinare l'impossibilità delle persone di trasferirsi liberamente nell'ambito dei paesi UE per effetto di eventuali restrizioni e/o divieti di spostamento da o verso l'estero e/o tra le regioni durante i mesi di lockdown, sia nel primo che secondo periodo emergenziale; e ciò sebbene, in linea teorica, sia stato sempre ammesso, secondo le direttive dei vari DPCM o di ordinanze regionali, lo spostamento o rientro per motivi di lavoro. Si pensi ai casi di quarantena, o di lavoro in smart working che molte amministrazioni, imprese o professionisti hanno imposto, o preferito rispetto al lavoro in sede.

Il problema impatta, innanzitutto, sulla libertà di circolazione e di stabilimento UE e, per ciò che riguarda i redditi dei lavoratori all'estero (dipendenti o autonomi) incide sui criteri di territorialità per la durata – maggiore o minore dei 183 giorni – della residenza dei lavoratori "bloccati" in Stati diversi da quelli di residenza e, quindi, sui criteri di calcolo e di pagamento delle imposte dovute allo Stato legittimato, a seconda dei casi, ad esercitare lo *ius imperii*.

Il MEF ha affrontato la questione in risposta ad un'interrogazione parlamentare (n. 5-04654 del 3 dicembre 2020), in cui ha riportato che le stesse criticità erano state valutate anche dall'OCSE (con la nota del 3 aprile 2020) che ha raccomandato agli Stati aderenti l'adozione di un "più elastico criterio" di individuazione del "luogo di soggiorno abituale" proprio per evitare di dover "modificare" lo status di residenza "precedente" del soggetto passivo ai sensi dell'art. 4 del Modello (tie breaker rules). Regole convenzionali che, com'è noto,

risolvono i conflitti di residenza (positivi) tra Stati secondo i parametri di frequenza, durata e regolarità ordinati in via gerarchica su base convenzionale¹.

La più che condivisibile risposta del MEF ci porta a rilevare che le regole dei Trattati andranno “adattate” al momento eccezionale e straordinario di crisi pandemica che stiamo vivendo per il fatto, oggettivo, che l’eventuale permanenza involontaria/obbligatoria in uno Stato per effetto delle restrizioni legate al Covid non potrebbe determinare quel “volontario” nesso di collegamento del soggetto passivo in più Stati che può determinare il cambio di residenza in uno Stato diverso da quello precedente, alla luce dei criteri convenzionali. Grazie a questo segnale di apertura del Mef, conformemente a quello già valutato in sede internazionale, gli uffici preposti della varie amministrazioni fiscali degli Stati, comprese le Agenzia delle Entrate in Italia, saranno tenuti ad operare una valutazione “caso per caso”, prima di contestare eventuali violazioni tassabili (e sanzionabili) dei criteri di territorialità per poter, così, neutralizzare gli effetti impliciti delle misure restrittive, anche di tipo personale, legate all’emergenza Covid e non aggravare la posizione dei contribuenti.

¹ All’art 4, paragrafo 2, del Modello di Convenzione OCSE, com’è noto, si rinvengono le regole (*tie breaker rules*) che stabiliscono, per dirimere il conflitto di residenza che sorge ove un soggetto, in applicazione delle leggi nazionali, risulti residente in entrambi gli Stati contraenti, *criteri di collegamento in ordine gerarchico* volti a dirimere i casi di “doppia residenza” del soggetto passivo, con l’impossibilità di accedere ai criteri successivi al primo qualora quest’ultimo sia soddisfatto: 1) *abitazione permanente*; 2) *centro degli interessi vitali*; 3) *luogo di soggiorno abituale*; 4) *nazionalità*; 5) *accordo fra Stati*. Nella nota del 3 aprile scorso (“*OECD Secretariat Analysis of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 Crisis*”), l’OCSE ha indicato che la verifica della residenza dovrà focalizzarsi sul concetto di *habitual abode*, ovvero di “dimora abituale” che, nei casi ordinari, si riferisce alla frequenza, durata e regolarità dei soggiorni che fanno parte della “vita ordinaria” di un individuo, per un periodo di tempo sufficiente affinché sia possibile accertare detta frequenza, durata e regolarità dei soggiorni. Vista l’emergenza Covid, la nota ribadisce l’opportunità che le amministrazioni fiscali e le autorità competenti considerino nella valutazione del criterio della dimora abituale, la circostanza eccezionale rappresentata dal perdurare della permanenza del soggetto passivo in uno degli Stati per l’effetto della pandemia da Covid-19.

3. La chiusura "obbligatoria" dello studio professionale per obbligo sanitario non è causa di forza maggiore (secondo l'Agenzia delle Entrate, e quindi, il Mef)

Il secondo esempio (che si collega al primo), ma di segno inverso. Ma cosa accade sul piano dei criteri di determinazione dei redditi, obblighi strumentali, adempimenti ad un contribuente/soggetto passivo che resta "bloccato" in Stati o in regioni diversi da quella di residenza se, ad es., a causa degli obblighi sanitari fosse costretto ad interrompere l'attività e/o chiudere lo studio professionale?

E' evidente che qui non si discute del maturare o meno del reddito del soggetto passivo (di lavoro dipendente, autonomo o d'impresa) che seguirà le regole ordinarie del TUIR, ma delle conseguenze che potrebbero essere indotte dall'interruzione/chiusura dell'attività professionale/imprenditoriale "non per scelta", ma per "obbligo (sanitario)" sul piano delle possibili violazioni che potrebbero determinarsi sui termini degli adempimenti (procedimentali/processuali) o di pagamento di tributi e/o sanzioni. Si pensi, ad es., ai casi in cui l'interruzione/sospensione di attività potrebbe aver determinato un calo "straordinario" nel volume delle attività cui dovrebbe seguire (almeno), la disapplicazione degli ISA o un adattamento degli strumenti accertativi sintetici ex artt. 38 o 39, comma 1, lett. d), (o 41-bis) D.P.R. n. 600/73 - ma anche alle possibili violazioni della lunga serie di obblighi strumentali e dichiarativi per il pagamento delle imposte/tributi propri, e/o nel caso dei professionisti, dei propri clienti/assistiti, oltre che di adempimenti processuali.

La soluzione coerente e razionale andrebbe, anche qui, cercata "di caso in caso" per neutralizzare gli effetti impliciti negativi legati alle restrizioni/ divieti/ impedimenti legati alla pandemia al tempo del "Covid-diritto" ; e ciò fermo il fatto che la soluzione potrà anche divergere a seconda di chi sarà tenuto a valutare i fatti che possono aver determinato la possibile violazione, anche ai fini delle sanzioni applicabili con buona pace di criteri oggettivi, equi e proporzionati.

Una soluzione coerente che si intravede, a sistema, a garanzia dei contribuenti/professionisti, oltre che a tutela dell'agire imparziale

dell'amministrazione (ex art. 97 Cost) dovrebbe essere quella di poter invocare l'esimente per causa di forza maggiore per rivendicare il diritto alla rimessione in termini e/o alla non applicazione delle sanzioni ex art. 6, comma 5, D.Lgs. n. 472/97.

Ma mentre si è acceso il dibattito sulla questione, è intervenuta l'Agenzia delle entrate - Settore coordinamento e programmazione Ufficio adempimenti e sanzioni, in risposta ad un quesito posto dall'Istituto nazionale dei tributaristi (del 23 novembre 2020)², ha ritenuto, invece, non applicabile l'esimente delle sanzioni per causa di forza maggiore nel caso di chiusura "obbligatoria" dello studio di un professionista "in quarantena" per il fatto che, nonostante il "caso straordinario" prospettato nel quesito «il responsabile degli adempimenti tributari e fiscali resta in ogni caso il contribuente/cliente cui gli stessi si riferiscono, estraneo al provvedimento sanitario che colpisce il titolare o i suoi collaboratori».

Il che, davvero, non è condivisibile, non riuscendo davvero a comprendere come può l'Agenzia ritenere che sia il "contribuente/cliente" di un professionista in quarantena a poter adempiere, nonostante che abbia delegato (preventivamente) agli adempimenti il professionista, né come potrebbe il "contribuente" recuperare i documenti necessari per rivolgersi ad altro professionista se il suo delegato/procuratore (in quarantena) non può accedere allo studio per consegnare, se del caso, i documenti, le scritture contabili e/o ai fascicoli di interesse, perché obbligato alla chiusura.

² Nella cit. nota protocollo n. 360117 del 23 novembre 2020, in risposta all'Istituto Nazionale dei Tributaristi che aveva chiesto di individuare un automatismo per disporre una "sospensione delle scadenze fiscali e contributive per i contribuenti assistiti da uno studio professionale il cui titolare ed i collaboratori fossero stati posti in "quarantena", ha escluso che l'impedimento possa essere ricondotto a "causa di forza maggiore" e/o ad un "evento eccezionale ed imprevedibile" affermando che «la sospensione od il differimento degli obblighi fiscali e tributari è riservata alla sola ipotesi in cui l'adempimento non sia stato assolto per un impedimento riferibile al contribuente stesso» (*nonostante il Covid*).

4. Le ragioni invocabili per l'esimente per causa di forza maggiore ex art. 6, comma 5, D.Lgs. n. 472/92, e 45 C.P. (trascurate dall'Agenzia delle entrate, e quindi dal Mef)

Occorrerebbe invitare l'Agenzia, vista la risposta fornita a riflettere sul fatto che nel caso eccezionale e straordinario della chiusura di uno studio professionale per effetto delle restrizioni imposte dal Covid-19, le eventuali violazioni di termini e/o adempimenti del soggetto passivo ("cliente" del professionista in quarantena obbligatoria) dipendono dall'assoluta "impossibilità" e non dalla "mera difficoltà" (come assume l'Agenzia nella risposta) di «evitare l'inadempimento, per fatti a lui non imputabili», per cui ricorre in quel caso - esattamente - la causa di forza maggiore che legittima l'esimente dalle sanzioni di cui all'art. 6, comma 5, D.Lgs. n. 472/97 come, in più occasioni, è stato del resto confermato anche dalla giurisprudenza di legittimità (con precedenti ricordati, peraltro, dall'Agenzia stessa nella risposta).

L'esimente ricorre, invero, ai fini sanzionatori (tributari), quando è «causa esterna, imprevedibile e sopravvenuta che non dipende da un comportamento addebitabile anche solo a titolo di colpa nei vari gradi o specie»³, e quando (a fini penali) è «causa esclusiva e non concorrente dell'evento, nel senso che la realizzazione o la consumazione della condotta antigiuridica è dovuta – proprio come accade nel caso di chiusura obbligatoria dello studio imposta da norme sanitarie inderogabili – all'assoluta e incolpevole impossibilità dell'agente di uniformarsi al comando»⁴.

³ Cfr., *ex multis*, Cass. sez. V, 10 dicembre 2019, n. 32208; nonché Cass. civile sez. trib., 3 novembre 2020, n. 24308. Dall'ordinamento è ricavabile una regola generale per cui non può essere preteso un comportamento quando lo stesso sia divenuto impossibile senza colpa di chi vi sia tenuto. La forza maggiore, invero, si atteggia come una causa esterna che obbliga la persona a comportarsi in modo difforme da quanto voluto, di talché essa va configurata, relativamente alla sua natura giuridica, come una esimente poiché il soggetto passivo è costretto a commettere la violazione a causa di un evento impreveduto ed imprevedibile, non imputabile al contribuente, nonostante tutte le cautele adottate (Cass. n. 22153 del 22.9.2017). Questo principio viene desunto anche dalla interpretazione della Corte di Giustizia (C/314/06, al punto, 24) sulla nozione di forza maggiore che richiede la sussistenza di due elementi: un elemento oggettivo, relativo alle circostanze anormali ed estranee all'operatore, e un elemento soggettivo, costituito dall'obbligo dell'interessato di premunirsi contro le conseguenze dell'evento anormale, adottando misure appropriate, senza incorrere in sacrifici eccessivi.

⁴ Cass. sez. penale, 13 marzo 2020, n. 9960 e Cass. pen. Sez. III, 31 ottobre 2019, n. 44515. Secondo la costante giurisprudenza di legittimità in ambito penale, la forza maggiore rileva

E non solo. Se questo è vero, è ancor più sorprendente la “soluzione” proposta dall’Agenzia, ovvero che «siano gli stessi contribuenti “in difficoltà” a porre in essere gli adempimenti che non può effettuare il professionista» (in quarantena obbligatoria)!

Così, come se per ogni contribuente/cliente possa ritenersi agevole superare “la difficoltà” di determinare e dichiarare redditi imponibili e/o eseguire le liquidazioni ed i versamenti dovuti, trasmettere le dichiarazioni, redigere, notificare e depositare (in via telematica) gli atti processuali e, al contempo, come se fosse agevole per il contribuente acquisire – semmai in pochi giorni - quella competenza tecnico-giuridica che è richiesta alle categorie professionali (ordinistiche) di riferimento.

Quello che scoraggia nella risposta, che appare già non conforme ai principi generali applicabili nella fattispecie concreta anche secondo i precedenti di legittimità sopra indicati, è la “derubricazione” che opera l’Agenzia nel caso prospettato dell’impossibilità ad adempiere da parte del soggetto passivo (per la chiusura obbligatoria dello studio del professionista incaricato) a “mera difficoltà” che si accompagna, per di più, allo svilimento del ruolo dei professionisti (commercialisti, avvocati tributaristi, consulenti, ecc.) impegnati “in prima linea”, sin dall’inizio della pandemia, a garantire l’assolvimento degli obblighi tributari o contributivi dei clienti/assistiti ed assicurare, in primis, le entrate allo Stato.

Di fronte al disorientamento che assale l’interprete di fronte alle recenti diverse letture e posizioni che potranno assumere gli uffici centrali (del Mef) che potrebbero dipendere dal verificarsi di uno stesso problema per affrontare e risolvere il quale potrebbero incombere gli effetti impliciti di eventuali restrizioni/impedimenti legati al tempo del Covid e, quindi, allo scenario che possano venirsi a determinare differenti soluzioni a fronte di medesime

come causa esclusiva dell'evento, mai quale causa concorrente di esso (Sez. 4, n. 1492 del 23/11/1982,; Sez. 4, n. 1966 del 06/12/1966, Sez. 4 n. 2138 del 05/12/1980); essa sussiste solo e in tutti quei casi in cui la realizzazione dell'evento stesso o la consumazione della condotta antigiuridica è dovuta all'assoluta ed incolpevole impossibilità dell'agente di uniformarsi al comando, e non può, quindi, ricollegarsi in alcun modo ad un'azione od omissione cosciente e volontaria dell'agente.

questioni che insorgeranno a seconda di chi sarà chiamato a valutare/giudicare "caso per caso" (in termini di tributi e sanzioni) si resta smarriti.

Non c'è che auspicare un intervento chiarificatore – netto – del legislatore che metta al riparo i contribuenti e, in generale, gli operatori del diritto (professionisti/uffici/giudici) dalle possibili deviazioni dai principi generali sui criteri di determinazione o localizzazione dei redditi o beni patrimoniali e/o sul rispetto delle scadenze, ove si accerti che l'inadempimento "incolpevole" di norme tributarie sia dipeso dall'osservanza di obblighi sanitari, o da norme o provvedimenti imposti dal Covid, e/o da incongruenze o criticità legate alla straordinarietà ed eccezionalità delle misure (anche di favore), indipendentemente dalle scelte (volontarie) dei soggetti passivi. In questo modo verrebbe assicurata, da un lato, la riscossione delle imposte, ma sarebbe garantita, dall'altro, l'esimente dalle sanzioni tributarie (e, se del caso penali) per dare, subito, una risposta rassicurante e razionale ai tanti interrogativi e perplessità che riguardano, e riguarderanno per la (più lunga) durata dell'emergenza, e dei controlli, i contribuenti (e professionisti).

La digitalizzazione dell'economia e la concezione di nuove basi imponibili

di **Stefano D'Albenzio**

Autore su InnovazioneDiritto.it

ABSTRACT

The digitalization of the economy is a process that has been affecting the economy for years and is radically changing the way businesses operate. Historical institutions, such as the identification of a physical permanent establishment or the use of transfer pricing, have encountered many operational deficits, leading to idealize, despite a clear delay with respect to the erosive practices of the taxation implemented by multinational companies, of the new taxation criteria that do not focus only on mathematical notion of income, but also on the new concept of value creation. These are the points on which international institutions are massively working with the aim of finding a common solution to be adopted.

SINTESI

La digitalizzazione dell'economia è un processo che da anni sta interessando l'economia e sta radicalmente cambiando il modo di operare delle imprese. Istituti storici, come quello della identificazione di una stabile organizzazione fisica o l'utilizzo del transfer pricing, hanno riscontrato dei veri e propri deficit operativi, inducendo ad idealizzare, seppure in netto ritardo rispetto alle pratiche erosive di tassazione messe in atto dalle imprese multinazionali, dei nuovi criteri di tassazione che non si focalizzano solamente sulla nozione matematica di reddito, bensì anche sul nuovo concetto di creazione di valore. Sono questi i punti su cui stanno massicciamente operando le

istituzioni internazionali con l'obiettivo di trovare una soluzione comune da adottare.

SOMMARIO

1. Premessa - **2.** La digitalizzazione dell'economia nel contesto della tassazione delle imprese multinazionali - **3.** L'ideazione di una base imponibile integrativa e di una base imponibile alternativa - **4.** Il percorso dell'OECD: l'Action Plan e il concetto della «PES» - **5.** L'introduzione della «stabile organizzazione digitale» nel TUIR - **6.** La posizione dell'Unione Europea: la proposta di Direttiva COM(2018)147 final e la proposta di Direttiva COM(2018)148 final - **7.** La svolta dell'OECD: l'Unified Approach e il Blueprint (2020) - **8.** Conclusioni

1. Premessa

Gli ultimi anni sono stati protagonisti di un'evoluzione importante dello scenario tecnologico in cui tutti noi siamo stati coinvolti.

Fenomeni come la globalizzazione, la dematerializzazione dell'attività economica e, congiunta a quest'ultima, l'internazionalizzazione dei processi produttivi o comunque, in modo generico, la digitalizzazione, hanno profondamente modificato il modo di fare business delle imprese, qualsiasi sia la loro dimensione.

Tuttavia, si porrà una maggiore attenzione su quelle imprese che, date le loro dimensioni rilevanti, hanno una sorta di vocazione ad operare "sopra" i territori degli Stati nazionali.

Bisogna poi constatare che al mutare del contesto economico le imprese si sono adeguate molto più rapidamente di quanto non abbiano fatto, e probabilmente non avessero potuto fare, i sistemi fiscali nazionali e le "loro" regole di fiscalità internazionale, con

un'accelerazione verificatasi, in alcuni campi, nel corso dell'anno 2020 per effetto della grossa "spinta" ricevuta dai vincoli alla mobilità personale introdotti in tutti i Paesi per frenare la pandemia da Covid-19.

Da questo nuovo scenario, diverse sono le situazioni che si sono andate a creare: da un lato le imprese hanno presto imparato a trarre maggiori benefici possibili attraverso le varie tecniche di pianificazione fiscale di *shifting*¹ di profitti "nomadi", dall'altro, i sistemi fiscali in un primo momento sono rimasti passivi, limitandosi ad osservare e, solo quando si sono iniziati seriamente a preoccupare di salvaguardare i "livelli minimi di gettito fiscale", hanno cominciato a reagire, seppure inevitabilmente in ritardo.²

Nello scenario così delineato, è possibile distinguere due fenomeni che si sono evoluti di pari passo in tale processo, ossia:

- I. La digitalizzazione di una parte più o meno rilevante dei processi di produzione e commercializzazione di beni e servizi "tradizionali";
- II. La creazione e lo sviluppo dei servizi digitali, ovvero tutti questi servizi offerti dalle imprese mediante una piattaforma digitale.

I due fenomeni appena descritti comportano la possibilità di offrire, indipendentemente dalla presenza o meno di una struttura fisica localizzata geograficamente in prossimità del Paese, o quantomeno del luogo, di residenza dei consumatori/utenti, beni e servizi.

Ed è proprio questo il punto cardine dell'economia digitale, la vera innovazione, che fa crollare i principi fiscali che da circa un secolo disciplinano il trattamento fiscale dei redditi transnazionali d'impresa,

¹ Sono i noti temi del fenomeno BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), da tempo all'attenzione della Task Force dell'OCSE. Il primo rapporto dell'OCSE risale al 2013 (*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 12.02.2013).

² Nell'Unione europea, ad esempio, l'aliquota fiscale media per un'azienda digitale è del 9,5% rispetto al 23% applicato alle altre aziende, in modo particolare, del ramo manifatturiero.

elaborati in un primo momento dalla Società delle nazioni³ e successivamente dall'OCSE, sulla base di un compromesso politico stipulato, agli inizi del XX° secolo, tra le potenze economiche che miravano a distribuire la potestà impositiva tra i diversi Paesi, ponendo comunque attenzione ad evitare tutti quei problemi della doppia imposizione internazionale.

Tuttavia, oggi tali principi, ritenuti comunque obsoleti in riferimento al nuovo scenario che ci troviamo, rischiano addirittura di legittimare situazioni di doppia esenzione.

Ci si rende conto che non si può più fare totalmente affidamento ad istituti come quello della stabile organizzazione o del *transfer pricing* che, negli anni addietro, hanno efficacemente svolto il compito di ripartire i redditi delle imprese multinazionali tra le diverse giurisdizioni coinvolte.

Oggi ci si trova uno scenario completamente diverso, non si hanno più le c.d. imprese *brick and mortar*, ovvero imprese prevalentemente manifatturiere che permettevano di localizzare perfettamente il Paese, o comunque il luogo, in cui si andava a generare reddito, bensì si hanno imprese quasi completamente dematerializzate, che sono difficilmente localizzabili. Ancora, come si vedrà nelle prossime pagine, ci si è resi conto che non bisogna più ricercare un reddito, bensì si è alla ricerca del valore.

Orbene, andando a contestualizzare questo concetto appena esposto, appare evidente che nel caso delle imprese multinazionali che offrono servizi digitali, e tenendo per di più conto di tutte quelle imprese che sviluppano il loro processo produttivo in più Paesi, la corretta allocazione territoriale del reddito/valore diviene assai complessa.

Constatando ciò appare quasi assurdo comprendere che, ancora oggi, sia le norme fiscali nazionali, quanto quelle internazionali, prevedono che i redditi di un'impresa che operi al di fuori del proprio Paese possano essere assoggettati a tassazione in tale luogo solo a

³ Con il rapporto Carroll del 1933.

condizione di localizzarvi una sede fissa di affari. Ci si riferisce alla nozione di stabile organizzazione disegnata dall'OCSE e poi ripresa nelle legislazioni nazionali dei diversi Paesi.⁴

Dunque, perché oggi dovremmo ragionare diversamente nei confronti, ad esempio, di chi realizza e commercializza App? La risposta a questa domanda possiamo trovarla se ricostruiamo le ragioni, ed i sottostanti flussi economici, sulla base dei quali sono state forgiate le regole, sia nazionali che internazionali, sulla fiscalità dell'impresa multinazionale. La differenza sostanziale va ricercata nel fatto che il mondo, oramai alle nostre spalle, si basava un un *nexus* fisico, oggi invece molte imprese non necessitano più di una “*sede fissa di affari*” per operare nei diversi Paesi nei quali trovano i loro mercati di riferimento per i beni/servizi che offrono. Nella sostanza, quindi, le piattaforme digitali hanno sostituito i vecchi mercato fisici e, in un'economia globalizzata in cui i dati sono l'elemento principale, potrebbe quasi sicuramente non avere più un senso logico tassare le società in base alla loro presenza fisica (o comunque affidarsi a concetti e regole di allocazione ormai datate).

Detto ciò bisogna ben comprendere che nella sostanza non si tratta di eludere lo status di stabile organizzazione ma, molto più semplicemente, non dovervi più ricorrere.⁵

I temi *BEPS* nascono proprio a seguito di tali situazioni, ovvero per contrastare tutte quelle imprese multinazionali che, sfruttando le simmetrie tra i diversi ordinamenti fiscali, riescono a minimizzare il loro prelievo complessivo mediante operazioni di pianificazione fiscale.

Tuttavia, seppur già di rilevanti attenzioni a tale problematica, spesso, se ne affiancano altre. Tra queste è possibile evidenziare come, tutte quelle imprese di rilevanti dimensioni, sono divenute col

⁴ In ambito nazionale ci si rifà all'art. 162 del T.u.i.r.

⁵ S. DORIGO, *Il superamento dei criteri di collegamenti “tradizionali” nell'epoca dell'economia digitale: le conclusioni dell'AG Kokott nella causa Google e la problematica localizzazione del reddito d'impresa*, in *Riv. dir. trib. online*, 06/12/2019.

tempo una sorta di supercontribuenti, con la capacità quindi di contrattare un vero e proprio trattamento fiscale (di favore) nei Paesi in cui si interfacciano.

Questo scenario così descritto comporta delle condizioni di concorrenza sleale da parte delle imprese digitali di maggiori dimensioni rispetto a quelle di dimensioni contenute.

Il primo punto su cui bisogna intervenire è quello per cui bisogna idealizzare una tipologia di tassazione che vada a colpire la creazione di valore, non più il reddito basato su una differenza tra costi e ricavi d'impresa, dato che le imprese digitali sfruttano l'enorme potenziale degli *intangibles*.

Bisogna quindi porsi due domande fondamentali, che pongono degli importanti spunti di riflessione, ovvero:

III. Qual è il corretto collocamento territoriale di tali redditi;

IV. Qual è la loro corretta determinazione e quantificazione, dato che l'apporto dei beni immateriali alla catena del valore è sicuramente più difficile da misurare di quanto non possa esserlo invece per i *tangibles*.⁶

Un caso empirico, a riprova di quanto signore detto, può essere quello di *WhatsApp*. L'applicazione, il 19 febbraio 2014, è stata acquistata da Mark Zuckerberg, CEO di *Facebook*, per 19 miliardi di dollari.⁷ Questo ci dimostra che vi sono imprese che, nonostante possano mostrare dei redditi molto bassi, talune volte addirittura pari a zero, hanno in realtà un valore molto elevato dato proprio dalla presenza degli *intangibles*.

Spesso poi, la creazione del valore dell'impresa, viene generato dagli stessi consumatori/utenti, denominati "*Pro-sumers*".⁸

⁶ S. NOESS-SCHMIDT - P. SORENSEN - B. BARNER CHRISTIANSEV - V. ZUROLO - C. ZIENAU, J. JUUL HENRIKSEN - J. BROWN, *Future taxation of company profits: what to do with intangibles?*, Copenhagen Economics, 19/02/2019.

⁷ https://st.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2016-06-13/febbraio-2014-facebook-acquista-whatsapp-19-miliardi-dollari-190755.shtml?uuid=ADO6hOb&refresh_ce=1.

Tutto questo scenario è stato frutto di discussioni ed iniziative in sede internazionale dall'OECD, in collaborazione con il gruppo dei Paesi del G20, soluzioni sono state avanzate anche dall'Unione europea e dai singoli Stati (tra cui l'Italia).

Sono queste le tematiche che si analizzeranno nel capitolo 2 del presente articolo, per poi analizzare, nel capitolo 4, il *Blueprint* dell'OECD approvato il 14 ottobre 2020 dal G20, il quale sembra rappresentare, finalmente, un significativo passo in avanti nella direzione di una soluzione efficiente e concordata a livello internazionale.

2. La digitalizzazione dell'economia nel contesto della tassazione delle imprese multinazionali

Il problema della tassazione delle imprese digitali va inserito all'interno di una problematica ben più ampia, ovvero quella della tassazione delle imprese multinazionali e delle regole di determinazione del diritto, di ciascun Paese in cui operano, di tassare i profitti.

In tale casistica possiamo avere due principi di tassazione differenti:

V. L'impresa percettrice è tassata nel Paese in cui ha la sede legale (principio della residenza), il quale favorisce, in termini di gettito dell'imposizione sul reddito, gli Stati nei quali si trova la sede legale delle imprese in quanto queste verrebbero tassate su tutti i redditi da loro percepiti;

VI. L'impresa percettrice è tassata nel Paese in cui è stato prodotto il reddito⁹ (principio della fonte), ovvero andando a favorire quei Paesi in cui i redditi sono stati prodotti, quale che sia il Paese di residenza delle imprese che tali redditi percepiscono.

⁸ Il termine, creato da A. TOFFLER, *The third wave*, New York, 1980, è divenuto popolare con l'avvento di internet e nasce dalla fusione dei termini produttore (*Productor*) e consumatore (*Consumer*) e sta ad indicare proprio la nuova figura di consumatore che contribuisce alla produzione del valore.

⁹ In quanto facente parte del valore aggiunto in esso generato.

È evidente che possano esservi degli interessi contrastanti nell'applicazione dell'uno o dell'altro principio, da parte dei diversi Paesi, i quali spesso hanno applicato tali principi anche parzialmente.

È necessario trovare un equilibrio dato da una collaborazione internazionale in quanto, una problematica che potrebbe spesso presentarsi, sarebbe proprio data da una situazione di doppia imposizione. Questa la si ha quando, i singoli Paesi, al fine di massimizzare il loro gettito fiscale, in assenza di accordi internazionali generali sul principio da applicare in genere, dunque di una regola comune, fa sì che i Paesi applichino ai soggetti residenti il principio di residenza e a quelli non residenti il principio della fonte, andando a generare redditi tassati sia nel Paese di produzione che in quello di residenza del soggetto percettore.

In tali casi, lo strumento utilizzato per risolvere problematiche del genere è costituito dagli accordi bilaterali tra Stati,¹⁰ diretti a regolare la ripartizione fra essi della materia imponibile.¹¹

La regola generale è quella del principio di residenza, con il limite che, nel caso di imprese multinazionali che svolgono la loro attività, di una rilevante consistenza economica, in più Paesi diversi da quello di residenza, mediante l'istituto delle stabili organizzazioni, la tassazione avviene in capo a queste ultime. Pertanto, i redditi così prodotti, vengono tassati con applicazione del principio della fonte.

Questo induce le imprese multinazionali, come si è già accennato nel paragrafo 1, a pianificare operazioni di *profit shifting*, quali ad esempio la fissazione di *transfer pricing*, così da erodere la base imponibile ed essere assoggettati ad un carico fiscale minore.

¹⁰ Le cui regole generali sono state elaborate dall'OECD.

¹¹ Un aiuto importante in tali casi è dato dall'art. 5 del Modello OCSE 2017, ovvero la sua più recente edizione. I modelli di convenzione fra Stati diretti all'eliminazione della doppia imposizione dei redditi e dei capitali ed alla prevenzione di evasione ed elusione fiscale proposti dall'OECD fin dal 1963 sono infatti largamente utilizzati nei trattati bilaterali tra Stati.

È ovvio che tutto ciò dà luogo ad una concorrenza fiscale dannosa fra Paesi, soprattutto se si considera che gli stessi Paesi hanno iniziato a fare una corsa al ribasso del gettito tributario, così da attirare l'attenzione delle imprese multinazionali ed assicurarsi comunque dei livelli garantiti di gettito.

È proprio per limitare questo elevato grado di libertà che, nel 2017, l'OECD ha elaborato e fissato delle linee guida per la determinazione dei prezzi di trasferimento, seppur non riscuotendo il successo desiderato. La discutibile linearità nello scambio di informazioni tra le diverse amministrazioni finanziarie, e la scarsa omogeneità nelle normative fiscali dei diversi Paesi, hanno comunque offerto delle ampie opportunità di elusione delle imposte sui redditi. È evidente come tali problematiche, comunque già esistenti, abbiano trovato la loro massima criticità con la sempre più crescente digitalizzazione dell'economia e con l'introduzione (e la loro difficilissima individuazione) di stabili organizzazioni non fisiche.

Strumenti come quello della stabile organizzazione e del *transfer pricing*, in riferimento alle evoluzioni sinora citate, sono da considerarsi parzialmente fallimentari in quanto non garantiscono una ripartizione della materia imponibile fra i diversi Paesi che rispecchi l'effettivo contributo da questi fornito al valore finale del bene/servizio prodotto.

Volendo richiamare il concetto di "*Prosumers*", in tale forma di mercato i consumatori/utenti delle piattaforme digitali costituiscono un vero e proprio *input* per la produzione del servizio remunerativo dell'impresa, generando loro stessi il valore aggiunto che poi sfugge a tassazione dal Paese in cui questi risiedono.

In tutte le ipotesi, a prescindere dall'identificazione di un'economia digitale o meno, in cui le imprese, anche parzialmente, riescono ad eludere la tassazione nei Paesi in cui operano ma sono sprovvisti di una sede legale, o comunque non hanno una stabile organizzazione che possa legarle a quel luogo, agiscono da *free-rider* rispetto alle

spese pubbliche che da tali Paesi sono state compiute (a seconda del settore in cui le imprese operano).

Ne derivano degli effetti distorsivi che riguardano:

- VII. Decisioni di investimento e localizzazione delle imprese;
- VIII. Concorrenza sleale fra le imprese;
- IX. Competizione fiscale, consistente in una corsa al ribasso per attirare l'attenzione delle multinazionali e dunque i loro redditi, fra i diversi Paesi.

Quanto sinora esposto fa sorgere due domande a cui trovare una rapida ed efficace risposta, onde evitare che possano protrarsi, se non peggiorare, gli effetti distorsivi conseguenti, e ovvero ci si deve chiedere:

- X. Cosa tassare, ovvero qual è la base imponibile da assoggettare a tassazione;
- XI. Dove tassare, ovvero qual è la giurisdizione competente.
- XII. Come tassare, magari attraverso l'ideazione di nuovi criteri di tassazione che ricorrano ad una base imponibile completamente diversa dal reddito, o quantomeno trovarne una misura integrativa o addirittura alternativa.

La risposta a queste tre domande non è semplice da ricercare, tant'è vero che gli organismi internazionali da anni stanno cercando di cooperare per trovarne una soluzione di tipo globale. Nei prossimi capitoli seguiranno delle riflessioni sulla base delle strade intraprese dai diversi Paesi (e sia dall'Unione europea che dall'OECD-G20).

3. L'ideazione di una base imponibile integrativa e di una base imponibile alternativa

Sinora, data la conformazione del mercato con cui le legislazioni si sono sempre interfacciate, il sistema tradizionale di tassazione diretta si è sempre basato su imposte che hanno come riferimento, per la costruzione della base imponibile, un elemento squisitamente quantitativo ed immediatamente misurabile, ovvero il reddito.

Questa metodologia è incentrata tanto in ambito internazionale quanto in quello nazionale. Esempio tipico, in ambito domestico, è l'IRPEF (che come ben si sa colpisce il reddito delle persone fisiche) e l'IRES (che colpisce le società di capitali).

Tuttavia tale sistema ha riscontrato i suoi difetti non di recente, bensì già con la diffusione delle imprese multinazionali che, trovando delle scappatoie nei difetti di legge o comunque sfruttando le asimmetrie informative tra i diversi Paesi, sono riuscite ad effettuare delle massicce pianificazioni fiscali, sottraendo per anni ed anni una importante fetta di materia imponibile ai Paesi che ne erano effettivamente legittimati alla riscossione (o comunque una riscossione più importante di quelle effettivamente realizzata).

Questa situazione poi è andata aggravandosi sempre più con l'avvento dell'economia immateriale, ove è ancora più semplice effettuare delle operazioni di *shifting* di profitti, dato dal fatto che è quasi impossibile tenere traccia di tutte le operazioni compiute o quantomeno trovare in maniera rapida una loro allocazione ben precisa.

Detto ciò sembrerebbe molto più ragionevole iniziare a sviluppare dei nuovi criteri di tassazione, ed abbandonare quelli tradizionali ormai ritenuti obsoleti, andando ad individuare delle nuove basi imponibile che vadano ad integrare, o addirittura sostituire, le imposte sul reddito societario.

Si possono fondamentalmente identificare tre diversi gruppi di imposta che andrebbero meglio a colpire i redditi, ma ponendo un'attenzione particolare adesso anche al concetto di valore, creato dalle piattaforme digitali, oppure in modo molto più generico, dagli operatori protagonisti dell'economia digitale. Tali gruppi sono:

XIII. **Imposte specifiche**, le quali vengono commisurate agli elementi quantitativi¹² relativi ai fattori che sono a monte della catena di creazione di ricchezza/valore nei settori digitali. È questo

¹² Ad esempio il numero delle transazioni compiute sulla piattaforma.

un criterio di tipo quantitativo utile per l'identificazione della base imponibile di imposte speciali integrative dell'imposta sul reddito;

XIV. **Imposte commisurate al valore delle transazioni compiute** (o comunque al fatturato complessivamente realizzato in un determinato Paese). Tale criterio fonda il suo ragionamento sul fatto che, in presenza di attività digitali, il fatturato realizzato da tale tipologia di imprese, può permettere una indiretta determinazione/quantificazione del reddito.¹³ Difatti, sotto determinate condizioni, i ricavi così ottenuti possono essere considerati una *proxy* degli effettivi profitti conseguiti, così da costruire una base imponibile alternativa al reddito¹⁴. In questo modo si permetterà al Paese competente di prelevare la giusta quantità di gettito relativa alla quota di valore aggiunto ivi prodotto (dagli stessi consumatori/utenti);

XV. **Destination-Based Cash Flow Tax**.¹⁵ Come l'imposta di cui al punto II, anche questa è da intendersi alternativa al reddito d'impresa e presenta alcune peculiarità. Tale tipologia d'imposta, infatti, è ritenuta molto adatta per un mercato padroneggiato da servizi digitali in quanto non tiene conto della residenza dell'impresa (né tantomeno della localizzazione delle sue ipotetiche infrastrutture produttive) e si basa solamente sulla localizzazione dei consumatori/utenti, andando quindi a risolvere a monte il cruciale problema di attribuzione geografica del reddito prodotto, e dei conseguenti problemi ad esso attinente. Il ragionamento di fondo è quello di variare il *nexus* sul quale basare la localizzazione della produzione di reddito/valore.

¹³ Soprattutto se si tiene conto che le imprese digitali spesso si trovano ad operare in condizioni in cui i loro costi marginali sono prossimi allo zero, se non addirittura completamente inesistenti. Di conseguenza, i ricavi ottenuti dalla loro attività corrisponderanno sostanzialmente agli effettivi profitti realizzati, salvo l'eventuale presenza di costi fissi quali ad esempio la componente *hardware* o *software*.

¹⁴ Questa tipologia di imposta è quella proposta dall'Unione europea per l'introduzione della *web tax*.

¹⁵ Cfr. AUERBACH (2017), DEVEREUX e VELLA (2017) e CARPENTIERI (2019).

Tuttavia, se a primo impatto può sembrare un'idea molto appetibile e di portata risolutiva, numerose sono le difficoltà applicative che la caratterizzano. C'è innanzitutto da precisare che già da un punto di vista tecnico-informatico non è sempre agevole individuare con esattezza la posizione dell'indirizzo IP sul quale opera il server legato alla piattaforma digitale da prendere in considerazione. Invece, per quanto concerne un punto di vista prettamente economico-fiscale, un'imposta avente come base imponibile il *cash-flow* non potrebbe essere applicata alle sole imprese digitali, bensì a tutte le società di capitali, ed andrebbe quindi a scontrarsi con l'attuale sistema generale (internazionale) di imposizione basato sul reddito. Di conseguenza, tale criterio, necessiterebbe di un adeguamento internazionale all'adozione di tale prassi onde evitare creazione di distorsioni di mercato e discriminazioni.¹⁶

4. Il percorso dell'OECD: l'Action Plan e il concetto della "PES"

Le pratiche di *profit shifting* sono da anni oggetto di studio sia dell'OECD che del G20, i quali nel 2013, in collaborazione, hanno pubblicato un "*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*" (BEPS) contenente le basi per una strategia generale di contrasto alle pratiche di elusione fiscale internazionale che, come sinora detto, si traducono in fenomeni di erosione della base imponibile delle imposte sul reddito.

Dallo studio del fenomeno e dal materiale prezioso fornitoci in tale sede, è possibile constatare che l'erosione della base imponibile è il fenomeno di due concause:

XVI. La scarsa sincronia e le disomogeneità nelle normative civilistiche e fiscali in sede internazionale, appesantita poi dalla concessione, da parte dei singoli Paesi, di agevolazioni, trattamenti preferenziali e vari regimi di favore atti ad attirare e trarre nel proprio territorio la localizzazione di imprese (o comunque di

¹⁶ L. CARPENTIERI, *Profili fiscali dell'economia digitale*, Napoli, 2019.

diverse forme di investimento) e che quindi favoriscono il cosiddetto “arbitraggio fiscale”;

XVII. Lo sfruttamento delle opportunità di cui al punto I da parte delle imprese multinazionali attraverso pratiche di pianificazione fiscale “aggressiva”.¹⁷

In questo paragrafo si entrerà nella competenza dell’*Action 1* intitolata “*Tax Challenges Arising from Digitalisation*”, da cui emerge un rilievo interessante in merito alla questione delle conseguenze fiscali della digitalizzazione.

Innanzitutto si chiarisce che, secondo quanto riportato dall’OECD, è vero che la fornitura di servizi digitali favorisce le opportunità di erosione, ma non è da considerarsi come un fenomeno a sé stante, in quanto andrebbe comunque inserito tra le diverse problematiche legate all’utilizzo degli strumenti digitali nel sistema economico attuale. Così come i fenomeni elusivi delle imprese digitali vanno raggruppati con quelli praticati, più in generale, dalle grandi imprese multinazionali.

Nel 2015, la stessa OECD, ha individuato dei punti chiave e dei rilevanti aspetti di ordine economico-tributario, strettamente legati tra loro, legati alla digitalizzazione dell’economia:

XVIII. La rilevanza dei dati, da intendersi in ogni fase di produzione del valore corrispondente all’erogazione del prodotto/servizio digitale;

XIX. Il “*nexus*” tra svolgimento di una determinata attività economica in un Paese e il diritto di questo a riscuoterne le corrispondenti imposte;

XX. La corretta considerazione che, da un punto di vista fiscale, dovrebbero avere i pagamenti ricevuti a fronte dell’erogazione di servizi mediante strumenti digitali e in base a quale criterio questi generino reddito/valore.

¹⁷ La Commissione europea (2012) la definisce «la pianificazione fiscale aggressiva consiste nell’approfittare degli aspetti tecnici di un regime fiscale o delle differenze fra due o più regimi fiscali allo scopo di ridurre il debito d’imposta».

I punti II e III ci permettono di localizzare il luogo di generazione del reddito/valore e quindi di allocarlo alla giurisdizione competente; il punto I, invece, pone il problema legato alla determinazione del valore di tale reddito/valore e come questo viene distribuito in tutte le fasi del processo produttivo.

Giunti a tale punto, si può passare all'osservazione del nuovo criterio di collegamento introdotto nel rapporto OECD. Tale criterio, di portata decisamente interessante, si basa sul concetto di "Presenza Economica Significativa" (PES), ovvero si va ad abbandonare la nozione "tradizionale" di "sede fisica",¹⁸ inserendo quali nuovi criteri d'identificazione:

XXI. Il fatturato;

XXII. Numero di clienti/utenti facenti capo a ciascuno dei Paesi in cui l'attività è svolta.

Tale meccanismo (ovvero quello dalla PES) si basa su fattori che, come si diceva, dimostrano effettivamente un'interazione mirata e duratura con l'economia del Paese della fonte attraverso l'impiego di mezzi tecnologici e l'utilizzo di procedure automatizzate. È infatti raccomandato che i fattori basati sui ricavi siano associati ai fattori digitali (ad esempio un dominio locale) e/o ai fattori basati sugli utenti (ad esempio il numero dei contratti conclusi mediante una piattaforma digitale) per determinare l'esistenza della "PES".¹⁹

Il tema della PES è stato successivamente ripreso in una *Policy Note* nel gennaio del 2019 (OECD, 2019b),²⁰ nella quale vengono

¹⁸ Di comune accordo con l'art. 5 del Modello OCSE e l'art. 162 del T.u.i.r., la stabile organizzazione "tradizionale" viene così definita: "una sede fissa di affari in cui l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività". Difatti, anche nei trattati bilaterali, tale concetto è sostanzialmente usato al fine di determinare il diritto di uno Stato contraente di assoggettare a tassazione gli utili di un'impresa dell'altro Stato contraente.

¹⁹ L. CARPENTIERI, *Profili fiscali dell'economia digitale*, Napoli, 2019.

²⁰ <https://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>.

presentate le possibili alternative e si propone che le future soluzioni si basino su due pilastri (*Pillar*):

XXIII. *Pillar One*, rappresentato da un riesame delle regole che determinano l'allocazione dei profitti nei diversi Paesi ed il nesso esistente tra la presenza economica di un'impresa in un Paese anche in assenza, quindi, di presenza fisica ed il diritto di questo a tassare i redditi sulla base del ragionamento sinora esposto;

XXIV. *Pillar Two*, costituito dall'insieme di regole atte a garantire un ammontare minimo di imposte²¹ che le imprese multinazionali sono tenute a versare nei Paesi in cui operano (e quindi generano valore), ponendo così dei limiti alla possibilità di adottare delle strategie di *profit shifting*.

È indubbiamente interessante la visione che l'OECD ha e quelle che sono le eventuali state future da intraprendere, tuttavia, non ha ancora proposto delle soluzioni specifiche da adottare.

Possiamo quindi evidenziare che l'OECD fonda il proprio ragionamento su due punti chiave:

XXV. Non abbandona la storica impostazione di un'imposta societaria che ha come base imponibile il reddito d'impresa, non rinunciando però a ricercare dei validi strumenti che potrebbero comunque spingere verso il ricorso a basi imponibili alternative e/o sostitutive²² per la tassazione delle imprese digitali (non escludendo l'ipotesi anche per le altre forme d'impresa);

XXVI. Coinvolgere sia l'intera platea di Paesi del mondo che tutti gli studiosi, tecnici ed operatori al fine di pervenire a soluzioni, risultanti dalla loro collaborazione, condivise a livello internazionale e minimizzarne il rischio di errori.

²¹ Mediante l'elaborazione della "*global anti-base erosion proposal*" (GloBE).

²² Così come esposto nel paragrafo precedente.

5. L'introduzione della "stabile organizzazione digitale" nel T.u.i.r.

Un rilievo di fondamentale importanza è da ricondurre all'art. 1, co. 1010, della Legge di Bilancio 2018, che introduce delle significative modifiche all'art. 162 del T.u.i.r., dedicato alla disciplina della stabile organizzazione.

Bisogna però a monte chiarire che, sebbene la revisione del concetto di *nexus* rappresenti una indiscutibile priorità ed un punto di elevata importanza, la disciplina internazionale di riferimento è da ricercarsi nell'art. 5 del modello OCSE, rimasto però immutato nonostante le recenti modifiche introdotte nel 2017.

Sulla base di quanto finora detto, e tenendo conto delle osservazioni che si faranno nei prossimi paragrafi, appare evidente che ciò che impedisce di adeguare l'istituto della stabile organizzazione ai mutamenti generati dalla digitalizzazione dell'economia è la perdurante assenza, in ambito internazionale, di una soluzione comune sulle necessarie ed urgenti misure da adottare.

L'art. 1, co. 1010, della Legge di Bilancio 2018, come si diceva, ha inserito nell'art. 162, co. 2, del T.u.i.r., una nuova lettera *f-bis*), che va ad aggiornare ed integrare la *positive list* contemplata dalla norma e andando a prevedere l'identificazione di una stabile organizzazione anche quando vi sia *"una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio dello stesso"*.

Come si è visto però nel paragrafo 4, tale approccio ha però mostrato dei delicati tratti di inadeguatezza, ragion per cui in seno all'OCSE si è invece suggerito di introdurre un concetto di *nexus* completamente nuovo, ovvero quello della Presenza Economica Significativa.

6. La posizione dell'Unione europea: la proposta di Direttiva COM(2018)147 *final* e la proposta di Direttiva COM(2018)148 *final*

L'Unione europea scinde la propria corrente di pensiero per quanto concerne le pratiche di *profit shifting* delle imprese "tradizionali" da quelle prettamente digitali, ponendo la dovuta attenzione al diverso grado di digitalizzazione dei diversi settori dell'economia.

Volendo porre l'attenzione sulle imprese digitali ci si limita a riportare che per quanto concerne tutte le tipologie di imprese sono state proposte,²³ prima nel 2011 e poi nel 2016, due direttive che stabiliscono regole per definire una *Common Corporate Tax Base* (CCTB) ed una *Common Consolidate Corporate Tax Base* (CCCTB) per l'unificazione di un bilancio mondiale da parte delle società multinazionali.²⁴

Focalizzandoci invece su ciò che abbraccia l'economia digitale dobbiamo tornare all'anno 2018, quando sono state proposte due direttive interessanti,²⁵ ovvero la n. 147 (*comprehensive solution*) e la n. 148 (*targeted solution*).

Bisogna anche specificare che ciò che ha indotto l'Unione europea ad emanare tali direttive con una certa urgenza è stata la paura legata alla volontà di alcuni Paesi membri di introdurre autonomamente una *web tax*, andando poi questa eventuale situazione a distorcere e rendere ancor più disomogeneo il mercato.²⁶

Entrando nel merito, la Direttiva n. 147²⁷ (2018b) istituisce delle norme che vanno a rivisitare e ad ampliare il tradizionale concetto di stabile organizzazione, con la finalità di farne rientrare anche il concetto di PES, definendone i concetti e fissandone le condizioni a seconda dei diversi Paesi in cui verrebbe applicata.

²³ Entrambe le direttive non hanno ancora trovato applicazione.

²⁴ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA (2016a) e (2016b).

²⁵ Tuttavia, entrambe le direttive non hanno ancora trovato applicazione a causa delle numerose opposizioni riscontrate dai diversi Paesi nel Consiglio Ecofin del marzo 2019.

²⁶ Cfr. GASTALDI e ZANARDI (2019).

²⁷ <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM-2018-147-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

La Direttiva n. 148²⁸ (2018b), invece, istituisce in via provvisoria, ed in attesa di una soluzione globale in tema di imposta sui servizi digitali, un'imposta indiretta sui servizi digitali²⁹ (c.d. ISD) con aliquota del 3% da applicare ai ricavi lordi, al netto dell'IVA e di eventuali ulteriori imposte analoghe, derivanti dalla fornitura di servizi digitali da parte di imprese che rispettino precisi limiti dimensionali, ovvero:

XXVII. Ricavi a livello globale superiori a 750 milioni di euro;

XXVIII. Ricavi, realizzati nell'area dell'Unione europea, superiori ai 50 milioni di euro (e subordinatamente ad alcune condizioni relative alla localizzazione degli utenti in uno Stato membro dell'UE).

Le due proposte di direttiva, però, ancora oggi non hanno trovato applicazione, rimandando la corrente di pensiero alle iniziative proposte nel progetto OECD-G20.

7. La svolta dell'OECD: l'*Unified Approach* e il *Blueprint* (2020)

Bisogna innanzitutto premettere che a seguito della pandemia da Covid-19, i diversi sistemi economici hanno accelerato sensibilmente il processo di digitalizzazione e lo sviluppo dei servizi digitali come l'impiego ormai sempre più diffuso dello *smart working*.

Tutto ciò ha indirettamente aiutato il percorso dell'OECD che nel 2020 (gennaio) ha approvato, in collaborazione con il G20, l'*Inclusive Framework on BEPS*,³⁰ a seguito di una proposta presentata dal Segretario dell'OECD³¹ nel mese di ottobre 2019.³²

²⁸ <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM-2018-148-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

²⁹ Specificamente individuati dall'art. 3.

³⁰ OECD, 2020b.

³¹ OECD, *Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar One*, Public consultation document, 9 October - 12 November 2019, in <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>.

³² OECD, 2019c.

Tale documento focalizza la sua attenzione al *Pillar One* della *Policy Note* del 2019 e definisce uno *Unified Approach*.

L'idea che caratterizza tale decisione è quella di sviluppare un approccio che possa favorire una conciliazione e la giunta di un accordo tra i diversi Paesi sull'introduzione di nuove regole di tassazione che non riguardino nello specifico solo e soltanto le *web companies*, ma più in generale, tutte quelle aziende che operano in ambito internazionale anche mediante i canali tradizionali di vendita, fatta eccezione per i modelli "B2B".

Tali regole sembrano proprio basarsi su una concezione di mercato assai più ampia, molto più attuale, abbandonando quindi la necessità di ritrovare una presenza necessariamente fisica in un determinato Paese e andando ad agire, sulla base del nuovo *nexus*, sul volume delle vendite effettuate in un dato Paese. Ovviamente, non vi è una regola generale che definisce una soglia "standard" per assoggettare a tassazione una determinata impresa, bensì tali parametri verranno adattati alle caratteristiche dei diversi Paesi, in modo da garantire gettito fiscale anche a quelli di minori dimensioni.

Volendo nel concreto schematizzare i punti chiave di tale nuova proposta, si ha quanto segue:

È stata dichiarata l'intenzione di considerare specificamente le attività economiche caratterizzate da elevata digitalizzazione;³³

La definizione di una nuova regola di allocazione dei profitti conseguiti dalle imprese multinazionali. Tale nuova regola comporta la suddivisione dei profitti in tre quote differenti:

- "Importo A" da determinarsi sulla base del fatturato (consolidato di gruppo) realizzato da un'impresa in un dato Paese a prescindere dalla presenza fisica e localizzazione diretta in esso;
- "Importo B" e un "importo C" determinati applicando le tradizionali regole di allocazione degli utili (comprendenti questa

³³ Tale parametro è dato dall'Indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI). La relazioni DESI sono lo strumento con cui la Commissione europea monitora il progresso digitale degli Stati membri dal 2014.

volta la considerazione della presenza fisica). Tale allocazione ovviamente discenderà dalle risultanze di bilancio (da intendere quest'ultimo consolidato a livello mondiale).

Un ulteriore passo in avanti, da parte della collaborazione basata sul binomio OECD-G20, è stato poi compiuto il 14 ottobre 2020 con l'approvazione del c.d. *Blueprint*.³⁴ Tale elaborato contiene un Rapporto preparato dal gruppo di lavoro sul BEPS che tiene conto sia di quanto proposto nel *Pillar One* e nel *Pillar Two*, sia del *Unified Approach* sinora esposto, offrendo un insieme articolato di proposte operative.

Merita particolare attenzione la linea operativa perseguita verso il *Pillar One*, andando a prevedere delle proposte relative al “nesso” e all'allocazione dei profitti “contesi” fra i diversi Paesi.

È stato innanzitutto chiarito che la quota parte di utili conseguiti (sia da singole imprese che da gruppi multinazionali) e facenti capo all'“importo A” viene tassata in un determinato Paese, rispetto ad un altro, subordinatamente a due condizioni:

Devono essere svolte determinate attività digitali, la cui elencazione è raccolta nei due gruppi dei servizi digitali automatizzati (*Automated Digital Services*)³⁵ e delle attività economiche direttamente offerte ai consumatori (*Consum Facing Business*);

Superamento di due soglie di fatturato, una in termini globali e l'altra relativa ai ricavi di sola fonte estera.³⁶

È chiaro quindi che sono state previste delle soglie di tassazione andando a percorrere due fini ben precisi:

Riduzione al minimo dei costi di adempimento per i contribuenti;

³⁴ OECD, 2020c.

³⁵ Identificato da una definizione e da due elenchi, uno positivo (di tipo inclusivo) che comporta l'automatica applicazione delle regole relative all'“importo A”, ed uno negativo (quindi esclusivo) inerente all'applicazione di tali regole, così che la soggezione di una data attività a quelle regole è subordinata al passaggio di questo doppio test.

³⁶ Così come prefissato nel progetto di Direttiva dell'UE, la soglia è di 750 milioni di Euro (cfr. Commissione europea, 2018b).

Garantire l'agevole gestibilità delle nuove norme per le amministrazioni fiscali dei diversi Paesi.

Sempre in riferimento a tali norme, è stata prevista la possibilità di applicare in maniera graduale, partendo in un primo momento con delle soglie più elevate che vadano a colpire le imprese di maggiori dimensioni, per poi effettuare una vera e propria pratica di scrematura, ovvero, andando a colpire in un secondo momento le imprese di dimensioni minori.

Dal quadro operativo così descritto, restano però fuori alcune questioni a cui si sta ancora cercando di trovare una efficace ed efficiente risposta.

Innanzitutto ci si chiede quale possa essere l'effettiva metodologia di calcolo dell'"importo A", quindi come andarne a determinare e quantificare la base imponibile. Dopodiché ci si chiede se l'elenco contenente l'elencazione delle attività digitali rientranti nella sfera di giudizio debba essere ampliato o ridotto (sempre ai fini della determinazione dell'"importo A").

Sono probabilmente queste le ultime domande a cui il gruppo di lavoro OECD-G20 deve cercare di trovare un'adeguata e rapida risposta, sia perché il contesto economico che caratterizza i nostri tempi è in continua e repentina evoluzione, sia perché diversi sono i Paesi che stanno idealizzando delle *web tax* domestiche, andando così a porre un ostacolo difficile da superare se si vuole trovare un punto d'incontro a livello internazionale e rendere omogenee le regole appartenenti ad un'economia/mercato che non può più essere localizzato con esattezza dato che supera, senza una possibilità di effettivo tracciamento, tutti i perimetri nazionali.

8. Conclusioni

Numerose sono le difficoltà a cui devono far fronte le istituzioni internazionali, soprattutto se la soluzione da ricercare deve raccogliere il consenso condiviso di tutti i Paesi. È sicuramente complicato ricercare una soluzione che vada correttamente a colpire

le imprese digitali e, come si è visto, le imprese multinazionali in genere, senza creare delle situazioni distorsive o comunque minatorie di atteggiamenti anticoncorrenziali.

Tuttavia si condivide la strada che l'OECD e il G20, in collaborazione, stanno prendendo, ovvero l'identificazione di una base imponibile alternativa o sostitutiva che va ad abbandonare la nozione classica di reddito data da una semplice formula matematica, bensì l'individuazione del processo di creazione e la corretta allocazione di materia imponibile alle (eventuali) diverse giurisdizioni competenti. Così come si condivide la pericolosità, nel caso in cui non si giunga ad un'armonizzazione a livello internazionale, di soluzioni autonome domestiche che potrebbero rappresentare un ostacolo difficile da superare.

È pienamente condivisibile la volontà di affidarsi ad una collaborazione attiva da parte sia delle istituzioni internazionali quanto ad una platea ben ampia di studiosi e tecnici della materia, in modo da limitare le possibilità di errore applicativo e metodologico e contrastare, in modo efficace e immediato, le pratiche di *profit shifting* descritte nel presente articolo.

La tassazione delle macchine intelligenti

di **Antonio Miele**

*Dottore di ricerca in Diritto Comparato e processi di integrazione presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli",
Dottore commercialista, Revisore contabile e avvocato.*

Silvia Miele

Laureata in Economia Aziendale presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

ABSTRACT

"Intelligent machines" role in our society is becoming more meaningful and, as a consequence, legal scholars are increasing their interest towards their applications and limits. In this article, we are going to analyse the possibility to attribute a fiscal responsibility to "intelligent machines".

SINTESI

Il ruolo delle "macchine intelligenti" nella nostra società sta assumendo un peso sempre più preponderante e di conseguenza si sta intensificando l'interesse degli studiosi di diritto circa i campi di applicazione ed i limiti delle loro responsabilità. In questo articolo si analizza la possibilità di attribuire una responsabilità fiscale alle "macchine intelligenti".

SOMMARIO

1. Introduzione - **2.** La "macchina intelligente" come res - **3.** La "macchina intelligente" sapiens - **4.** Conclusioni

1. Introduzione

In questi ultimi anni, il tema della personalità elettronica sta suscitando l'interesse di molti studiosi.¹

Considerando gli strabilianti progressi tecnologici dell'ultimo decennio, non solo oggi i robot sono in grado di svolgere attività che tradizionalmente erano tipicamente ed esclusivamente umane, ma lo sviluppo di determinate caratteristiche autonome e cognitive, la capacità di apprendere dall'esperienza e di prendere decisioni quasi indipendenti, li ha resi sempre più simili ad agenti che interagiscono con l'ambiente circostante e sono in grado di alterarlo in modo significativo.

Alla luce di questa eccezionale evoluzione, ci si è chiesti quali siano gli obblighi e/o i doveri dell'intelligenza artificiale e soprattutto se questa ultima possa essere titolare di un patrimonio con il quale rispondere delle obbligazioni sia di natura civilistica che fiscale.

Infatti, attraverso l'autoapprendimento, l'evoluzione tecnologica ha fatto sì che l'intelligenza artificiale abbia acquisito "autonomia" rispetto al proprio costruttore.²

L'autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza di soggetti terzi: tale autonomia è ovviamente di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione della macchina intelligente con l'ambiente.³

¹ U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica* 2020, Giuffrè.

² Il primo ad ipotizzare una soggettività anche giuridica delle macchine intelligenti è stato un filosofo americano. Putnam che nel 1960 si chiedeva "è giusto che i robot abbiano i diritti civili?" H. PUTNAM, *I robot: macchine o vita creata artificialmente?* Adelphi, Milano.

³ Risoluzione del Parlamento europeo del 16/02/2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica: ...più i robot sono autonomi, meno possono essere considerati come meri strumenti nelle mani di altri attori (quali il fabbricante, l'operatore, il proprietario, l'utilizzatore, ecc.); che

Proprio grazie all'autonomia della macchina, si può ritenere che l'intelligenza artificiale sia meritevole di tutela e conseguentemente essere considerata un soggetto capace di assolvere le obbligazioni di natura civile e fiscali.⁴

La conclusione che "l'intelligenza artificiale" sia un soggetto meritevole di tutela, ha come conseguenza la realizzazione di una transizione da *res* a persona che si rileverebbe speculare alla storia della schiavitù umana.

"La lenta emersione della natura umana dello schiavo, che pur rimaneva bene di proprietà del *dominus*, lo rese progressivamente, se non persona, un soggetto destinatario di protezione".⁵

Attribuire all' "intelligenza artificiale evoluta" una personalità "elettronica" significa ricalcare lo stesso percorso giuridico che ha visto protagonisti i giuristi romanistici circa la responsabilità e la personalità degli antichi schiavi umani, che di fatto erano delle intelligenze "naturali"⁶ utilizzate come beni strumentali.

Il professore Ruffolo evidenzia che così come nell'antica Roma "lo schiavo umano, un tempo *res* sul quale il dominus aveva *ius vitae necisque, vide poi temperato il potere dispotico del dominus in*

ciò, a sua volta, pone il quesito se le regole ordinarie in materia di responsabilità siano sufficienti o se ciò renda necessari nuovi principi e regole volte a chiarire la responsabilità legale dei vari attori per azioni ed omissioni imputabili ai robot, qualora le cause non possano essere ricondotte a un soggetto umano specifico, e se le azioni o omissioni legate ai robot che hanno causato danni avrebbero potute essere evitate.

⁴ G. TADDEI ELMI, *Soggettività artificiali e diritto* Altalex: L'ordinamento giuridico ha inventato la persona giuridica per motivi pratici ossia per semplificare i rapporti. Non si attribuisce solo alle persone fisiche la titolarità di obblighi e diritti, ma anche ad altre entità quali enti collettivi costituiti da pluralità di persone (associazioni riconosciute e società), ai patrimoni quali fondazioni, enti pubblici ed infine ad entità intermedie quali le società di persone, associazioni non riconosciute, etc. Il carattere comune alle persone giuridiche e alle altre forme di soggettività non fisica consiste nel possedere una forma più o meno forte di autonomia patrimoniale rispetto ai patrimoni delle persone fisiche che ne fanno parte o le amministrano.

⁵ U. RUFFOLO, *Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning dalla machinery produttiva all'auto driverless verso una responsabilità da algoritmo?*.

⁶ In tema di intelligenza naturale, si pensi, accanto alla personalità piena attribuita a tutti gli umani, alla particolare considerazione e tutela accordata agli animali quali esseri "sensienti" (da *res* a soggetti) F. RESCIGNO *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, G. Giappichelli Editore, Torino.

considerazione della natura umana dello schiavo, oggi possiamo ragionevolmente prevedere evoluzioni simmetriche con riguardo al nuovo schiavo “artificiale” quando è intelligente oltre un certo grado”.

In questo articolo saranno tralasciate le problematiche di natura civilistica, per soffermarsi su quelle di natura fiscale.

2. La “macchina intelligente” come res

A parere dello scrivente, bisogna focalizzare l’attenzione sul ruolo della “macchina intelligente”.

Nel momento in cui la “macchina intelligente” continua ad assurgere al ruolo di *res*, la stessa dovrà sempre essere considerata e trattata fiscalmente come un bene strumentale del soggetto (persona fisica o giuridica) che la detiene.

Se così non fosse, se cioè si attribuisse una responsabilità patrimoniale alla macchina intelligente che ha una funzione di bene strumentale, avremmo di fatto una limitazione della responsabilità patrimoniale del soggetto utilizzatore del bene e conseguenzialmente un più limitato patrimonio di rischio.⁷

Dunque quando la “macchina intelligente” è da ausilio all’attività del suo utilizzatore, dovrà essere considerata una *res* e come tale, un bene strumentale.⁸

Nel momento in cui la “macchina intelligente” viene utilizzata come un bene strumentale,⁹ sarà iscritta in bilancio tra le

⁷ Il D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Codice del consumo, e la Direttiva 85/374//CEE, si ispirano al principio della responsabilità del produttore per aver messo in circolazione un prodotto non sufficientemente sicuro e, pertanto, difettoso, a prescindere dalla prova della sua colpa. G. ALPA *La responsabilità del produttore*, Milano, Giuffrè.

⁸ L’European Patent office ha rigettato due domande di registrazione di brevetto nelle quali una macchina appariva designata quale inventore in quanto l’ente robotico non potrebbe mai essere riconosciuto titolare di diritti d’autore, sul tema V. CAPPARELLI, *Le invenzioni dell’intelligenza artificiale questioni aperte di tutela autoriale e brevettabilità*, in Ruffolo (a cura di) *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*. 2020 Giuffrè. S. GUIZZARDI, *La protezione d’autore dell’opera dell’ingegno creata dall’intelligenza artificiale* in AIDA.

⁹ V. SOLENNE, *Possono le macchine intelligenti sostituire gli amministratori di una società?* www.pandslegal.it, “Le azioni delle macchine intelligenti rappresentano

immobilizzazioni materiali, in quanto considerata un cespite ammortizzabile e come tale soggetta sistematicamente alle quote di ammortamento: queste rappresenteranno dei componenti negativi di reddito nel bilancio dell'utilizzatore del bene, mentre il reddito generato dalla stessa sarà considerato un componente positivo nel bilancio del proprietario del bene.

L'iscrizione in bilancio tra le immobilizzazioni materiali dovrà avvenire nel rispetto dei principi di prudenza e competenza economica.

L'ammortamento dovrà riflettere l'utilità economica ceduta dall'immobilizzazione ai diversi esercizi nell'ambito dei quali la stessa è impiegata nella produzione economica dell'impresa.¹⁰

L'ammortamento dovrà essere sistematico, dovrà cioè essere determinato sulla base di un piano prestabilito, ma la sistematicità dell'ammortamento, sotto il profilo civilistico, non comporta la necessità di quote costanti in ogni esercizio, essendo ammissibili anche piani di ammortamento a quote crescenti e decrescenti.

In considerazione del fatto che le macchine intelligenti considerate *res*, possono subire un'involuzione tecnologica, è possibile che i piani di ammortamento mutino con il mutare dei piani aziendali di utilizzazione delle immobilizzazioni.

I criteri e i coefficienti assunti per l'elaborazione originaria del piano di ammortamento possono essere modificati a condizione che tale scelta sia motivata nella nota integrativa al bilancio.

Poiché l'evoluzione tecnologica è estremamente rapida, le valutazioni sulla futura utilità della *res*, suggerisce un'attenta verifica periodica delle residue possibilità di utilizzazione.¹¹

l'agire dell'azienda e il loro utilizzo non giustifica un'applicazione meno rigorosa delle leggi e dei regolamenti vigenti".

¹⁰ G. LOMBARDI STOCCHETTI, *Valutazioni e Analisi di Bilancio*, Pearson.

¹¹ Articolo 2426, comma II: "Il costo delle immobilizzazioni materiali e immateriali, la cui utilizzazione è limitata nel tempo deve essere sistematicamente ammortizzato in ogni esercizio in relazione con la loro residua possibilità di utilizzazione. Eventuali modifiche dei criteri di ammortamento e dei coefficienti applicati, devono essere motivate nella nota integrativa.

Circa il valore da assumere come base per l'ammortamento, si dovrà distinguere se la macchina intelligente è stata acquistata o è stata prodotta.

Nel primo caso il valore è espresso dal costo di acquisto al netto degli sconti commerciali (e degli sconti per cassa se rilevanti) inclusivo degli oneri accessori d'acquisto e di tutti i costi accessori sostenuti.

Nell'ipotesi in cui la macchina intelligente è stata prodotta, il costo sarà dato dalla somma di tutti gli oneri diretti di fabbricazione più una quota di costi generali industriali determinata secondo le indicazioni dell'OIC16.^{12 13}

Sotto il profilo meramente fiscale, le quote degli ammortamenti non possono eccedere i coefficienti stabiliti con decreto ministeriale.

I coefficienti sono fissati per categorie di beni omogenei in base al normale periodo di deperimento e di consumo e non sono previste aliquote minime.

Se la quota di ammortamento imputata in bilancio è superiore a quella fiscalmente ammessa, la parte di ammortamento civilistico in eccesso dovrà essere ripresa a tassazione con una variazione in aumento, l'eccedenza potrà essere dedotta, con variazioni in diminuzione, a partire dal primo esercizio successivo a quello in cui cessa l'ammortamento civilistico.¹⁴

Se la quota di ammortamento imputata in bilancio è inferiore a quella fiscalmente ammessa, la parte non imputata in bilancio non

¹² A. QUAGLI, *Bilancio di Esercizio e Principi Contabili*, G. Giappichelli Editore.

¹³ OIC 16 - paragrafo 31: Il costo iniziale di un cespite totalmente o parzialmente costruito in economia è il costo di produzione inclusivo dei costi diretti (materiale e mano d'opera diretta, costi di progettazione, forniture esterne, etc.) e dei costi generali di produzione, per la quota ragionevolmente imputabile al cespite per il periodo della sua fabbricazione fino al momento in cui il cespite è pronto per l'uso; con gli stessi criteri possono essere aggiunti gli oneri relativi al finanziamento della loro fabbricazione; paragrafo 32: I costi di natura straordinaria sostenuti durante la costruzione dei cespiti, (ad esempio: scioperi, incendi o eventi connessi a calamità naturali, come alluvioni, terremoti, ecc.) non sono capitalizzabili, e sono addebitati al conto economico dell'esercizio in cui si sostengono.

¹⁴ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto di Diritto Tributario (Parte speciale)*, Utet Torino.

potrà essere dedotta perché lo impedisce la regola della previa imputazione dettata dal IV comma dell'articolo 109 del Tuir.¹⁵

Pertanto, in conclusione potremmo affermare che il reddito imputabile alla "macchina intelligente", dovrà essere sempre dichiarato dall' utilizzatore del bene strumentale ed essere soggetto a tassazione da questo ultimo.

Ma la macchina dovrà sempre essere considerata una *res*?

3. La "macchina intelligente" sapiens

L'evoluzione tecnologica sta creando delle macchine *sapiens*, macchine cioè che sono in grado di assumere delle decisioni autonomamente, decisioni non programmate o programmabili, in quanto la loro assunzione è frutto di autonomo apprendimento che è in grado di generare capacità di comportamenti e scelte autonome; macchine che operano delle decisioni fra pluralità di alternative.

Pertanto, a fronte di "macchine intelligenti" in grado di svolgere esclusivamente mansioni esecutive, vi sono robots dotati di capacità cognitive ed in grado di interagire con l'uomo e l'ambiente in cui sono introdotti.¹⁶

A queste macchine sarà possibile attribuire una "personalità" e quindi considerarle un centro di interesse fiscale?

Sarà possibile attribuire personalità giuridica e una limitata autonomia patrimoniale, attraverso "forme di entificazione attribuite a personalità diverse dalla persona fisica"?

Possono esservi tutele attribuite dall'ordinamento a cose o beni considerati come entità alle quali accordare specifica protezione o dignità, sino al riconoscimento della personalità,¹⁷ ma tali entità, fino

¹⁵ ARTICOLO 109, IV COMMA, "Le spese e gli altri componenti negativi non sono ammessi in deduzione se non e nella misura in cui non risultano imputati al conto economico relativo all'esercizio di competenza.

¹⁶ A. DI MARTINO, *Robotica e diritto civile Prime riflessioni sulla risoluzione del Parlamento Europeo del 16/2/2017*.

¹⁷ U. RUFFOLO, *Il problema della "personalità elettronica"* , Journal of Ethics and Legal Technologies - Volume 2(1)- April 2020.

ad oggi, operano attraverso l'intervento di una persona fisica e pertanto la "macchina intelligente" opera avvalendosi dell'uomo.

Tuttavia, esistono già macchine intelligenti che operano da sole, senza l'intervento dell'uomo e gli studiosi discutono se, agendo in tal modo, le stesse operano in veste di *nuncius* o *procurator*.

Attribuendo la personalità elettronica ad una macchina, si attribuirebbe automaticamente un'autonomia decisionale e una responsabilità, anche di natura patrimoniale, realizzando un'equiparazione dell'intelligenza artificiale evoluta a quelle naturali.

Il Parlamento europeo¹⁸ ha evidenziato che " sono palesi le carenze dell'attuale quadro normativo in materia di responsabilità contrattuale, dal momento che le macchine progettate per scegliere le loro controparti, negoziare termini contrattuali, concludere contratti e decidere se e come attuarli, rendono inapplicabili le norme tradizionali; ciò pone la necessità di norme nuove, efficaci ed al passo con i tempi, che corrispondono alle innovazioni e agli sviluppi tecnologici che sono stati di recente introdotti e che sono attualmente utilizzati sul mercato."

Se dunque manca un dettato normativo che disciplini la responsabilità fiscale delle macchine intelligenti, dobbiamo chiederci quale potrebbe essere il contenuto di queste norme in fieri.

È necessario, in primo luogo eliminare ogni convinzione antropocentrica legata alla personalità ed avere una visione più ampia e duttile.¹⁹

Se il nostro ordinamento ha riconosciuto la personalità alle persone

¹⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 16/02/2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica: "considerando che più i robot sono autonomi, meno possono essere considerati come meri strumenti nelle mani altri attori (quali il fabbricante, il proprietario, l'utilizzatore, etc. etc.); che ciò, a sua volta, rende insufficienti le regole ordinarie in tema di responsabilità e rende necessarie nuove regole incentrate sul come una macchina possa essere considerata-parzialmente o interamente- responsabile per le proprie azioni o omissioni; che, di conseguenza, diventa sempre più urgente affrontare la questione fondamentale di se i robot devono avere uno stato giuridico".

¹⁹ G. TEUBNER, *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Mimesis, Milano.

giuridiche, perché mai non si dovrebbe riconoscere la personalità e di conseguenza, la responsabilità fiscale ad una “macchina intelligente”?

Già oggi alcune entità robotiche sono in grado di realizzare invenzioni o creazioni artistiche, ma soprattutto si parla di “agenti software”, “deantropomorfizzando” il concetto di entità agente dotata di autonomia.²⁰

Ebbene, nel momento in cui una “macchina intelligente” è in grado di assumere delle decisioni che non sono frutto di programmazioni, ma autonome perché scaturiscono da un autonomo apprendimento, nel momento in cui un robot pone in essere delle scelte fra una pluralità di alternative, scelte che possono avere un contenuto di carattere economico o patrimoniale, allora a questa macchina si potrebbe attribuire personalità ed autonomia patrimoniale e come tale essere autonomo soggetto di imposte.

Il patrimonio delle macchine intelligenti sarebbe alimentato dai contributi dei produttori, da liberalità e soprattutto dai corrispettivi dei servizi prestati: il fondo patrimoniale, funzionale all’attivazione di una responsabilità civile per i danni prodotti a terzi, potrebbe essere il primo passo per “tassare i robot”, dato che gli stessi disporrebbero di risorse con cui assolvere autonomamente gli obblighi tributari.²¹

4. Conclusioni

Allo stato la materia oggetto della nostra indagine è ancora in fieri.

Con il travolgente mutamento delle forme di produzione e le continue mutazioni del mercato non è facile assumere una posizione netta, anche perché la tecnologia si evolve in maniera così rapida che una teoria risulta già vecchia nel momento in cui viene espressa.

²⁰ E. ESPOSITO, *Artificial communication? The production of contingency by algorithms*, 2017 in Zeitschrift für Soziologie; P. FEMIA (a cura di) *Soggetti giuridici digitali? Sullo stato privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli ESI.

²¹ D. STEVANATO, *Tassare i robot per tutelare i lavoratori. Dubbi sulla fantascienza fiscale*, in *Il Foglio* del 18/07/2016.

Ci si è chiesto se, quando si propone di attribuire ai robot una personalità legale, considerandoli delle “persone elettroniche”, soggetti di diritto e possibili titolari di un patrimonio autonomo, si parli di “fantascienza fiscale”.

Io credo di no, anzi credo che siamo nel presente e che è necessario iniziare a riflettere e a legiferare in tal senso; l'autonomia dei robot solleva la questione della loro natura alla luce delle categorie giuridiche esistenti e quindi sorge la necessità di creare una nuova categoria con caratteristiche specifiche ed implicazioni proprie.

Il diritto può attribuire soggettività a qualsiasi entità ritenga utile e opportuno a prescindere dai caratteri della soggettività ontologica.

Non vi è sovrapposizione tra soggettività ontologica e soggettività giuridica, questa risponde a dei criteri pratico funzionali tanto è vero che il diritto attribuisce la soggettività ad entità che sicuramente non sono soggetti ontologici quali le società.²²

L'eurodeputata lussemburghese Mady Delvaux ha presentato al Parlamento europeo una mozione il cui fine è quello che androidi e robot dovrebbero, in un prossimo futuro, pagare i tributi.²³

Tale mozione, avente ad oggetto la possibilità e l'eventuale qualificazione di una personalità giuridica per le intelligenze artificiali, muove dalla definizione di autonomia quale capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o da un'influenza esterna.

Quindi quando siamo al cospetto di una “macchina intelligente”, bisogna riflettere e valutare il ruolo che ha la macchina e soprattutto i riflessi economici che la macchina stessa produce.

²² G. TADDEI ELMI, *I diritti dell'intelligenza artificiale tra soggettività e valore: fantadiritto o ius condendum?*, in *Il Meritevole di Tutela*, Giuffrè Editore, Milano.

²³ Nell'ambito di un testo centrato soprattutto sulla delicata questione della responsabilità civile per danni provocati da macchine pensanti in grado di agire in modo autonomo ed imprevedibile, fuori da ogni possibilità di controllo di produttori, proprietari o utilizzatori delle stesse, la mozione prefigura uno scenario in cui la sostituzione di robot intelligenti a lavoratori in carne ed ossa produrrà una disoccupazione permanente e di massa, ponendosi il problema della sostenibilità degli odierni sistemi di sicurezza sociale, da risolvere attraverso una modifica degli attuali criteri di tassazione.

Ritengo che se gli effetti economici delle azioni della macchina intelligente dovessero ricadere sulla macchina stessa e quindi fossero compiute nell'interesse della stessa, allora si potrebbe parlare di autonomia patrimoniale e quindi di autonomo soggetto sotto il profilo fiscale.

Se invece la macchina rappresenta la volontà del dominus il quale non si fa rappresentare, ma si riferisce per relationem alla scelta robotica, idealmente la sottoscrive,²⁴ allora la macchina non potrà mai essere considerata un soggetto autonomo a cui imputare dei redditi, ma sarà considerata una res e come tale un cespite ammortizzabile.

²⁴ U. RUFFOLO, *Il problema della "personalità elettronica"* Journal of Ethics and Legal Technologies, Volume 2(1), April 2020;

Il caso Uber: La Sharing Economy tra Common Law e Civil Law e la Corte di giustizia europea (The Uber case: The Sharing Economy between Common Law and Civil Law and the European Court of Justice)

di Emanuela Di Rauso

Dottoranda di ricerca in Imprenditorialità e Innovazione Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" Dipartimento di Economia

ABSTRACT

The Uber case makes us understand the relationship between law, market, and technology, representing a concept of the obsolescence of legal rules with respect to the evolution of markets and technology. The market is capable of highlighting shortcomings and inadequacies of regulation. And it is the law that has the task of filling these gaps and resolving these weaknesses. Technology, like the market, is also closely related to law. A relationship made clear by the Sharing Economy, also known as the sharing or collaborative economy.

It is very important to analyze the problems of the Sharing Economy regarding Uber. This is for at least three orders of reasons:

- 1) Because the Uber group represents the most relevant economic operator ascribable to the Sharing Economy;
- 2) Because of the peculiarity of the competitive terrain in which the company itself operates, representing non-scheduled urban mobility as a regulated market everywhere;
- 3) Because its entry into the market has raised, almost everywhere, legal issues relating to the nature of the services provided and compliance with the rules already applicable to traditional carriers.

The Sharing Economy "à la Uber" encompasses apps, communities, algorithms, and feedback mechanisms. The collaborative or Sharing Economy has a strong technological connotation, since, as already noted, it is an

economic system in which goods and services are shared between private individuals "typically via the internet". Temporary access to goods and services takes place via the internet. The intermediation between demand and offer of goods and services operates through internet. The encounter (physical or virtual that is) between the private ones and, therefore, the sharing of goods and services happens, also they, in how much exists Internet. And the economic operators of the share naturally share this connotation. Uber provides an app to users; it creates a community; it identifies the preferences of its members and conforms its actions to them, determining prices; it has reputational mechanisms that allow its members to evaluate each other and assess the credibility of each member within the community.

This highly innovative model is very different from the way in which non-scheduled urban mobility services are traditionally provided. And this diversity, certainly combined with the economic interests of each category, makes the traditional professional categories increasingly distant from the new economic grouping, worlds that appear, to date, to be irreconcilable and totally incapable of communicating. U.S. law deserves particular attention in relation to the Uber case.

SINTESI

Il caso Uber ci fa capire il rapporto sussistente fra diritto, mercato e tecnologia, rappresentando un concetto dell'obsolescenza delle regole giuridiche rispetto all'evoluzione dei mercati e della tecnologia. Il mercato è in grado di evidenziare carenze e inadeguatezze della regolazione. Ed è il diritto che ha il compito di colmare tali lacune e risolvere dette debolezze. Anche la tecnologia, come il mercato, è strettamente correlata al diritto. Un rapporto messo in chiaro dalla Sharing Economy detta anche economia della condivisione o collaborativa.

È molto importante analizzare i problemi della Sharing Economy riguardanti l'Uber. Ciò per almeno tre ordini di ragioni:

1) Perché il gruppo Uber rappresenta il più rilevante operatore economico riconducibile alla Sharing Economy;

2) Per la peculiarità del terreno di competizione in cui la stessa impresa opera, rappresentando la mobilità urbana non di linea un mercato dovunque regolato;

3) In quanto il suo ingresso nel mercato ha sollevato, pressoché ovunque, problematiche giuridiche attinenti alla natura dei servizi resi e al rispetto delle regole già applicabili ai vettori tradizionali

La Sharing Economy “à la Uber” racchiude: apps, communities, algoritmi e meccanismi di feedback. L’economia collaborativa o della condivisione, presenta una forte connotazione tecnologica, trattandosi, come già rilevato, di un sistema economico nel quale beni e servizi sono condivisi fra privati «tipicamente attraverso internet». L’accesso temporaneo a beni e servizi avviene attraverso internet. L’intermediazione fra domanda e offerta di beni e servizi opera mediante internet. L’incontro (fisico o virtuale che sia) fra i privati e, dunque, la condivisione di beni e servizi avvengono, anch’essi, in quanto esiste internet. E gli operatori economici della share condividono naturalmente questa connotazione. Uber, fornisce una app agli utenti; crea una community; individua le preferenze degli iscritti e conforma le proprie azioni in base ad esse, determinando i prezzi; presenta meccanismi reputazionali che consentono ai suoi iscritti di valutarsi reciprocamente e stimare la credibilità di ciascun membro all’interno della comunità.

Questo modello, fortemente innovativo, è molto diverso rispetto alle modalità con cui i servizi di mobilità urbana non di linea vengono tradizionalmente erogati. E questa diversità, unita certamente agli interessi economici propri di ciascuna categoria, rende sempre più distanti le categorie professionali tradizionali dal nuovo gruppo economico, mondi, questi, che appaiono ad oggi inconciliabili e del tutto incapaci di comunicare. Il diritto statunitense merita, in relazione al caso Uber, un riguardo particolare.

SOMMARIO

1. Premessa
1.1. Metodologia, Criterio di Ricerca, Fonti e domanda di ricerca
1.2. Il giudice in veste di "Regolatore": Caso Uber, tra Common Law e Civil Law
1.3. Risultati di ricerca e conclusioni

1. Premessa

Nella società della rivoluzione digitale, essere connessi a Internet appare come un'esigenza fondamentale: dall'acquisizione di informazioni e conoscenze, all'accesso a beni e servizi, fino all'esercizio di alcuni diritti di cittadinanza, la rete rappresenta uno strumento ormai indispensabile. Essere esclusi dal suo utilizzo può determinare situazioni di marginalità simili a quelle legate, in passato, all'impossibilità di fruire di determinate prestazioni. Si pensi ad esempio al servizio postale, o ai trasporti: là dove fino a epoche recenti si riteneva indispensabile consentire a ciascuno il diritto di spostarsi e necessario fornire i mezzi per soddisfare questo bisogno, oggi quest'esigenza può essere considerata sostituibile con quella dell'accesso a una connessione internet, che evita la necessità di muoversi fisicamente, consentendo tuttavia lo svolgimento della medesima attività. La necessità di garantire una connessione a Internet veloce, affidabile, sicura è ancor più sentita nel contesto di rapida evoluzione che alcuni servizi hanno conosciuto negli ultimi anni, nella transizione verso la c.d. *Sharing Economy* o economia della condivisione.¹ Essa, infatti, si basa su piattaforme digitali che consentono di mettere in relazione tra loro utenti e fornitori di servizi. Innovando le modalità di fruizione di alcune prestazioni si pensi, per esempio, alla ricerca di un alloggio tramite Airbnb rispetto al tradizionale settore alberghiero, il digitale richiede, quindi, un'evoluzione del quadro regolatorio che caratterizza alcuni comparti, oltre a mettere in discussione alcune categorie giuridiche apparentemente consolidate. Nel seguente lavoro si cerca di chiarire il quadro regolatorio degli scambi

¹ P.L. PETRILLO - C. HONORATI, *Diritti e libertà alla prova dell'economia della condivisione. Prime note di confronto tra Europa e America Latina*, Federalismi, 2018;

nell'ambito della *Sharing Economy* riportando anche la Sentenza della Corte di Giustizia Europea. Nella seguente sentenza si ridefiniscono i termini regolatori del seguente tema. La Giurisprudenza inoltre cerca di costruire un quadro normativo idoneo volto a regolarizzare questi scambi. L'ordinamento statunitense merita infatti particolare attenzione, quale primo ordinamento che ha cercato attraverso il caso Uber di trovare una regolazione "Ad Hoc" per regolare questi scambi. Nel corso del lavoro viene analizzata in maniera dettagliata la Legge del 15 gennaio 1992, n. 21. Questa Legge è direttamente legata al caso Uber, perché nel caso del servizio taxi stabilisce che l'attività non è liberalizzata ma può essere svolta solo in presenza di apposito titolo "Licenza". Per avere la licenza l'azienda deve comunque rispettare alcuni requisiti imposti dalla legge. Le tariffe dei servizi inoltre devono essere determinate dai comuni. Inoltre, questi servizi devono sottoposti al controllo da parte dell'autorità di regolazione dei trasporti. Nel corso dei paragrafi viene anche analizzato il parere della Corte di Giustizia Europea nell'ambito dell'Economia della Condivisione con particolare riferimento al caso Uber sotto gli occhi della cronaca anche a causa delle innumerevoli vicende giudiziarie a cui è stato sottoposto nelle vesti di convenuto per il servizio offerto.

1.1. Metodologia, Criterio di Ricerca, Fonti e domanda di ricerca

La metodologia utilizzata per il seguente lavoro è la revisione sistemica della letteratura, prendendo in considerazione le fonti dall'anno 2015 e le varie sentenze sul tema. Le banche date utilizzate sono: Juris, Researchgate, Scopus, Google Scholar. Inoltre, sono state prese in considerazione molti testi presenti presso la biblioteca dell'Università Degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

Le parole chiave di ricerca sono state:

- Regolamentazione della *Sharing Economy*;
- Caso Uber - sentenze;
- Sharing Economy - Caso Uber;
- Legge 15 gennaio 1992.

La revisione sistemica della letteratura è stata svolta in questo modo:

- Raccolta degli articoli attraverso le banche dati;
- Attenta analisi degli articoli;
- Mettere in evidenza tutte le componenti che forniscono una panoramica chiara per poter rispondere in modo esaustivo alle domande di ricerca poste nel corso del seguente lavoro.

Le domande di ricerca poste sono le seguenti:

- 1) Qual'è la natura della regolazione della *Sharing Economy* (Rigida o flessibile)?
- 2) Come sono ridefiniti i termini della *Sharing Economy* nell'attuale ordinamento giuridico?
- 3) Come si possono colmare le lacune sussistenti tra diritto, mercato e tecnologia nella giurisprudenza?

Il lavoro attraverso una revisione anche delle sentenze in merito tra cui quella dei giudici di Lussemburgo sul caso Uber, cerca di rispondere alle seguenti domande di ricerca.

1.2. Il giudice in veste di "Regolatore": Caso Uber, tra Common Law e Civil Law

La prima ragione che conduce a polarizzare l'attenzione verso il sistema giuridico degli Stati Uniti attiene alle origini stesse di tale operatore del mercato. Questo gruppo economico viene fondato, infatti, nel 2009, in California, iniziando, dal 2010, ad operare nella città di San Francisco, negli anni immediatamente successivi, a New York City, Chicago, Washington, e, da lì, infine, diffondendosi, con ampio successo, in quasi tutte le città statunitensi. Questa spiegazione si trova nella valorizzazione dell'imprenditorialità tipica della cultura statunitense, oltre che nella crisi economico-finanziaria insorta dal 2008 negli Stati Uniti qui, ancora prima che in Europa, elementi che hanno costituito il substrato socioeconomico ideale per l'ascesa, peraltro, così celere di Uber.² È nel contesto americano, dunque, che si è affermata in un primo tempo tale società, che, con la propria attività di intermediazione, ha consentito l'esprimersi di un'offerta di mobilità a prezzi più contenuti rispetto a quelli

² A. BOITANI - S. COLOMBO, *Taxi, Ncc, Uber: scontro finale o alba di coesistenza?* Mercato Concorrenza Regole, n. 1, 2017, pp. 61-78.

richiesti dai professionisti del settore; ed è proprio nelle città in cui si è affermata, inevitabilmente, che si sono sviluppate anche le prime resistenze dei tassisti e, con esse, sono emerse talune questioni giuridiche. L'avvento di Uber, come già rilevato, ha generato forti resistenze degli operatori tradizionali e, talvolta, anche interventi da parte delle Corti. E così non poteva non essere, posto che tale gruppo economico, pur svolgendo apparentemente un'attività di intermediazione, finisce per soddisfare, con la propria offerta, lo stesso bisogno di mobilità. In particolare, l'accusa principale mossa al nuovo entrante è quella di configurare un'ipotesi di una sleale competizione in virtù:

i) della natura dell'attività svolta, che non sarebbe dissimile da quella dei vettori tradizionali,

ii) dell'indebito vantaggio competitivo ottenuto a seguito della mancata omologazione rispetto al servizio di trasporto con vetture su piazza e, dunque, della violazione delle regole relative al servizio taxi. In riferimento si segnalano le considerazioni compiute dalla U.S. District Court of Massachusetts, in cui il Judge Nathaniel M. Gorton si è espresso prima che la lite venisse transata nel senso di configurare la competizione sleale. Ciò, in forza della Legge Antitrust dello Stato del Massachusetts, che, recependo l'originaria impostazione del Federal Trade Commission Act del 1914, ritiene integrante la fattispecie in esame ogni qualvolta vi sia come appunto nel caso Uber un danno sostanziale ai competitori. Questa legge non troverebbe più corrispondenza con le modifiche apportate all'Atto federale del 1914 suindicato ad opera del FTC Amendment Act del 1994, modifiche che, ispirate agli insegnamenti della Scuola di Chicago, hanno delimitato l'ipotesi in esame al solo caso di lesione ai danni dei consumers, con irrilevanza di ciò che attiene alla sfera dei competitors. Altra accusa rivolta al nuovo entrante è quella di non rientrare nella *sharing economy* e di non connotarsi dello spirito di condivisione che caratterizza invece le piattaforme riconducibili a tale etichetta. In riferimento a detta accusa, la municipalità di Anchorage, ad esempio, ha contestato la legittimità del servizio di fronte alla Corte Superiore municipale, chiedendo ad essa di imporre lo svolgimento dell'attività in condizioni di sostanziale gratuità, dunque senza margini di profitto per la società. Richiesta, questa, che è stata accolta dal Judge Micheal Corey della Anchorage Superior Court e che non

poteva non comportare, inevitabilmente, anche la scelta di Uber di inibire il servizio sul relativo territorio. In ogni caso, al di là delle pronunce suindicate, l'eterogeneità ha fatto ancora una volta da sovrana, caratterizzando non solo, come già osservato, la delineazione di cornici di regole vevoli per il servizio taxi, ma anche le stesse reazioni degli Stati e delle municipalità di fronte all'ascesa di Uber. Queste reazioni sono state:

i) Favorevoli e tese a non ostacolare l'ingresso del nuovo operatore (come è avvenuto nella municipalità di Pittsburgh);

ii) Ostili all'ascesa del nuovo entrante e inclini ad estendere anche ad esso la disciplina già applicabile ai vettori tradizionali come è accaduto nello Stato della South Carolina, oltre che in diverse municipalità, quali Anchorage o New York City;

iii) Volte a creare una terza via intermedia, sì da regolare la nuova piattaforma e allo stesso tempo non gravare su di essa con vincoli che ne avrebbero impedito l'effettiva operabilità.

All'avvento di Uber nelle più importanti città d'Europa sono seguite, infatti, pressoché in ogni contesto, dapprima le rivendicazioni degli operatori tradizionali del settore, poi i provvedimenti delle diverse amministrazioni interessate, infine le decisioni assunte dalle Corti nazionali, quasi mai disponibili ad accogliere le istanze degli esponenti della new economy. All'avvento di Uber nelle più importanti città d'Europa sono seguite, infatti, pressoché in ogni contesto, dapprima le rivendicazioni degli operatori tradizionali del settore, poi i provvedimenti delle diverse amministrazioni interessate, infine le decisioni assunte dalle Corti nazionali, quasi mai disponibili ad accogliere le istanze degli esponenti della new economy. Atteggiamento di chiusura, questo, peraltro, che non ha riguardato soltanto il servizio Uberpop³ (rappresenta un servizio di intermediazione fra autisti non professionisti ed utenti), estendendosi, non di rado, anche al servizio Uberblack (costituisce un servizio di intermediazione fra autisti professionisti ed utenti). «Uber esercita un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione di siffatti conducenti»: stabilendo i prezzi,

³ Si faccia riferimento a V.C. ROMANO, *Nuove tecnologie per il mitridatismo regolamentare: Il caso Uber Pop, Mercato, Concorrenza e regole*, 2015, pp. 135-153.

intermediando il pagamento, controllando la condotta dei conducenti⁴ e potendo decidere anche di disattivare i loro profili. Queste caratteristiche del servizio reso da Uber in base al ragionamento della Corte rafforzano quel rapporto di strumentalità fra intermediazione e trasporto, mostrando, ancora più chiaramente, la loro inscindibilità funzionale. Infine, la Corte suffraga le proprie considerazioni anche avvalendosi di giurisprudenza pregressa, in base alla quale la nozione europea di “servizio nel settore dei trasporti” che si rinviene nella direttiva servizi deve essere intesa a maglie larghe, ricomprendendo «non soltanto i servizi di trasporto considerati come tali, ma altresì ogni servizio intrinsecamente connesso a un atto fisico di trasferimento di persone o di beni da un luogo ad un altro tramite un mezzo di trasporto». il caso Uber incarna a pieno titolo un’aspirazione mancata del diritto: quella di essere moderno, “al passo” con il mercato e con la tecnologia. Il mercato tende ad invecchiare le regole. Basti pensare alle crisi economiche, che modificano le abitudini delle persone conducono a sviluppare nuove modalità di offerta di beni e servizi, comportano la nascita di fenomeni nuovi, che non sempre si è in grado di inquadrare nelle tradizionali categorie giuridiche. Già per questo il diritto rischia di essere obsoleto. Nella società dell’informazione, il mercato genera rapidamente nuovi colossi che basano la loro potenza economica proprio sull’innovazione tecnologica. E l’avanzamento tecnologico può, a sua volta, anche irrompere sui mercati, consentire di esprimere in modo del tutto nuovo la domanda e l’offerta di beni e servizi, rendere, perciò, ancora più a rischio-
vetustà gli ordinamenti giuridici. Di fronte a questa evenienza, il diritto è costretto, per preservare la propria utilità, ad intervenire. E il giurista è colui che ha il compito di suggerire soluzioni per rendere l’apparato giuridico maggiormente idoneo ad affrontare la sfida, invero già persa in partenza, dell’obsolescenza, per ammorbidire e rendere meno severa tale sconfitta. Uber⁵ in Europa non riesce ad esprimersi come vorrebbe. E, in luogo della valorizzazione dell’innovazione, trovano affermazione istanze, interessi e considerazioni diverse, che pongono l’accento, oltre che sulla già rilevata

⁴ Si faccia riferimento a L. MUNERATI, *Conducenti Uber: imprenditori o parasubordinati?* LPO, 2017, pp. 3-5.

⁵ G. RESTA, *Uber di fronte alle corti europee*, *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica* (II), fasc. 2, 2017, pp. 330 e ss.

concorrenza sleale, anche sulla mancata logica della condivisione, sulla finalità lucrativa del nuovo entrante, sul ruolo di primo ordine assunto dall'operatore economico nell'organizzare i servizi, sul rischio di comportamenti opportunistici legati ai meccanismi di prezzo definiti da Uber, sulle istanze connesse alla sicurezza dell'utenza e della generalità dei consociati. In questo contesto si hanno delle perplessità: in particolare, in merito alla tendenza dei decisori pubblici di lasciare che sia la giurisprudenza ad assumere le scelte relative alla struttura concorrenziale di un mercato. Costringere il giudice ad indossare la veste di "regolatore" per decidere del destino degli operatori economici significa, infatti, dimenticare il ruolo del giudicante e della sua funzione giurisdizionale, oltre che soprassedere al principio della separazione dei poteri. In quest'ottica, dunque, sembrerebbe profilarsi una pericolosa convergenza fra i sistemi di *civil law*⁶ e quelli di *common law*, con un giudice che, da interprete e risolutore di conflitti, diviene regolatore e fonte del diritto. E la via migliore per uscirne, se si intende non accettare tale impostazione, è quella di evidenziare le opportunità correlate alla rivoluzione Uber, che sono connesse allo sviluppo del mercato, all'efficienza, alla ripresa economica e, anche meno grandiosamente, ad offrire all'utenza un servizio di qualità a basso prezzo. Ciò allo scopo, poi, di creare un substrato normativo più flessibile e sensibile alle prospettive di crescita. Questa direzione è quella delle TNC;⁷ o, ancora, è quella italiana della "regolazione leggera", soluzione regolatoria molto cara agli "arbitri dei mercati" e al Supremo Consesso di giustizia amministrativa, che non ha ancora trovato attuazione, ma che si auspica per le ragioni anzidette possa ottenerla. Tanto più che la stessa regolazione minimale appare in rapporto di sicura non contraddizione con quanto recentemente asserito dalla Corte di giustizia sulla natura di Uber. La riconduzione del canale dei trasporti di questo operatore, infatti, impedisce di ricollegare totalmente la piattaforma a un evanescente mercato dell'intermediazione, ma di certo non vincola gli Stati ad omologare lo stesso, per quanto attiene alla disciplina giuridica, ai vettori tradizionali. Se così è, dunque, non resta che attendere che i Parlamenti si facciano carico del

⁶ Si veda R. LA PORTA ET AL., *Law and Finance*, 001 J.Pol. Ec., 106, 1998, pp. 1113 e ss.

⁷ G. PACELLA, *Drivers di Uber: confermato che si tratta di workers e non di self-employed*, LLI, Vol. 3, No. 2, 2017, pp. 53-60.

proprio ruolo, consci del fatto che il ritardo alimenta una querelle giurisprudenziale senza fine ed espande la funzione delle Corti oltre la propria missione istituzionale, rendendole loro malgrado sovrane dei destini degli operatori economici e delle dinamiche concorrenziali dei mercati.

1.2.1. Il caso Uber e la Corte di giustizia europea: Una sentenza che ridefinisce i termini della Sharing Economy

Il 20 dicembre 2017 la Corte di giustizia dell'Unione europea ha deliberato un'attesa sentenza che, in un modo o nell'altro, potrebbe rappresentare un autorevole precedente giurisprudenziale in relazione ad un emergente ed ormai sempre più affermatosi modello economico: quello relativo alla *sharing economy*.⁸ La vicenda sottoposta al vaglio finale della Corte di Lussemburgo ha riguardato il c.d. caso Uber,⁹ fenomeno che negli ultimi anni, prendendo il nome dall'omonima azienda californiana, sovente è ribalzato alla cronaca più per le innumerevoli vicende giudiziarie a cui è stato sottoposto nelle vesti di convenuto, che per l'effettivo e peculiare servizio offerto. Ed infatti, l'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione europea è stato sollecitato dal Juzgado Mercantil n. 3 di Barcellona mediante apposita domanda di pronuncia pregiudiziale di cui all' art. 267 del Trattato FUE. l'autorità giurisdizionale catalana, investita della questione su ricorso della Asociación Profesional Élite Taxi, ha preferito adire la CGUE sull'assunto che "l'azione del convenuto non deve valutarsi nel contesto della città di Barcellona o nel contesto del territorio spagnolo, bensì nell'ambito dell'Unione europea". Nello specifico, le questioni rimesse alla cognizione della CGUE dal Giudice di rinvio si sono focalizzate sulla natura giuridica da riconoscere in relazione alla fornitura della multinazionale di Uber di un servizio retribuito concernente, tramite l'utilizzo di piattaforme elettroniche, "la messa in contatto di conducenti non professionisti, privi di alcuna licenza od autorizzazione amministrativa, che utilizzano il proprio veicolo con persone che intendono effettuare spostamenti urbani". I termini della questione che hanno rispecchiato pertanto le posizioni contrapposte delle due parti in causa: da un lato, l'associazione professionale dei tassisti catalani

⁸ G. SMORTO, *I contratti della sharing economy*, Il foro italiano, V, 2015, p. 3.

⁹ L. MUNERATI, *Conducenti Uber: imprenditori o parasubordinati?* LPO, 2017, pp. 3-5.

secondo la quale il servizio offerto sotto il nome di Uber¹⁰ sarebbe principalmente configurabile quale attività di trasporto; dall'altra parte, la compagnia statunitense sostenitrice che la propria attività resa si estrinsechi esclusivamente nel facilitare l'intermediazione, attraverso un'applicazione per smartphone, fra utenti e conducenti non professionisti. In Italia una delle prime sentenze relativa al caso Uber è stata quella deliberata da un giudice di pace di Genova che, dovendosi pronunciare contro un provvedimento di sanzione comminata dalla polizia municipale di esercizio abusivo dell'attività di taxi ex art. 86 Cod. della strada, ha accolto il ricorso dell'autista affiliato alla compagnia californiana. Nondimeno, sebbene tale pronuncia possa ascriversi tra quelle favorevoli per la menzionata società, è opportuno sottolineare che le conclusioni a cui il giudice onorario è pervenuto non hanno interessato la natura intrinseca del servizio in sé offerto, quanto piuttosto si sono attestate sulla distinzione tipologica del servizio offerto: ovvero, l'esercizio dell'attività svolta dall'autista non era configurabile come servizio di taxi, quanto semmai come noleggio di auto con conducente e sottoponibile pertanto alla fattispecie ex art. 85 Cod. della strada. Alcuni mesi dopo la sentenza, alla sezione specializzata in materia d'impresa del Tribunale di Milano viene presentato un presentato ricorso in sede cautelare per l'inibitoria del servizio UberPop, specificamente a titolo di concorrenza sleale per violazione di norme pubblicitiche ex art. 2598, n. 3, C.C., da cui scaturisce apposita ordinanza di condanna. Altresì, in seguito all'impugnazione di Uber, il menzionato provvedimento è stato confermato con ulteriore e successiva ordinanza pronunciata in sede di reclamo. Entrando nel merito, il quadro ricostruttivo complessivamente sviluppato nella decisione milanese ha fatto perno sull'antigiuridicità dell'attività svolta dagli autisti al servizio di Uber, in quanto fondata "sull'omesso rispetto di precetti normativi specifici che regolano l'attività imprenditoriale, con l'effetto di consentire agli operatori economici irregolari un indebito vantaggio concorrenziale a danno di chi opera regolarmente". In particolare, qualificando UberPop¹¹ come un

¹⁰ Si veda C. WENDEHORST, *Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive*, *Journal of European Consumer Market Law*, 2016, pp. 30 e ss..

¹¹ Si faccia riferimento a E. DAGNINO, *Uber law: prospettive giuslavoristiche sulla sharing/on-demand economy*, *Adapt labour studies*, 2015, pp. 1-18.

sistema integrato di trasporto assimilabile al tradizionale servizio di taxi, hanno riconosciuto in capo all'omonima società la l'abusività delle attività attuate, stante l'assenza della necessaria licenza, e di conseguenza l'indebito vantaggio ivi conseguito nel settore regolamentato da apposite norme pubblicistiche. Nello specifico, il Tribunale milanese ha rilevato il ruolo sostanziale di Uber nella gestione complessiva del servizio di trasporto emerso dalla valutazione di taluni elementi rilevati: ovvero, dalla mancanza di un reale carattere condiviso del servizio offerto da UberPop; dalla predeterminazione del prezzo attraverso appositi algoritmi; dall'equivalenza funzionale della piattaforma tecnologica¹² rispetto alle classiche centrali radiotaxi; dal riconoscimento invero della community quale luogo virtuale aperto alla generalità del pubblico, salvo un primo mero ottemperamento relativo all'iscrizione personale del soggetto interessato; nonché dal conseguente discostamento dal modello *peer-to-peer*,¹³ stante il potere decisionale complessivo riconosciuto in capo ad Uber. La pronuncia dei giudici di Lussemburgo, avvalorando sostanzialmente il ragionamento giuridico delineato dall'Avvocato generale nel suo parere, si è conclusa affermando che i servizi offerti da Uber debbano essere qualificati come servizi di trasporto. Una conclusione che, se da una parte ha risolto la questione vertente sulla natura legale dei menzionati servizi, dall'altro lato ha sollevato ulteriori interrogazioni trasversali, in quanto relazionati con diversi ambiti giuridici: dal diritto concorrenziale, al diritto amministrativo e del lavoro,¹⁴ fino a pervenire al diritto contrattuale. Prima di entrare specificamente nel merito delle possibili conseguenze scaturenti dalla sentenza in esame, è doveroso scandire il ragionamento logico-giuridico sviluppato dalla CGUE per addivenire alle conclusioni ivi contenute. In primo luogo, il Collegio giudicante europeo ha predisposto il contesto normativo all'interno del quale inglobare le questioni racchiuse nella domanda di pronuncia pregiudiziale. Nello specifico, al fine di accertare la reale qualificazione giuridica dei servizi forniti da Uber, ha

¹² Si veda A. ALOISI, *Il lavoro a chiamata e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*; *Labour & Law Issues*, vol. 2, n.2, 2016, p. 22.

¹³ Si faccia riferimento a G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Fascicolo 1, 2017, pp. 28-34.

¹⁴ V. DE STEFANO, *The rise of the "just-in-time work force": on-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy"*, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2015, p. 9.

richiamato talune disposizioni di quelle direttive disciplinanti i servizi elettronici offerti dalle società dell'informazione nel mercato unico. La sentenza della CGUE, riconoscendo Uber come società adibita a fornire servizi complessivamente iscrivibili all'interno del settore dei trasporti, solleva a suo modo ulteriori interrogativi. Le implicazioni derivanti dalla qualificazione di cui sopra non si manifesterebbero indubbiamente nel solo ambito concorrenziale, bensì andrebbero a investire ulteriori contesti giuridici. Nello specifico, le principali questioni si svilupperebbero in quelle discipline in cui si paventerebbe maggiormente uno squilibrio fra le parti protagoniste in questo triangolo. Uber,¹⁵ in quanto soggetto garante dell'intermediazione fra i conducenti (in termini generali il prestatore o fornitore del servizio) e l'utenza, instaura inevitabilmente relazioni sia con l'una che con l'altra categoria. Queste relazioni non si svilupperebbero orizzontalmente fra soggetti alla pari (sulla base del modello *peer-to-peer*), bensì avverrebbero in modalità verticale. In considerazione di tutto ciò, subentrerebbe un'esigenza finalizzata a garantire le parti contrattualmente più deboli del rapporto contrattuale, ovvero rispettivamente il fornitore del servizio e l'utente consumatore. Nel momento in cui l'intermediatore opera attivamente sul mercato, e perciò eccedendo le mere attività d'intermediazione, la configurazione più corretta sarebbe quella vertente a riconoscerli come controparti di due distinti rapporti contrattuali: "il primo tra il fornitore del bene o servizio e la piattaforma online e il secondo tra quest'ultima e l'utente finale". In considerazione di quanto complessivamente esposto sopra, è evidente l'incertezza giuridica che ha accompagnato questo nuovo fenomeno economico che ha scardinato i tradizionali modelli di produzione e di scambio. Un'incertezza che si è manifestata perfino rispetto alla terminologia impiegata per definire l'avvento del mercato digitale. Ed infatti, è stato un susseguirsi di nozioni e definizioni alcuni casi ritenuti intercambiabili, in altri rappresentati quali sottoinsieme rispetto alla nozione di *sharing economy*. Rispetto a ciò la CGUE con la sua recente sentenza sul caso Uber può rappresentare un valido ed autorevole punto di riferimento attraverso cui procedere alle dovute differenziazioni. Dal quadro complessivo desumibile dagli

¹⁵ E. MOSTACCI - A. SOMMA, *Il caso Uber: La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Egea, Milano, 2016, pp. 21-22.

spunti giurisprudenziali e dottrinali apportati sul tema, emergono talune problematiche di fondo che necessitano di una risoluzione urgente in considerazione delle esigenze giuridiche in gioco, fra le quali: la protezione del prestatore il servizio e dell'utente-consumatore, la salvaguardia della leale concorrenza, la protezione dei dati personali possedute dalla piattaforma, la tutela delle condizioni di accesso al mercato. Per sviluppare la soluzione più adeguata ed efficace rispetto alle menzionate questioni è prioritario innanzitutto differenziare i singoli modelli produttivi e di scambio sussistenti nel mercato digitale, evitando una loro controproducente concentrazione. Ebbene, sulla base delle riflessioni complessivamente evidenziate nella presente trattazione, è doveroso affermare la dicotomia sussistente fra *sharing economy*¹⁶ e *gig economy*.¹⁷ Ad una prima analisi ambedue le tipologie si caratterizzano per fondarsi su alcuni comuni presupposti, fra i quali: l'uso **fondamentale** di una piattaforma digitale, la concezione di un consumo basato sull'accesso temporaneo e lo sviluppo della c.d. disintermediazione. La differente capacità decisionale o d'influenza che può contraddistinguere una piattaforma rispetto ad un'altra rappresenta l'elemento strutturale determinante lo schema relazionale applicabile fra le parti contrattuali. Secondo quanto stabilito dalla CGUE in relazione ad Uber, l'accertamento dell'influenza decisiva comporta la configurazione della piattaforma quale controparte nel contratto concluso con il l'utente-consumatore. In relazione alla seguente conclusione, la conseguente relazione contrattuale si inserisce all'interno del modello business to consumer (B2C) con relativa applicazione della tutela consumeristica. Rispetto alle suddette ipotesi che si manifestano tutte quelle questioni trasversali accennate in precedenza, fra i quali: il rapporto di lavoro del prestatore il servizio, gli effetti in ambito concorrenziale, o perfino quelle riguardanti la tassazione. Fra i criteri-chiave considerati, i quali devono essere accertati sempre caso per caso, si hanno:

- 1) La fissazione da parte della piattaforma del prezzo finale;

¹⁶ Si veda S. CROSETTI, *Il seme da piantare. Le altalenanti sorti della sharing economy in Italia*, Riv. Amministrazione In Cammino, 2017, p. 5.

¹⁷ G. PACELLA, *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?* Labour & Law Issues, Vol. 3, n.1, 2017, pp. 3758-3784.

- 2) L'inserimento di ulteriori condizioni e/o termini, oltre al prezzo, incidenti su ambedue i rapporti contrattuali;
- 3) Il possesso da parte della piattaforma di alcune risorse essenziale per la fornitura del servizio.

Sulla base di un raffronto fra la suddetta comunicazione con la sentenza della CGUE sul caso Uber, si è evidenziato nel pensiero dei giudici del Lussemburgo un livello maggiore di responsabilità per le piattaforme, in quanto non hanno ritenuto essenziale la proprietà in capo alla piattaforma di talune risorse funzionali alla prestazione del servizio. Una linea, quella sviluppata dalla Corte europea, che secondo autorevole dottrina deve essere pacificamente condivisa, in quanto nel valutare l'effettivo ruolo della piattaforma si concentra maggiormente sulla quantità di influenza esercitata nel processo di formazione dell'accordo. In conclusione, l'identificazione delle parti di un contratto è fondamentalmente una questione di interpretazione comprensiva non solamente della dichiarazione di intenti contenuta nei termini del servizio, bensì soprattutto del contesto in cui è stata fatta la dichiarazione.

1.2.2. *Le sfide giuridiche del digitale*¹⁸

La categoria dei beni "in comune" (shared), che caratterizzano l'economia collaborativa, ha assunto una crescente rilevanza economica e giuridica. Il fenomeno sottostante è quello della c.d. servificazione dell'economia,¹⁹ del passaggio dalla categoria della proprietà a quella dell'uso temporaneo. C'è chi attribuisce a questa trasformazione una forte connotazione di tipo idealistico, esaltando il lato solidaristico e sociale che la *sharing economy*²⁰ certamente presenta e che ha contribuito alla sua affermazione e diffusione. Questo fenomeno ha potuto nascere e svilupparsi grazie alla diffusione di apparati tecnologici, e in particolare degli smartphone, che consentono a qualsiasi

¹⁸ P. TULLINI, *Economia digitale e lavoro non-standard*, Labour & Law Issues, Vol. 2, n. 2, 2016, p. 9.

¹⁹ S. DJANKOV ET AL., *The New Comparative Economics*, cit., pp. 604 e ss.

²⁰ Si veda P. DE HERT - D. KLOZA, *Internet (access) as a new fundamental right. Inflating the current rights framework*, in *European Journal of Law and Technology*, vol. 3, n. 2, 2012.

utente-consumatore, in ogni momento e contestualmente di stabilire la propria posizione, assumere informazioni sull'offerta di servizi a disposizione, concludere un contratto, effettuare una transazione finanziaria. Nell'ordinamento europeo, il documento che assume maggiore rilevanza è la comunicazione della Commissione europea. Un'agenda europea per l'economia collaborativa, adottata a giugno del 2016. La comunicazione, come spesso avviene con questo strumento di *soft law*, analizza il fenomeno della *sharing economy*, evidenzia le criticità in atto e potenziali, ipotizza possibili scenari di sviluppo delle politiche e della regolazione dell'Unione. L'economia collaborativa²¹ "può dare un contributo importante alla crescita e all'occupazione nell'Unione europea, se promossa e sviluppata in modo responsabile", evidenziando i vantaggi per i consumatori in termini di accesso a un numero più ampio di servizi e di aumento della loro qualità, nonché quelli per l'ambiente derivanti da un utilizzo più efficiente delle risorse. Nella definizione che è stata accolta dalla Commissione, l'economia collaborativa comprende tre categorie di soggetti: "i) i prestatori di servizi che condividono beni, risorse, tempo e/o competenze e possono essere sia privati che offrono servizi su base occasionale ("pari") sia prestatori di servizi nell'ambito della loro capacità professionale ("prestatori di servizi professionali"); ii) gli utenti di tali servizi; e iii) gli intermediari che mettono in comunicazione attraverso una piattaforma online i prestatori e utenti e che agevolano le transazioni tra di essi ("piattaforme di collaborazione)". La definizione, pertanto, comprende sia forme di scambio business to consumer (B2C), sia consumer to consumer (C2C). Il tema centrale, di recente affrontato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, è se le piattaforme di intermediazione siano o meno prestatori di servizi finali e se, di conseguenza, siano tenute a essere in possesso dei requisiti (autorizzazioni o concessioni) necessari per operare in un determinato mercato. Sulla base della direttiva dei servizi, i regimi di autorizzazione e i requisiti di licenza sono compatibili con il diritto dell'Unione soltanto se non discriminatori, necessari per conseguire un obiettivo di interesse generale e proporzionati rispetto a tale obiettivo. A parere della

²¹ G. D'IPPOLITO, *Sharing economy: l'esperienza italiana della XVII legislatura alla luce degli orientamenti europei*, in *Rivista di diritto dei media*, n. 2, 2018.

Commissione, la pressione deregolatrice creata dalla *sharing economy* dovrebbe indurre i legislatori nazionali a rivalutare l'efficacia e la proporzionalità della regolazione. I sistemi reputazionali generalmente implementati dalle piattaforme di intermediazione, ad esempio, potrebbero essere idonei a offrire un livello di sicurezza e tutela del consumatore, in termini di riduzione delle asimmetrie informative, pari o superiore di quello offerto da certi regimi autorizzatori. Uber²² organizza direttamente il servizio creando l'offerta e facendola incontrare con la domanda, fissa e riscuote le tariffe, seleziona i propri autisti, che, peraltro, possono essere esclusi in ogni momento dal servizio. L'elemento "trasporto", così come aveva evidenziato l'avvocato generale Szpunar nelle proprie conclusioni, prevale nettamente sulla componente di intermediazione del servizio, determinando che l'attività debba sottostare alla disciplina nazionale e locale in materia di trasporto pubblico non di linea, non avendo il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea adottato norme comuni o altre misure, in base all'articolo 91, paragrafo 1, TFUE. A conclusioni sono pervenuti anche giudici italiani in alcune occasioni, pronunciandosi sul servizio Uber pop,²³ che consente a qualsiasi utente di mettersi a disposizione per trasportare passeggeri a differenza di Uber Black, che in Italia è operato da titolari di licenza di noleggio con conducente. Uber pop è al momento proibito sul territorio italiano per effetto di due ordinanze del Tribunale di Milano (25 maggio e 9 luglio 2015) al termine di un procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. In queste decisioni i giudici hanno ritenuto che Uber avrebbe realizzato condotte anticoncorrenziali offrendo un servizio equivalente a quello dei taxi, senza rispettare la normativa nazionale, la cui compatibilità con l'ordinamento dell'Unione è stata esplicitamente valutata e trova oggi conferma nella sentenza della Corte di giustizia. Le ordinanze del Tribunale di Milano sono state seguite, con motivazione sostanzialmente analoga, e di fatto "assorbite" dalla sentenza del Tribunale di Torino del 24 marzo 2017, n. 1553. La conformità a un quadro normativo, che definire confuso sarebbe

²² Si faccia riferimento a G. PACELLA, *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 3, 2017, pp. 570-578.

²³ Si veda E. DAGNINO, *Uber law: prospettive giuslavoristiche sulla sharing/on - demand economy*, *Adapt labour studies*, 2015, pp. 1-18.

eufemistico, del servizio Uber black è stata, invece, affermata dalla sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Roma, di nuovo con ordinanza collegiale emessa a conclusione di un procedimento ex art. 700 c.p.c. Quel che rileva in questa sede è che, anche in questo caso, il Tribunale ha invocato un intervento del legislatore a fare chiarezza e a regolare il fenomeno dell'economia. Le sfide, rappresentate dalla digitalizzazione e dalla diffusione dell'economia collaborativa alimentate da un quadro generale di globalizzazione dell'economia e del diritto si presentano non solo come sfide alla regolazione o regolamentazione degli ordinamenti giuridici nazionali, ma investono talvolta le caratteristiche fondative stesse del costituzionalismo moderno e contemporaneo. Questo, nel suo nucleo, è basato sulla limitazione del potere, non solo pubblico, statuale in senso tradizionale, ma anche privato. È rispetto a quest'ultimo che nell'attualità si pongono le maggiori sfide. Per quanto riguarda l'accesso a Internet,²⁴ le principali criticità riguardano gli strumenti con i quali ampliare la platea delle persone che vi hanno accesso a condizioni tali da consentire la fruizione di servizi avanzati che si servono di connessioni Internet veloci. Nel contesto europeo e italiano, tali strumenti sono stati individuati ricercando il bilanciamento tra i principi di libera concorrenza e il perseguimento di obiettivi d'interesse generale. La realizzazione di nuove reti avviene, pertanto, nel rispetto del diritto degli aiuti di Stato e vede nel servizio universale la prospettiva ultima a cui approdare per garantire a tutti una connessione a Internet veloce, consentendo al tempo stesso lo sviluppo della concorrenza sul mercato della fornitura dei servizi digitali. L'accesso a Internet²⁵ è necessario per fruire dei servizi dell'economia collaborativa, che è solo una delle novità economiche determinate dall'evoluzione tecnologica. Certamente presenta una sfida per i regolatori. In questo campo, la Commissione e il Parlamento europeo hanno richiamato al rispetto delle regole di concorrenza, stabilendo correttamente che è necessario creare il *level playing field* idoneo a rendere l'Europa non solo un mercato attraente per questi servizi,

²⁴ Si faccia riferimento a M. COLANGELO - V. ZENCOVICH, *La intermediazione online e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, Diritto dell'informazione e dell'informatica, n. 1, 2015, pp. 43 e ss.

²⁵ Si veda A. DE FRANCESCHI, *Le piattaforme nel mercato unico digitale: il caso Uber*, *Seminari di diritto privato*, Bocconi University, Milano, 2016, pp. 14-15.

ma anche un laboratorio per la nascita e sviluppo delle piattaforme tecnologiche. La pressione alla deregolazione proveniente dall'elevata standardizzazione tecnologica, e dall'influsso di sistemi giuridici di matrice diversa da quello europeo che essa porta con sé, mette però a rischio conquiste sociali ed economiche del mercato unico che diamo, forse con troppo ottimismo, ormai per scontate: la tutela dei lavoratori, dei consumatori, della privacy, della concorrenza solo per citarne alcune. Non possiamo che sperare in un ruolo attivo e coordinato delle istituzioni comunitarie e dei parlamenti nazionali. Consapevoli, tuttavia, che in mancanza, la regolazione della *sharing economy* verrà scritta, dal legislatore dell'emergenza e nelle aule dei tribunali.

1.3. Risultati di ricerca e conclusioni

La *sharing economy* anche in tema di tutela dei consumatori, dei lavoratori, della privacy e della concorrenza ha bisogno di una regolamentazione che purtroppo non è ancora presente in modo definito e dettagliato nel nostro ordinamento giuridico. Ma la Commissione europea e il Parlamento europeo hanno comunque richiamato il rispetto delle regole di concorrenza analizzando i loro giudizi, e la letteratura accademica, si ritiene quindi necessario creare un *level playing field* idoneo tale da poter rendere l'Europa un mercato attraente ed innovativo nell'affermazione di questo nuovo tipo di modello economico.

L'affermarsi di esso rappresenta una sfida per i regolatori. Il diritto, quindi, deve stare di pari passo con l'Innovazione tecnologica e anche la ricerca futura si deve preoccupare di fornire input utili per coprire le lacune presenti negli ordinamenti giuridici a causa delle obsolescenze delle regole giuridiche rispetto all'evoluzione dei mercati e della tecnologia. Il caso Uber analizzato nel seguente paper ridefinisce il concetto di questo nuovo Modello Economico e la Corte finalmente riesce a riscontrare la lacuna presente nelle norme e riesce a mettere in evidenza anche che non è l'affermante del modello economico di per sé ad avere difetti di concorrenza imperfetta, bensì è l'ordinamento che deve innovare le sue norme rispetto al nascente modello. L'ordinamento giuridico per quando riguarda il caso Uber, attraverso un'attenta sentenza i giudici di Lussemburgo sono riusciti a definire almeno in via generale le regole del nuovo

modello Economico. Tra i risultati di ricerca di particolare rilevanza gode il riconoscimento delle parti nella formalizzazione dell'accordo contrattuale ed è importante non solo per chiarire il contenuto di esso ma anche per un'interpretazione comprensiva dell'accordo. Circa l'affermazione invece di un sistema rigido o flessibile per quanto riguarda la regolamentazione della *sharing economy* si può affermare che è emerso dalla ricerca che il "Principio precauzionale" giocato dal legislatore nella costruzione di uno schema normativo. Questo nuovo modello economico blocca l'innovazione delle norme e del diritto. Quindi le lenti dello studioso del diritto amministrativo e quelli del giurista in generale sono "lenti deboli" rispetto al progresso tecnologico. La ricerca futura deve quindi occuparsi di incentivare l'innovazione del diritto in questo ambito. Si può considerare affermando che si sente un forte bisogno di un ordinamento giuridico, fondato su normative "Al passo con i tempi".

Presunta esteroinvestizione di una società di diritto lussemburghese (Nota a sentenza CTR per la Toscana, Quinta Sez., 13/01/2020)

di **Leonardo Maria Galieni**

Autore su InnovazioneDiritto.it

ABSTRACT

A vision on the phenomenon of the “foreign dressed companies”: a pathological phenomenon according to the Revenue. From the comparison between Italian and international tax discipline, along the lines of Model OCSE, to a synthesis due to a practice approach introduced by the Supreme Court in the famous case “Dolce&Gabbana”, focused on the principle of “wholly artificial arrangements”. A focus on Dutch jurisprudence experience. Importance or irrelevance of tax residence certificate in order to contrast the tax claim

KEYWORDS: Foreign dressed companies - Requirements - Model OCSE - PoEM - Proof of wholly artificial arrangements.

SINTESI

Uno sguardo all'esteroinvestizione societaria: un fenomeno patologico agli occhi del Fisco. Dal confronto tra disciplina nazionale e convenzionale, sulla falsariga del modello OCSE e delle sue evoluzioni, alla sintesi interpretativa riscontrabile nella più recente giurisprudenza anche alla luce del principio inaugurato dalla Suprema Corte nel noto caso “Dolce & Gabbana” sul concetto del “wholly

artificial arrangement". Uno sguardo all'approccio giurisprudenziale estero in tema di dual residence: l'esperienza olandese. La valenza del certificato di residenza fiscale

PAROLE CHIAVE: Esterovestizione - Requisiti - Modello OCSE - Sede di direzione effettiva - Prova realtà artificiosa

SOMMARIO

1. L'esterovestizione societaria: evoluzione interpretativa di quello che appare come un fenomeno patologico agli occhi del Fisco - **2.** La normativa di riferimento, lato domestico: l'art. 73 del D.P.R. n. 917/86 (T.U.I.R.) - **3.** L'approccio "convenzionale" al concetto di residenza fiscale: dall'avvento del progetto BEPS con l'Action 6 alla nuova versione del modello OCSE; focus sulla disciplina convenzionale italo-lussemburghese - **4.** Il certificato di residenza fiscale rilasciato dall'Autorità estera: focus sulla relativa valenza probatoria in ipotesi di contestata esterovestizione - **5.** Considerazioni finali

1. L'esterovestizione societaria: evoluzione interpretativa di quello che appare come un fenomeno patologico agli occhi del Fisco

La fattispecie sottoposta al vaglio della Commissione Tributaria Regionale della Toscana involge una pretesa tributaria avanzata nei confronti di una holding lussemburghese, appartenente ad un gruppo societario facente capo ad un'unica persona fisica, azionista di controllo, residente in una città toscana.

I Giudici di prime cure, accogliendo l'impostazione erariale, hanno ritenuto che la suddetta società doveva ritenersi "esterovestita" non soltanto in virtù degli elementi riportati nell'avviso di accertamento,

ma soprattutto sulla scorta delle dichiarazioni che l'asserito amministratore di fatto aveva reso alla G.d.F. in sede di verifica, sarebbe emerso come la stessa fosse un soggetto passivo fiscalmente residente in Italia e quindi ivi tenuto al pagamento delle imposte ed ai connessi adempimenti fiscali.

Avverso la pronuncia di primo grado, la contribuente spiegava appello rilevando che:

- non era stata adeguatamente considerata la sentenza pronunciata nel giudizio parallelamente instauratosi sul versante penale con cui l'asserito rappresentante legale era stato accolto dal capo d'imputazione vertenze su rilievi sostanzialmente riconducibili a quelli oggetto della contestazione tributaria;

- era stata violata la disciplina speciale di cui alla convenzione italo-lussemburghese, da ritenersi prevalente sull'art. 73 del T.u.i.r. ai fini dell'individuazione della residenza fiscale di una persona giuridica;

- era stata distorta la percezione dell'effettiva attività di holding svolta dalla contribuente su cui, al più, veniva esercitata solo attività di coordinamento e di controllo e non di gestione principale come invece ipotizzato dall'Agenzia.

Ebbene, chiamati a pronunciarsi sulla vicenda, i Giudici toscani hanno accolto le doglianze sollevate dalla contribuente.

In particolare, appare opportuno enfatizzare taluni aspetti.

Anzitutto, non si può sottacere come la C.T.R., per forza di cose, sia partita dall'esito del procedimento penale (riguardante sostanzialmente le medesime contestazioni mosse dal lato fiscale) con cui il presunto rappresentante legale della holding era stato assolto poiché: *“non risultava provata la cosiddetta esterovestizione e cioè, nel caso di specie, la costituzione di società formalmente lussemburghesi ma con sede effettiva in Italia, al fine di evadere le imposte”*.

Tralasciando la tesi del doppio binario penale-tributario, il fatto che i Giudici toscani si siano soffermati su tale giudizio non deve lasciare basiti; non a caso anche la Suprema Corte ritiene doveroso un simile

vaglio, seppur nel rispetto di taluni limiti ai fini del *decisum*.¹

Resasi necessaria tale parentesi, torniamo alla fattispecie per cui è causa.

Bisogna difatti considerare come il rigetto dell'ipotesi accusatoria si impenni, in larga parte, sul principio forgiato dalla Suprema Corte nel noto caso Dolce e Gabbana.²

Invero, dopo essere stato affermato nel relativo giudizio penale, è stato poi recuperato nella vicenda tributaria parallelamente instauratosi, fino ad essere assunto a fondamento di successive decisioni tributarie tra cui, da ultimo, quella in commento.³

¹ Ne promana un monito in tal senso da parte della più recente giurisprudenza di legittimità che, occupandosi di un caso di fatture per operazioni inesistenti, ritiene che: *“Pertanto, in ipotesi di operazioni oggettivamente inesistenti, se, da un lato, non è consentita la deducibilità dei costi sostenuti, d’altro lato, può assumere rilevanza l’intervenuta pronuncia, in sede penale, che esclude la sussistenza dei fatti di reato dai quali è derivata la prospettazione della non deducibilità dei costi. Si tratta, pertanto, di una questione che incide sulla stessa non deducibilità dei costi, profilo che sta a monte dell’eventuale diritto al rimborso delle maggiori imposte versate in relazione alla non ammissibilità in deduzione. È, dunque, necessario che il giudice del merito accerti se la condotta oggetto di esame in sede di giudizio penale sia riferibile a quella oggetto di contestazione nel presente giudizio”*; cfr. Cass., Sez. V, sent. n. 20579 del 29/09/2020.

² Cfr. Cass., Sez. III, sent. n. 43809 del 30/10/2015, con cui si statuisce che *“Il punto, infatti, non è questo, ma verificare se a tale ‘ufficio’ corrisponda una ‘costruzione di puro artificio’ volta a lucrare benefici fiscali oppure no. ‘Costruzione artificiosa’ e ‘indebito vantaggio fiscale’ vanno di pari passo: il vantaggio fiscale non è indebito sol perché l’imprenditore sfrutta le opportunità offerte dal mercato o da una più conveniente legislazione fiscale (ma anche contributiva, previdenziale), lo è se è ottenuto attraverso situazioni non aderenti alla realtà, di puro artificio che rendono conseguentemente ‘indebito’ il vantaggio fiscale”*.

³ In tal senso, sul versante tributario della contestazione mossa a Dolce&Gabbana, cfr. Cass., Sez. V, sent. n. 33234 del 21/12/2018, ove *“In applicazione di questi principi, con riferimento al versante penale della medesima vicenda in esame, la terza sezione penale di questa Corte (con sentenza 24 ottobre 2014/30 ottobre 2015, n. 43809) ha stabilito, in generale, che in caso di società con sede legale estera controllata ai sensi dell’art. 2359 c.c., comma 1, non può costituire criterio esclusivo di accertamento della sede della direzione effettiva l’individuazione del luogo dal quale partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative qualora esso s’identifichi con la sede (legale o amministrativa) della società controllante italiana, precisando che in tal caso è necessario accertare anche che la società controllata estera non sia costruzione di puro artificio, ma corrisponda a un’entità reale che svolge effettivamente la propria attività in conformità al proprio atto costitutivo o allo*

Il *thema decidendum*, dunque, consta nello stabilire se la collocazione della società all'estero potesse risultare una costruzione di puro artificio ovvero rispondesse a delle scelte strategiche ben precise.

In tale ottica, se non può disconoscersi in capo agli Uffici il compito di contrastare tutte quelle iniziative "fittizie" animate dalla sola ed unica finalità di conseguire indebitamente vantaggi fiscali, è altrettanto vero che ove ciò non si configuri, l'Amministrazione finanziaria non può arrogarsi la potestà di sindacare scelte strategiche-imprenditoriali altrettanto meritevoli.

Una simile lettura, a parere di chi scrive, andrebbe inevitabilmente a ledere quel legame che si viene ad instaurare tra il principio costituzionale della libertà d'iniziativa economica ex art. 41 Cost.⁴ e, in chiave europea, il diritto di stabilimento.⁵

statuto".

6.1. - In particolare, la Corte ha svalutato la rilevanza della mancanza di autonomia gestionale e finanziaria delle dipendenti addette in successione alla sede della GADO, che agivano in base a direttive provenienti da Milano e veicolate dalle e-mail sulle quali punta anche la Commissione tributaria regionale della Lombardia.

E ciò sia alla luce della necessità d'interpretare le informazioni ricavabili dalle e-mail in base al complesso intreccio organizzativo e funzionale che intercorre tra una controllata e la sua controllante capo-gruppo, che fisiologicamente si risolve in un rapporto tra uffici e personale dell'una e dell'altra, sia perché *"resta difficile comprendere quale autonomia gestionale e finanziaria dovessero avere due semplici dipendenti per poter qualificare l'insediamento lussemburghese in termini di effettiva realtà. Una valutazione di tale natura avrebbe avuto un significato coerente se oggetto ne fosse stata l'attività del legale rappresentante (eventualmente 'eterodiretto'... Si comprende, in realtà, che dietro quel ripetuto richiamo alla mancanza di autonomia gestionale e finanziaria si cela l'ispirazione di fondo dell'intera decisione: la predisposizione degli aspetti gestionali ed organizzativi dell'attività di GADO s.a.r.l. interamente in Italia, lasciando alla sede lussemburghese i soli compiti esecutivi. Con il che, però, si ammette che qualcosa in Lussemburgo effettivamente si faceva, sì da giustificare una sede amministrativa collocata in una struttura diversa da quella legale e i costi del personale dapprima distaccato, quindi direttamente assunto, che vi operava"*; sul versante della giurisprudenza di seconde cure più risalente, v. C.T.R. Campania Napoli, Sez. XLVII, sent. n. 10249 del 18/11/2015.

⁴ Per un contributo in tal senso v. avv. Monti Angela, *L'internazionalizzazione delle imprese: tra libertà di iniziativa economica e rischio esterovestizione. Novità fiscali*, 2018, pp. 376-380.

⁵ Per una sintesi giurisprudenziale di tali concetti cfr. Cass., Sez. V, sent. n.

Non a caso la C.G.U.E.,⁶ facendo leva su tali libertà, in più occasioni ha sottolineato come gli Stati membri debbano riconoscere ai contribuenti la facoltà di collocare le proprie attività economiche in uno Stato differente da quello di origine, ancorché il primo contempli un regime fiscale più vantaggioso (c.d. *tax haven*).

Tale scelta, a ben vedere, è espressione di uno dei diritti inalienabili accordati dal lato della legislazione europea dall'art. 49 dell'attuale T.F.U.E.,⁷ vale a dire quello di stabilimento.

In sintesi, esso contempera:

- da una parte la possibilità che ad una società e/o ente non

2869 del 07/02/2013, a mente della quale *“L'obiettivo della libertà di stabilimento è quello di permettere a un cittadino di uno Stato membro di creare uno stabilimento secondario in un altro Stato membro per esercitarvi le sue attività e di partecipare così, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio Stato di origine e di trarne vantaggio. La nozione di stabilimento implica, quindi, l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro: presuppone, pertanto, un insediamento effettivo della società interessata nello Stato membro ospite e l'esercizio quivi di un'attività economica reale. Ne consegue che, perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale. In definitiva, deve ritenersi che quel che rileva, ai fini della configurazione di un abuso del diritto di stabilimento, non è accertare la sussistenza o meno di ragioni economiche diverse da quelle relative alla convenienza fiscale, ma accertare se il trasferimento in realtà vi è stato o meno, se, cioè, l'operazione sia meramente artificiosa (wholly artificial arrangement), consistendo nella creazione di una forma giuridica che non riproduce una corrispondente e genuina realtà economica”*.

⁶ A sostegno della libertà di stabilimento v. C.G.U.E., causa C-255/02, Halifax; C.G.U.E., causa C-196/04, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas.

⁷ L'art. 49 del T.F.U.E (ex art. 43 del T.C.E.) prevede espressamente che: *“Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.*

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali”.

residente sia riconosciuto il medesimo trattamento che lo Stato ospitante riserva agli enti residenti (principio di reciprocità⁸);

- dall'altra la garanzia di vedersi rimuovere quelle limitazioni che potrebbero impedire la costituzione di filiali, sedi secondarie, agenzie, succursali in altri Stati U.E. al fine di promuovervi la propria attività d'impresa.

Seguendo tale linea direttrice la C.T.R., richiamando quell'orientamento che sempre è dato registrarsi nei giudici tributari, ha correttamente statuito come laddove la società con sede legale estera sia soggetta al controllo di cui all'art. 2359, co. 1, C.c., da parte di un soggetto residente in Italia, ai fini dell'individuazione della sede di direzione effettiva non può costituire criterio esclusivo di accertamento il luogo dal quale partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative, quandanche si identifichi con la sede legale-amministrativa di quest'ultimo.⁹

⁸ Per una chiara affermazione di tale principio in sede accademica v. P. SELICATO, *Il Modello di convenzione OCSE del 2002 in materia di scambio di informazioni: alla ricerca della reciprocità nei trattati in materia di cooperazione fiscale*, in *Rivista di Diritto Tributario Internazionale, International Tax law Review*, 2004, Roma, per cui "Il principio di reciprocità, riconosciuto come principio generale del diritto internazionale", è considerato dalla dottrina "il denominatore comune che mantiene l'equilibrio tra gli Stati mediante una correlazione tra diritti e obbligazioni di origine consuetudinaria o convenzionale".

⁹ In punto di legittimità, prendendo le mosse dal rammentato precedente inaugurato in sede penale, si è statuito che: "in applicazione di questi principi, con riferimento al versante penale della medesima vicenda in esame, la terza sezione penale di questa Corte (con sentenza 24 ottobre 2014/30 ottobre 2015, n. 43809) ha stabilito, in generale, che in caso di società con sede legale estera controllata ai sensi dell'art. 2359, comma 1, non può costituire criterio esclusivo di accertamento della sede della direzione effettiva l'individuazione del luogo dal quale partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative qualora esso s'identifichi con la sede (legale o amministrativa) della società controllante italiana, precisando che in tal caso è necessario accertare anche che la società controllata estera non sia costruzione di puro artificio, ma corrisponda a un'entità reale che svolge effettivamente la propria attività in conformità al proprio atto costitutivo o allo statuto"; cfr. Cass., Sez. V, sent. n. 33235 del 21/12/2018.

Anche la giurisprudenza di seconde cure ha condiviso tale impostazione, tra le più salienti v. C.T.R. Piemonte Torino, Sez. IV, sent. n. 563 del 16/09/2020, che rievoca l'orientamento assunto in sede di legittimità laddove "La Corte di Cassazione nelle sentenze appena sopra indicate ha chiarito che 'per poter definire una società estera esterovestita, l'Amministrazione Finanziaria non può limitarsi alla sola individuazione del luogo ove partono gli impulsi gestionali ma è

Invero, ciò che invece assume primaria valenza, attiene alla necessità di appurare che la predetta società estera non configuri quel che viene definito un *“wholly artificial arrangement”* ovvero sia una costruzione di puro artificio priva di un’effettiva realtà operativa e dimensionale sul mercato del Paese in cui risulta essersi insediata.¹⁰

Orbene, sulla scorta di tale ordine di considerazioni, non smentite dal fatto che fossero stati rinvenuti taluni documenti contabili delle holding lussemburghesi in capo al loro presunto amministratore di fatto talché detta circostanza investe l’ordinaria funzione di coordinamento del gruppo societario, i Giudici di seconde cure hanno accolto la tesi difensiva.

2. La normativa di riferimento, lato domestico: l’art. 73 del D.P.R. n. 917/86 (T.u.i.r.)

Volendo cercare di tracciare una panoramica della fattispecie dell’esterovestizione (per gli anglosassoni *“foreign dressed companies”*), il primo approccio che si intende delineare è di stampo

necessario accertare che la società estera non sia una costruzione di puro artificio’, ovvero una semplice casella o uno schermo”; v. C.T.R., Lombardia Milano, Sez. IX, sent. n. 3712 del 01/10/2019, per cui “in caso di società con sede legale estera controllata ai sensi dell’art. 2359, co. 1, c.c., non può costituire criterio esclusivo di accertamento della sede della direzione effettiva l’individuazione del luogo dal quale partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative qualora esso s’identifichi con la sede (legale o amministrativa) della società controllante italiana, precisando che in tal caso è necessario accertare anche che la società controllata estera non sia costruzione di puro artificio, ma corrisponda a un’entità reale che svolge effettivamente la propria attività in conformità al proprio atto costitutivo o allo statuto”.

¹⁰ V. C.T.R. Lombardia Milano, Sez. IX, sent. n. 4458 del 12/11/2019 che, pronunciata sul tema, ha rammentato che *“...perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiose, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale. In definitiva, deve ritenersi che quel che rileva, ai fini della configurazione di un abuso del diritto di stabilimento, non è accertare la sussistenza o meno di ragioni economiche diverse da quelle relative alla convenienza fiscale, ma accertare se il trasferimento in realtà vi è stato o meno, se, cioè, l’operazione sia meramente artificiosa ‘wholly artificial arrangement’ consistendo nella creazione di una forma giuridica che non riproduce una corrispondente e genuina realtà economica”.*

normativo.

Più precisamente, iniziando dalla disciplina domestica, per poi soffermarsi sulla regolamentazione accordata in sede “convenzionale”. Ma andiamo per gradi.

Sul versante nazionale, le normative di riferimento sono, in buona parte, rappresentate: dall’art. 73 del T.u.i.r. sotto un punto di vista strettamente sostanziale e, sul versante applicativo, dall’art. 1 del D.P.R. n. 600/1973.

L’art. 73, co. 3, T.u.i.r., recita testualmente che *“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”* dove, per oggetto principale *“si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto”*.

A tale previsione di carattere generale, al comma 5-*bis* si affianca un’altra con cui il legislatore ha voluto introdurre una vera e propria *praesumptio iurs tantum*, prevedendo che *“Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa:*

a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;

b) sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato...”.

Per quanto emerge dal dettato letterale dunque, al comma 3 si rinviene la disciplina di carattere generale, mentre al comma 5-*bis* è inserita una presunzione legale relativa che, come noto, esonera chi la invoca dal dimostrarne l’esistenza dei presupposti applicativi.

Orbene, allorché si realizzi una delle condizioni previste dal citato art. 73,¹¹ viene dunque ad integrarsi uno dei presupposti indefettibili per l'assoggettamento delle persone giuridiche all'obbligazione tributaria: la c.d. soggettività passiva.¹²

Di rimando, scatta l'obbligo dichiarativo fissato dall'art. 1 del D.P.R. n. 600/1973 per cui *“Ogni soggetto passivo deve dichiarare annualmente i redditi posseduti anche se non ne consegue alcun debito d'imposta. I soggetti obbligati alla tenuta di scritture contabili, di cui al successivo art. 13, devono presentare la dichiarazione anche in mancanza di redditi. La dichiarazione è unica agli effetti dell'imposta sul reddito delle persone fisiche o sul reddito delle persone giuridiche e dell'imposta locale sui redditi e deve contenere l'indicazione degli elementi attivi e passivi necessari per la determinazione degli imponibili secondo le norme che disciplinano le imposte stesse. I redditi per i quali manca tale indicazione si considerano non dichiarati ai fini dell'accertamento e delle sanzioni”*.

A tal proposito, prendendo le mosse dall'incipit normativo testé

¹¹ Per un distinguo chiaro dei 3 criteri delineati dall'art. 73 del T.u.i.r., in dottrina v. P. FORMICA - C. GUARNACCIA, *Esterovestizione: day to day management e corretta interpretazione delle dinamiche aziendali multinazionali*, in *Il Fisco*, n. 39, 2016, pp. 1-3740., in cui si afferma correttamente che in ordine alla:

- *“sede legale, quale requisito di carattere formale che, facendo implicito riferimento all'art. 2328 c.c., prevede che la sede sociale debba essere indicata nell'atto costitutivo o nello statuto;*

- *sede dell'amministrazione, quale requisito di carattere sostanziale, inteso come luogo ove, genericamente, viene svolta l'attività di gestione (cfr. infra);*

- *oggetto esclusivo o principale sociale, quale requisito di carattere sostanziale, inteso quale attività essenziale posta in essere per realizzare gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto”*.

¹² Specularmente, per le persone fisiche, opera la disciplina ex art. 2, co. 2 del T.u.i.r., per cui *“Soggetti passivi dell'imposta sono le persone fisiche, residenti e non residenti nel territorio dello Stato. 2 Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo di imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile”*. Ed anche in tale caso è prevista una presunzione legale relativa al comma 2-bis per cui *“Si considerano altresì residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati o territori diversi da quelli individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale”*.

esposto, quel che è chiaro attiene al fatto che dapprima il legislatore ha indissolubilmente ancorato il fenomeno dell'esterovestizione al criterio della residenza fiscale; successivamente, su tale presupposto normativo, l'A.F. ha discrezionalmente ricamato una serie di elementi con cui poter corroborare le proprie contestazioni *in subiecta materia*.

In tal senso, è d'ausilio quanto rilevato in sede europea dalla C.G.U.E. che, con la celeberrima sentenza Centros, ha affermato il principio per cui gli Stati membri sono liberi di determinare il criterio di collegamento di una società con il territorio dello Stato.¹³

Orbene, nell'ipotesi in cui si assuma che una società formalmente situata nel territorio di uno Stato estero, in realtà operi nel territorio italiano – ritenendola così esterovestita – non può prescindersi dal fatto che l'*onus probandi* grava in prima battuta sul Fisco.

Invero, ai fini dell'esterovestizione, costituisce *condicio sine qua non* che l'Amministrazione finanziaria dimostri inequivocabilmente, e non sulla base di mere suggestioni, come la società estera abbia in realtà la propria residenza fiscale in Italia.

E per far ciò, l'Amministrazione finanziaria deve “mostrare sul piatto” quello che può definirsi come un vero poker, vale a dire:

- *in primis*, l'esistenza di un vantaggio fiscale scaturente dalla possibilità di godere nello Stato estero di un regime fiscale maggiormente favorevole rispetto a quello domestico¹⁴ e quindi

¹³ Cfr. C.G.U.E., C-212/97, Centros Ltd e Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, del 09/03/1999, che ha sancito il principio per cui “*Ne consegue che queste società hanno il diritto di svolgere la loro attività in un altro Stato membro, mediante una agenzia, succursale o filiale. La localizzazione della loro sede sociale, della loro amministrazione centrale o del loro centro di attività principale serve a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato (v., in questo senso, sentenze Segers, citata, punto 13; 28 gennaio 1986, causa 270/83, Commissione/Francia, Race. pag. 273, punto 18; 13 luglio 1993, causa C-330/91, Commerzbank, Race. pag. I-4017, punto 13, e 16 luglio 1998, causa C-264/96, ICI, Racc. pag. I-4695, punto 20)*”.

¹⁴ In tale ottica, la più autorevole giurisprudenza, partendo dal presupposto che “*Affinché sussistano gli estremi della esterovestizione è necessario che ricorrano due presupposti: uno soggettivo, ovvero la volontà di sottrarsi al più gravoso regime nazionale, e l'altro oggettivo, ovvero lo stabilimento della sede in un Paese con trattamento fiscale più vantaggioso di quello nazionale...*” ha

appetibile per chi intende conseguire un risparmio d'imposta;

- *in secundis*, l'effettivo e comprovato svolgimento in Italia del core business (PoEM¹⁵), risultando l'insediamento all'estero privo di valide ed apprezzabili ragioni economiche;

- *tertium*, l'assenza di autonomia gestionale e finanziaria della sede estera;¹⁶

- *ultimo*, grazie all'approccio innovativo cui è giunta la Suprema Corte con la nota vicenda Dolce & Gabbana, il carattere figurativo ed artificioso della sede estera in cui non sia apprezzabile lo svolgimento di alcuna attività economica da parte della *business entity*.

Orbene, se è vero che l'A.F. è tenuta ad assolvere il proprio onere probatorio in maniera rigorosa, altrettanto vera è la possibilità di avvalersi della *praesumptio iuris* di cui al comma 5-*bis* ove ricorrano

correttamente escluso l'esterovestizione "atteso che la società aveva la sede in Francia, che non è un Paese con regime fiscale più vantaggioso rispetto a quello italiano" (cfr., *ex multis*, C.T.P. Lombardia Milano, Sez. I, sent. n. 2853 del 25/03/2015; C.T.P. Lombardia Brescia, Sez. V, sent. n. 441 del 28/06/2017; per quanto attiene la giurisprudenza di legittimità cfr. Cass., Sez. V, sent. n. 2869 del 07/02/2013).

¹⁵ Acronimo per "Place of Effective Management"; in ordine ad una disamina più approfondita sulla sua applicazione in sede internazionale, come apprezzabile contributo dottrinale v. P. VALENTE - D. CARDONE, *Esterovestizione. Profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, IPSOA, 2015, pp. 155 e ss.

¹⁶ Nella Prassi dell'A.F. si v. in tal senso la circ. n. 28/E/2006. In tema di elementi di prova di tipo sostanziale a carico dell'A.F., d'interesse il contributo dato in dottrina da P. VALENTE - S. MATTIA, *Esterovestizione e residenza: i gruppi italiani operanti nel settore dell'autotrasporto*, in *Il Fisco* n. 8/2012, pp. 1157, per cui "Sotto il profilo sostanziale e traendo spunto da quanto chiarito dalla Direzione Regionale del Piemonte nella Procedura pubblicata in data 12 dicembre 2002, contenente indicazioni operative per la gestione della documentazione da parte dei contribuenti italiani che intrattengono rapporti commerciali con soggetti localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata, per valutare l'effettiva residenza di una persona giuridica si deve tener conto, inter alia, dei seguenti elementi:

certificato di domicilio fiscale e di assoggettamento alle imposte locali; statuto;

certificato di iscrizione nel locale registro delle imprese;

bilanci pubblicati (secondo la normativa locale);

numero dei dipendenti effettivamente impiegati;

disponibilità di locali inudstrilae/commerciali, idonei allo svolgimento dell'attività d'impresa in loco;

contratti e utenze."

due condizioni, tra loro alternative.

Di queste, la prima è legata al controllo civilistico disciplinato all'art. 2359 C.c.

A tal proposito, ricorrendo una di dette condizioni (ad esempio in virtù del rapporto di controllo che la holding Ita esercita nei confronti della propria controllata estera), è inevitabile che si crei una sorta di "frizione" con la disciplina parallela della c.d. C.F.C. (*controlled foreign companies*) di cui all'art. 167 del T.u.i.r.; quest'ultima, difatti, è imperniata sui rapporti di controllo che le *entities* italiane esercitano sulle *subsidiaries* estere.

Dinanzi a tale situazione di impasse, era auspicabile oltre che necessario un chiarimento dell'Amministrazione finanziaria.

L'occasione si è presentata con la Circolare n. 28/E/2006 del 04.08.2006 in cui, precisato che dinanzi a questo conflitto apparente di norme - espressione che si mutua dal diritto penale - la disciplina delle C.F.C. si pone in un rapporto di sussidiarietà rispetto all'esterovestizione, la prima non può che risultare inoperante nei riguardi del contribuente.¹⁷

Giocoforza, laddove quest'ultima ipotesi venga meno, ad esempio perché sconfessata dall'esito del relativo contenzioso tributario,

¹⁷ In tal senso v. circolare n. 28/E del 04/08/2006 per cui: *"8.5 Collegamento con l'art. 167 del T.u.i.r. Merita, infine, precisare in quali termini la disposizione del nuovo comma 5 bis dell'art. 73 del T.u.i.r. può interferire sulla applicabilità del successivo articolo 167, nell'ipotesi in cui un soggetto residente controlli una società o un ente residente o localizzato in Stati o territori a fiscalità privilegiata che, a sua volta, detenga partecipazioni di controllo in società di capitali o enti commerciali residenti in Italia. È evidente che la presunzione di residenza nel territorio dello Stato dell'entità estera rende - in punto di principio - inoperante la disposizione dell'art. 167. Non sarà imputabile al soggetto controllante il reddito che la controllata stessa, in quanto residente, è tenuta a dichiarare in Italia. Qualora, tuttavia, sia fornita la prova contraria, atta a vincere la presunzione di residenza in Italia, la controllata non residente rimane attratta - ricorrendone le condizioni - alla disciplina dell'art. 167. In altri termini, il reddito della controllata estera non assoggettato a tassazione in Italia in dipendenza del suo, comprovato, status di società non residente resta imputabile per trasparenza al soggetto controllante ai sensi del citato art. 167. L'effettiva localizzazione della sede della amministrazione della controllata estera fuori del territorio dello Stato, e quindi la sua autonomia decisionale e di gestione, non escludono, infatti, che il suo reddito sia da considerare nella disponibilità economica del controllante residente"*.

potrebbe tornare ad applicarsi la disciplina di cui all'art. 167 del T.u.i.r. purché nel caso di specie siano integrate le condizioni di legge.

Ebbene, quel che appare anomalo, anche per quanto riguarda le ipotesi di controllo civilistico, è che il Fisco contesti l'esterovestizione facendo inspiegabilmente leva sui rapporti di direzione-coordinamento che la holding italiana esercita naturalmente sulle proprie *subsidiaries* estere.

Rispetto a tale impostazione, doverosa è una precisazione.

È "nell'ordine delle cose" che la holding, quale soggetto controllante che presiede un gruppo societario, assuma un ruolo-chiave anche nella strategy del gruppo, anche in ottica di preservare l'esistenza economico-finanziaria dello stesso.¹⁸

Ma tale condizione, non può di certo legittimare un'acritica equiparazione tra l'attività di direzione e coordinamento, codificata all'art. 2359 C.c. e la c.d. etero-direzione.¹⁹

Quel che rileva, a sommosso avviso di chi scrive, è un approccio *case to case*, così come inaugurato nella nuova versione del Modello OCSE, e di cui a breve si tratterà.

In pratica, occorre verificare se l'attività di direzione e coordinamento - talvolta sostanziata in direttive impartite dalla società capogruppo - configuri o meno un'effettiva ingerenza gestionale ed amministrativa nell'attività delle società estere

¹⁸ A tal riguardo, ad esempio assumendo decisioni che riguardano momenti significativi della vita della società, quali: le scelte imprenditoriali, il reperimento dei mezzi finanziari, le politiche di bilancio, la conclusione di contratti importanti ed altro ancora.

¹⁹ Sul punto, si è espressa autorevole dottrina ed, in particolare, v. Piergiorgio Valente, in Esterovestizione e eterodirezione: equilibri(smi) tra sede di direzione e coordinamento, direzione unitaria e sede di direzione effettiva (nota a Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia n. 197/2009), in Rivista di Diritto Tributario, vol. XX, 2010, p. 248, in cui si afferma che "*Il coordinamento delle imprese del gruppo può essere concepito come una modalità della direzione unitaria, consistente nella riconduzione ad unità della direzione di tutte le imprese del gruppo, in modo tale da omogeneizzarne i fini, standardizzarne i processi e uniformarne le singole operazioni... È importante sottolineare che l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento non può fondare alcun assunto di residenza fiscale delle controllate nel Paese in cui è localizzata la società controllante...*".

controllate tale da incidere significativamente sull'autonomia propria delle singole *entities* estere e che quest'ultime sono deputate ad esercitare in funzione del gruppo stesso.²⁰

Essenziale, dunque, è comprendere come nei rapporti tra holding-controllante e società partecipate estere, special modo se inserite all'interno di un gruppo societario articolato e conseguentemente complesso, è fisiologico che la controllante fissi delle scelte strategiche, funzionali anche allo sviluppo delle altre *entities*, senza con ciò assimilare tale "imperio" ad un vera etero-direzione;²¹ semmai, tale coordinamento sarà riconducibile alle ordinarie funzioni di direzione unitaria che sovente si rintracciano nei rapporti tra controllante e le proprie controllate site in altri Paesi.

In tale casistica, quello che rileva ai fini della residenza fiscale di una società non è il luogo dove vengo assunte le decisioni di ordine generale - destinate a riflettersi sull'intero gruppo societario - e da dove promanano gli impulsi gestionali della controllante, sibbene quello del c.d. *day to day management*.²²

²⁰ Un'emblematica dissertazione sulla direzione societaria in relazione al fenomeno dell'esterovestizione viene trattata da autorevole dottrina per cui v. F. CAPRIGLIONE, *Poteri della controllante e organizzazione interna del gruppo*, in *Impresa*, 1990, p. 2083, dove nella determinazione della politica di gruppo, la holding può "comprimere l'interesse di una società a favore dell'altra, beninteso ove ciò interagisca positivamente sul risultato finale della gestione complessiva".

²¹ Ed ancora, nell'ottica di valorizzare correttamente quelle che sono le fisiologiche dinamiche all'interno di un gruppo societario tra società controllante e partecipate estere, senza così dar luogo all'esterovestizione, v. P. VALENTE, *cit.*, in *Rivista di Diritto Tributario*, vol. XX, 2010, p. 253, secondo cui "L'attività di direzione, per converso, rilevante ai fini dell'individuazione della sede dell'amministrazione e, dunque, della residenza fiscale della società partecipata, si estrinseca nella identificazione delle modalità imprenditoriali che consentono alle singole *entities* partecipate il conseguimento degli obiettivi strategici di più alto livello ad esse assegnati dalla società controllante e la realizzazione, in tal modo, del più ampio disegno imprenditoriale del gruppo di appartenenza.

In sostanza, i flussi strategici - espressione della gerarchia societaria e del coordinamento funzionale - discendenti dalla capogruppo alle controllate (processo top-down), pur coinvolgendo ogni profilo della vita aziendale delle partecipate stesse, permeandone organizzazione e processi, non individuano, di per sé, alcuna sostituzione nell'esercizio dell'impresa sul territorio, ma esprimono unicamente il potere di direzione unitaria ed attestano l'esistenza di un rapporto di sovraordinazione (della controllante) e di subordinazione (della controllata)".

²² Un interessante contributo in tema di residenza fiscale, nell'ottica di

Tale criterio, pare essere l'unico valido ed attendibile al contempo per individuare il luogo nel quale si realizza effettivamente l'attività principale e sostanziale dell'impresa,²³ tenendo debitamente conto della sottile linea di confine che intercorre tra l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento posto in essere dalla controllante e la c.d. etero-direzione.

E dunque, in presenza di un gruppo societario di stampo internazionale, questa sin qui delineata si atteggia come la linea d'indagine più accreditata ed al contempo accettata ai fini della corretta individuazione della residenza fiscale di una società controllata con sede in un altro Stato.

inquadrare un criterio corretto in presenza di gruppo societario, v. PASQUALE FORMICA e CATERINA GUARNACCIA, *Esterovestizione: day to day management e corretta interpretazione delle dinamiche aziendali multinazionali*, in *Il Fisco*, n. 39, 2016, pp. 1-3740, per cui:

“L'indagine circa la residenza fiscale di una società deve tener conto, quindi, del confine che sussiste tra l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento posto in essere dalla controllante e la c.d. etero-direzione.

Detto confine risulta di non sempre agevole individuazione nei gruppi che operano a livello internazionale. In effetti, a parere di chi scrive, si ricade nell'ambito della etero-direzione solo se si verifica l'integrale ingerenza dei poteri degli organi della controllata e non la (normale) compressione dei poteri degli stessi.

Per tale ragione, con riferimento al fine che, in questa sede interessa, si ritiene che la residenza fiscale delle società non può che collocarsi nel luogo in cui gli executive officers realizzano, con stabilità e continuità, la gestione aziendale ordinaria. In effetti, occorre scongiurare un'interpretazione che conduca a risultati aberranti, quale quello di confondere l'attività che rileva ai fini dell'individuazione della residenza con la fisiologica attività di 'direzione e coordinamento' che la società controllante esercita (in modo legittimo) verso la propria controllata.

In questa prospettiva, la residenza (fiscale) deve necessariamente coincidere, non con il luogo di assunzione delle decisioni generali (di interesse del gruppo), ma con il luogo del c.d. day to day management e ciò soprattutto con riferimento a gruppi di società multinazionali.

Esso, infatti, appare l'unico criterio di collegamento idoneo a individuare il luogo nel quale si realizza effettivamente l'attività principale e sostanziale dell'impresa”.

²³ v. in dottrina l'interessante approfondimento di M. FANNI, *“L'esercizio delle prerogative del socio non determina l'esterovestizione della controllata se il day to day management è nello Stato Estero”*, in *Riv. giur. trib.*, n. 10/2015, p. 812.

3. L'approccio "convenzionale" al concetto di residenza fiscale: dall'avvento del progetto BEPS con l'Action 6 alla nuova versione del modello OCSE; focus sulla disciplina convenzionale italo-lussemburghese

Se il percorso argomentativo sin qui delineato attiene, in larga parte, alla disciplina domestica (ex art. 73 del T.u.i.r.), tale inquadramento non può affatto prescindere dalla disciplina parallelamente disegnata sul piano "convenzionale".

Nella sostanza, talché l'Italia, alla pari della maggioranza degli altri Paesi, ha siglato una mole di convenzioni fiscali contro le doppie imposizioni tra i diversi Stati, membri UE e non, è opportuno che per ogni singolo istituto trattato sul piano "pattizio" (vedasi a titolo esemplificativo: dividendi, interessi, stabile organizzazione etc...) si instauri un parallelismo con la disciplina parallelamente applicabile dal lato domestico (*rectius* di diritto interno).

Orbene, tra questi, il primo di richiamo è naturalmente quello della residenza fiscale poiché sulla base al requisito della territorialità che poi si articolano le potestà impositive dei singoli Stati.

Esemplificazione di quanto accennato è rinvenibile nel nostro impianto normativo.

Invero, i criteri stabiliti dall'art. 73, co. 3, T.u.i.r., sono residuali e subordinati rispetto a quanto fissato dalle convenzioni internazionali per ben due ragioni:

1) la prima, risponde alla previsione di cui all'art. 75 del D.P.R. n. 600/1973²⁴ e, in parte, all'art. 169 del T.u.i.r. ove risultino più favorevoli;

2) la seconda, al principio di specialità che, mutuato dal diritto penale ove è disciplinato all'art. 15 C.p., prevede per l'appunto che la natura "speciale" delle disposizioni pattizie prevalga rispetto a quelle di diritto interno.²⁵

²⁴ V. art. 75 del D.P.R. n. 600/1973 per cui "*Nell'applicazione delle disposizioni concernenti le imposte sui redditi sono fatti salvi gli accordi internazionali resi esecutivi in Italia*".

²⁵ In tal senso, da parte dell'autorevole dottrina v. A. Pozzo, *L'Interpretazione*

Volendo portare un esempio di stampo “internazionale”, se una holding spagnola ha delle *subsidiaries* con sede legale in Olanda, laddove il Fisco spagnolo contesti la presunta esteroinvestizione di quest’ultime, al fine di stabilire l’effettiva residenza fiscale e quindi il riparto impositivo tra i due Stati coinvolti occorrerà, quantomeno, richiamare la Convenzione ad hoc siglata tra Spagna ed Olanda.

Quest’ultima, verosimilmente, ricalcherà quanto stabilito in linea generale dal modello OCSE per quanto ci si accinge ad illustrare.

Innanzi al fenomeno, sempre più insidioso, legato alle c.d. A.T.P. (*aggressive tax planning*), si è avvertita sempre più l’esigenza di porvi rimedio, arginando il più possibile la possibilità che i contribuenti sfruttassero i diversi e più vantaggiosi regimi impositivi accordati dai diversi Stati per erodere materia imponibile.

Di tale necessità se n’è fatta carico l’OCSE, in particolare grazie all’ambizioso progetto che viene compendiato sotto l’acronimo di BEPS,²⁶ il quale comprende ben 15 Actions.

delle Convenzioni Internazionali Contro le Doppie Imposizioni - Capitolo VI, p. 153, per cui “Tuttavia, alla prevalenza delle norme convenzionali rispetto alle successive norme interne, e salvo che queste ultime non abbiano espressamente posto una deroga al diritto convenzionale, si perviene mediante l’affermazione della specialità delle norme di adattamento alla convenzione nonché mediante la presunzione della conformità della legge interna al trattato.

Quindi, le norme contenute nelle convenzioni, una volta avvenuto il recepimento all’interno del nostro ordinamento, si pongono come norme di carattere speciale idonee in quanto tali a prevalere sulla legge ordinaria”.

Precursori di codesta lettura v. G.B. GALLI - A. MIRAULO, *Italian National Report*, cit., p. 387, nonché A. LA PERGOLA A. - P. DEL DUCA, *Community Law, International Law and the Italian Constitution*, in *The An. Rew of International Law*, 1985, p. 598.

Ancora autorevole dottrina sulla relazione che si instaura tra norme tributarie interne e disposizioni convenzionali, v. G.A. MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1965, I, p. 216.

Dal lato della più autorevole giurisprudenza di legittimità più recente, cfr. Cass., Sez. V, sent. n. 30140 del 20/11/2019: “Le Convenzioni, stante il carattere di specialità del loro ambito di formazione, così come le altre norme internazionali pattizie, prevalgono sulle corrispondenti norme nazionali, dovendo la potestà legislativa essere esercitata nei vincoli derivanti, tra l’altro, dagli obblighi internazionali. Altresì, in ordine alle imposte sul reddito, le norme pattizie derivanti da accordi tra gli Stati prevalgono, attese la specialità e la ratio di evitare fenomeni di doppia imposizione, su quelle interne”.

²⁶ Sigla per “OECD Base Erosion and Profit Shifting Project”.

Dopo taluni progetti iniziali, che comunque hanno dato luogo ad una prima stesura ufficiale, la vera novità da segnalare è data dall'implementazione del nuovo Modello di Convenzione contro le Doppie Imposizioni nel 2017, introdotto proprio al fine di dar vita alle nuove soluzioni elaborate nell'ambito del Progetto BEPS, come accennato sostanziate nelle c.d. Actions.

Disquisendo in tema di esterovestizione, per ovvie ragioni si fa cenno soltanto a quella di riferimento, ovvero l'Action 6.²⁷

Detta Action, si pone l'obiettivo di fornire agli Stati strumenti idonei a prevenire i fenomeni di "abuso dei trattati" (c.d. *treaty shopping*) realizzati mediante strumenti ed entità ibridi che, con l'escamotage della doppia residenza, sfruttano le opportunità offerte dai trattati per sottrarre del tutto o in parte i propri redditi dall'imposizione fiscale.

Non deve sorprendere come nell'Action 6 sia contemplata una vera e propria clausola anti-abuso, nota come P.P.T (*principal purpose test rule*) che risponde ad un obiettivo ben preciso: con essa si tende a verificare quale sia l'effettiva finalità di una struttura o di un'operazione al fine di ovviare alla possibilità, non remota, che tali *structures* "ibride" vengano di fatto strumentalizzate.²⁸

Ed il modo più immediato per dribblare una tassazione più onerosa sta proprio nel porre formalmente la residenza fiscale in uno Stato con un regime impositivo più vantaggioso rispetto a quello in cui effettivamente tali società operano.²⁹

Di lì, si è avvertita l'esigenza di intervenire, per quanto si dirà,

²⁷ v. in OECD BEPS: *Action 6 Prevention of tax treaty abuse minimum standard*. «BEPS Action 6 addresses treaty shopping through new treaty provisions whose adoption forms part of a minimum standard that members of the BEPS Inclusive Framework have agreed to implement. It also includes specific rules and recommendations to address other forms of treaty abuse. Action 6 identifies tax policy considerations jurisdictions should address before deciding to enter into a tax agreement».

²⁸ Per autorevole dottrina internazionale v. Carlos Palao Taboada, OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: *The General Anti-Abuse Rule*, in: *Bulletin for International Taxation*, October 2015, pp. 602- 608.

²⁹ Per completezza, si rammenta tali clausole sono contemplate dal diritto interno del Regno Unito, degli Stati Uniti d'America e del Canada.

sull'art. 4 del Modello OCSE che disciplina il profilo della residenza fiscale.

L'occasione si è presentata nel 2017 dove, seguendo la scia già tracciata con il progetto BEPS, nella nuova stesura del Modello OCSE di Convenzione contro le Doppie Imposizioni si stabiliscono nuovi criteri per individuare la residenza fiscale, anche dei soggetti diversi dalle persone fisiche.

Difatti, se la previgente versione dell'art. 4, par. 3, poneva come criterio unico di riferimento quello del *“place of effective management”*,³⁰ la nuova stesura adotta una chiave di lettura³¹ per certi versi speculare, ma per altri innovativa.

Ad oggi, essa prevede infatti che *“Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è residente in entrambi gli Stati Contraenti, le autorità competenti degli Stati Contraenti dovranno fare del loro meglio per determinare di comune accordo lo Stato Contraente in quale detta persona dovrà essere considerata residente ai fini della Convenzione, avendo riguardo al luogo di direzione effettiva, il luogo dove è incorporata o in altro modo costituita e ogni altro fattore rilevante.*

In mancanza di tale accordo, tale persona non ha diritto a rivendicare alcuno sgravio o esenzione dalle imposte previsto dalla Convenzione salvo che nella misura e secondo le modalità concordate dalle autorità competenti degli Stati Contraenti”.³²

³⁰ La condensed version OECD del 2014 stabiliva che: *“Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated”*.

³¹ L'ultima versione del Modello Convenzionale è stata varata lo scorso 21 novembre 2017 dall'OCSE, e successivamente pubblicata in data 18/12/ 2017; il testo precedente risale al 2014.

³² V. update Model Tax Convention 2017, art. 4, par. 3: *“Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated. the competent authorities of 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*

In tal guisa, si viene a delineare un approccio tendenzialmente “case-by-case” per cui gli Stati membri dovranno collaborare nell’individuare la residenza fiscale di una determinata *entity* sulla base delle peculiarità di ogni singolo caso.

Trattandosi di un’analisi complessa e non di agevole portata, viene in ausilio il Commentario al Modello OCSE³³ il quale, per risolvere le questioni che sorgono sulla c.d. dual residence companies, traccia dei criteri-guida per individuare lo Stato titolare della potestà impositiva.

In particolare, al paragrafo 24.1 del Commentario vengono riportati:

- il luogo dove si riunisce il consiglio di amministrazione;
- il luogo dove il C.E.O. ovvero senior management svolgono la loro attività;

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”.

³³ As regard the Commentary tells that: «*This paragraph concerns companies and other bodies of persons, irrespective of whether they are or not legal persons. It may be rare in practice for a company, etc. to be subject to tax as a resident in more than one State, but it is, of course, possible if, for instance, one State attaches importance to the registration and the other State to the place of effective management. So, in the case of companies, etc., also, special rules as to the preference must be established. 22. It would not be an adequate solution to attach importance to a purely formal criterion like registration. Therefore paragraph 3 attaches importance to the place where the company, etc. is actually managed. 23. The formulation of the preference criterion in the case of persons other than individuals was considered in particular in connection with the taxation of income from shipping, inland waterways transport and air transport. A number of conventions for the avoidance of double taxation on such income accord the taxing power to the State in which the “place of management” of the enterprise is situated; other conventions attach importance to its “place of effective management”, others again to the “fiscal domicile of the operator”. 24. 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 as a whole are in substance.*

Observations on the Commentary. As regards paragraphs 24 and 24.1, Italy holds the view that the place where the main and substantial activity of the entity is carried on is also to be taken into account when determining the place of effective management of a person other than an individual».

- il luogo dove il day-to-day management viene svolto;
- il luogo dov'è collocato l'headquarter della società;
- la legge che governa la società;
- il luogo dove vengono conservati i documenti contabili.

Ad ogni modo, non bisogna trascurare come l'Italia, formulando specifiche osservazioni all'art. 4 del Modello OCSE ha introdotto una particolare riserva per effetto della quale, nel determinare la residenza fiscale di una società, oltre alla "sede della direzione effettiva", deve attribuirsi rilievo anche al luogo nel quale viene svolta l'attività principale dell'impresa.³⁴

In aggiunta, nel Commentario si accenna alla possibilità di inserire nelle Convenzioni siglate la previgente impostazione dell'articolo 4 del Modello OCSE la quale fissava come unico criterio quello del "*place of effective management*".

E dunque, talché occorre trovare un punto di incontro tra regolamentazione interna affidata ai criteri di cui all'art. 73, co. 3, T.u.i.r., e disciplina pattizia che, in buona sostanza, all'art. 4, par. 3, del modello OCSE rimanda, al criterio del "*place of effective management*", sul versante domestico la Corte di Cassazione è intervenuta per offrire una soluzione interpretativa pressoché univoca.

In tale prospettiva, rilevando una sostanziale sovrapposizione tra il criterio della sede dell'amministrazione (disciplina domestica) e sede della direzione effettiva (regolamentazione pattizia) si è ritenuto, non dissimilmente da quanto già espresso dall'Amministrazione finanziaria,³⁵ che la sede amministrativa di una company,

³⁴ A tal riguardo v. par. 25 delle osservazioni all'art. 4 del Modello OCSE per cui: «*As regards paragraphs 24 and 24.1, Italy holds the view that the place where the main and substantial activity of the entity is carried on is also to be taken into account when determining the place of effective management of a person other than an individual*».

³⁵ V. in tal senso nota dell'A.F. del 19/03/2010 la quale, nel replicare alla richiesta di chiarimenti inoltrata dalla Commissione europea in tema di presunzione di esterovestizione, tra l'altro, ha puntualizzato che la prova della collocazione fittizia all'estero della sede amministrativa di una società può anche «*attenere, ad esempio, al regolare, periodico svolgimento delle riunioni del*

differenziandosi dalla sede legale, si identifica sia nel luogo in cui vengono assunte le determinazioni sociali più rilevanti per l'esistenza della società, sia in quello di direzione dell'ente oltre che, all'uopo, quello di convocazione delle assemblee.

Delineato l'approccio che l'OCSE ha inteso aggiornare con le ultime modifiche in tema di dual residence, appare interessante soffermarsi, seppure in *brevitas*, su un esempio concreto di come le Convenzioni siglate tra Stati abbiano inteso recepire detta impostazione ai fini del riparto della potestà impositiva.

Orbene, dal momento che la sentenza in commento attiene ad una fattispecie che coinvolgeva Italia-Lussemburgo e per cui il Fisco aveva ritenuto che il *place of effective management* della holding lussemburghese fosse collocabile in Italia, si vuole posare lo sguardo proprio sulla disciplina pattizia contemplata nella Convenzione tra Italia e Lussemburgo.³⁶

Non a caso i Giudici regionali hanno valorizzato l'impatto di tale regolamentazione pattizia sulla disciplina interna rimarcando come *“Viene altresì in rilievo la Convenzione tra Italia e Lussemburgo intesa a evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio ed a prevenire la frode e l'evasione fiscali, firmata il 3 giugno 1981 e ratificata e resa esecutiva con la L. 14 agosto 1982, n. 747... Le due discipline, quella interna e quella pattizia, a ben vedere, sono sostanzialmente equivalenti... La nozione di ‘sede*

consiglio di amministrazione di cui può essere agevolmente fornita documentazione unitamente all'evidenza che le riunioni sono tenute presso la sede sociale con la partecipazione dei diversi consiglieri (p. es delibere del consiglio di amministrazione formalmente prese all'estero, biglietti aerei/ricervede di alberghi che attestano gli spostamenti dei consiglieri residenti in Italia)».

³⁶ Come ribadito da autorevole dottrina v. Prof. Avv. G. Maisto, in *Convenzioni Internazionali per evitare le doppie imposizioni*, 2015, p. 794, per cui trattasi di uno strumento inteso *“ad evitare le doppie imposizioni in materia d'imposte sul reddito e sul patrimonio ed a prevenire la frode e l'evasione fiscale conclusa a Lussemburgo il 3 giugno 1981 e ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 14 agosto 1982, n. 747 (pubblicata nel S.O. alla G.U. n. 284 del 14 ottobre 1982). Lo scambio degli strumenti di ratifica è avvenuto il 4 febbraio 1983 (comunicato del Ministero degli Affari Esteri pubblicato nella G.U. N. 77, Serie Generale del 19 marzo 1983) e la convenzione è entrata in vigore il 4 febbraio 1983”*.

dell'amministrazione'..., in quanto contrapposta alla 'sede legale', si deve ritenere coincidente con quella di 'sede effettiva' (di matrice civilistica), intesa come il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee...".

Per quanto d'interesse, l'art. 4 della ridetta Convenzione, disciplina il tema della residenza.

Tralasciando la regolamentazione destinata alle persone fisiche e per cui la Convenzione si propone l'obiettivo di prevenire l'evasione fiscale ed al contempo evitando doppie imposizioni per cittadini italiani che hanno la loro residenza e/o domicilio in Lussemburgo,³⁷ ci si concentra sul trattamento riservato alle persone giuridiche.

L'art. 4, par. 3, prevede difatti che *"Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica, è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, si ritiene che essa è residente dello Stato contraente in cui si trova la sede della sua direzione effettiva"*.

³⁷ In tema si richiama la risp. n. 25 del 04/10/2018 in cui l'A.F., nel fornire talune delucidazioni in merito ad una fattispecie che vedeva un contribuente che evidenziava un problema di doppia imposizione tra Italia e Lussemburgo, ha ritenuto necessario il rimando alla Convenzione tra Italia e Lussemburgo per risolvere il conflitto, in particolare rilevando che *«Per individuare la nozione di residenza fiscale valida ai fini dell'applicazione delle disposizioni delle Convenzioni contro le doppie imposizioni e, in particolare, della Convenzione tra Italia e Lussemburgo per 3 evitare le doppie imposizioni ratificata dalla legge 14 agosto 1982, n. 747 (di seguito la Convenzione o il Trattato internazionale), è necessario fare riferimento alla legislazione interna degli Stati contraenti. Si osserva, in particolare, come la Convenzione stabilisca, all'articolo 4, paragrafo 1, che l'espressione "residente di uno Stato designa ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato, a motivo del suo domicilio, della sua residenza (...) o di ogni altro criterio di natura analoga". A tal riguardo l'articolo 2, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito TUIR) considera residenti in Italia "le persone che per la maggior parte del periodo d'imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del Codice civile". Le tre condizioni sopra citate sono tra loro alternative, essendo sufficiente che sia verificato, per la maggior parte del periodo d'imposta, uno solo dei predetti requisiti affinché una persona fisica venga considerata fiscalmente residente in Italia e, viceversa, solo quando i tre presupposti della residenza sono contestualmente assenti nel periodo d'imposta di riferimento tale persona può essere ritenuta non residente nel nostro Paese».*

Orbene, anche in base alla Convenzione tra Italia e Lussemburgo, seguendo l'impostazione storicamente adottata dal Modello OCSE, la residenza fiscale delle persone giuridiche deve rintracciarsi nella sede di direzione effettiva come tra l'altro recentissimamente confermato anche dalla Corte di legittimità.³⁸

Delineate le linee chiave dell'approccio adottato sul piano convenzionale in tema di dual residence, vediamo come viene

³⁸ In ordine ad una contestazione di presunta esterovestizione riguardante una società con sede nello Stato di San Marino la Corte di Cassazione, con una recentissima pronuncia, ha rigettato i motivi promossi dall'A.F. stabilendo che: *“La questione oggetto della presente controversia non è nuova: al riguardo si registra una ormai consolidata interpretazione della giurisprudenza di legittimità, alla quale si è uniformata la sentenza impugnata ed alla quale il collegio ritiene di dovere assicurare continuità nella presente sede; secondo tale orientamento, ai fini della individuazione della residenza fiscale delle società ed enti, ai sensi del D.P.R. n. 917 del 1986, art. 87, comma 3, (secondo la numerazione vigente ratione temporis, corrispondente all'odierno art. 73, comma 3, a seguito del D.lgs. n. 344 del 2003), la nozione di ‘sede dell'amministrazione’, in quanto contrapposta alla ‘sede legale’, è assimilabile alla ‘sede’ di matrice civilistica, intesa come il luogo di concreto svolgimento delle attività amministrative, di direzione dell'ente e di convocazione delle assemblee e, quindi, come luogo stabilmente utilizzato per l'accentramento, nei rapporti interni e coi terzi, degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e dell'impulso dell'attività dell'ente (Cass. n. 2869 del 7.2.2013 e, più di recente, n. 15184 del 4.6.2019).*

Nella fattispecie la CTR - nel confermare la sentenza di primo grado - ha affermato che, alla luce della documentazione probatoria versata in atti, «non sussistono i presupposti per dichiarare che la Junior Glass spa e la Arte Vetro abbiano “entrambe sede nel territorio italiano” e che, in particolare, deve escludersi che quest'ultima potesse classificarsi come soggetto fiscale nel nostro Paese, in assenza di “prova concreta che possa far ritenere plausibile la tesi dell'ufficio secondo cui l'effettiva attività di amministrazione e gestione di Arte Vetro si svolgesse al di fuori del territorio sanmarinese”». Le risultanze di causa che hanno evidenziato i secondi giudici testimoniano che “nel periodo oggetto di verifica la documentazione contabile ed i libri sociali erano tenuti a (OMISSIS) e le riunioni del collegio sindacale e dell'assemblea si tenevano tutte nello stesso territorio così come gli obblighi civilistici e fiscali erano adempiuti nel proprio Stato di appartenenza e i dipendenti erano quasi tutti ivi residenti. Gli argomenti dedotti nella presente sede dalla ricorrente sono stati valutati dalla CTR, contrariamente all'assunto dell'Ufficio.

- Quanto al rinvenimento presso la sede della Junior Glass spa di una situazione patrimoniale di Arte Vetro, la CTR ha escluso che tale circostanza potesse scalfire il convincimento espresso nella sentenza, a ragione del ritenuto carattere ‘convincente’ delle giustificazioni rese sul punto dalla contribuente, la quale ha fatto presente come detto documento costituisse l'unico prospetto contabile all'interno della verifica fiscale concernente gli anni dai 2003 al 2007 e come lo stesso si riferisse al solo anno 2006 e perseguisse il solo fine di valutare

trattata tale questione da parte dei Giudici degli altri Stati.

In tal senso, ci si vuole soffermare su un caso di respiro strettamente internazionale che è stato affrontato dalla giurisprudenza olandese.

Nella fattispecie, la Lower Court of Arnhem è stata chiamata a pronunciarsi sulla contestazione mossa dall'Amministrazione finanziaria olandese ad una società sita ad Hong Kong.³⁹

Invero, dal momento che la società cinese era partecipata da due persone fisiche residenti in Olanda, di cui una peraltro ricopriva il ruolo di Amministratore Unico oltre ad impartire precise direttive, il Fisco olandese presumeva che la prima fosse esterovestita, recuperando così a tassazione le imposte sul reddito d'impresa non

la consistenza e la garanzia offerta da uno dei maggiori fornitori di Junior Glass spa; quanto esposto porta ad escludere che questa società fosse in possesso di informazioni patrimoniali strategiche della società odierna controricorrente” (cfr. Cass., Sez. V, ord. n. 24872 del 06/11/2020).

Sempre nell'ottica di valorizzare la sede di direzione effettiva la Suprema Corte, quasi in tempi non sospetti, esaminando un caso in cui veniva contestata l'asserita localizzazione fittizia di una società in Lussemburgo ha rigetto le doglianze erariali, che peraltro ritenevano inapplicabili *ratione temporis* la disciplina pattizia, affermando invece che *“L'ampia disamina, compiuta dal giudice a quo, della normativa fiscale - civilistica e pattizia - in tema di residenza fiscale delle società e della relativa interpretazione dottrinale e giurisprudenziale appare, infatti, corretta, là dove, in sintesi, egli giunge alla conclusione della assimilazione del concetto (fiscale) di 'sede dell'amministrazione' (qualificato come uno dei criteri 'alternativi' indicati nell'art. 87, comma 3, del TUIR) a quello (civilistico) di 'sede effettiva' della società ed intende quest'ultima, in sostanziale conformità ai principi sopra enunciati, come il luogo in cui si svolge in concreto la direzione e la gestione dell'attività d'impresa e dal quale promanano le relative decisioni.*

Ne deriva che anche la parte finale della motivazione, dove si afferma che «secondo il criterio generale, la sede legale-amministrativa della CIN non è in Italia e, pertanto, decade ogni criterio sussidiario», non può che essere interpretata - come in definitiva ammette anche la stessa Agenzia ricorrente - alla luce dei principi esposti immediatamente prima, cioè nel senso che, ad avviso della CTR, la sede effettiva ('amministrativa') della società coincide con quella legale lussemburghese (oltre che con il luogo dell'oggetto principale dell'attività, che l'Ufficio non ha mai contestato che sia in Lussemburgo), con ciò escludendosi la configurabilità in concreto della residenza fiscale in Italia in base alla norma interna citata - e quindi l'ipotesi della esterovestizione - con assorbimento di ogni altra indagine” (cfr. Cass., Sez. V, sent. n. 2869 del 07/02/2013).

³⁹ Per una disamina approfondita del caso v. Lower Court Arnhem, 07/03/2007.

dichiarato.

Orbene, tale ricostruzione non ha trovato accoglimento nei Giudici olandesi.

È d'interesse evidenziare, anche al fine di sottolineare come l'onere probatorio gravante sul Fisco debba esser rigoso e non fermarsi a delle mere circostanze fattuali poste a base dell'accertamento, come ad avviso della Corte olandese il fatto che il socio-amministratore della società sita ad Hong Kong si fosse ivi recato solo sporadicamente e che avesse supervisionato la relativa attività dall'Olanda, non poteva considerarsi bastevole per sostenere l'esterovestizione.

Ciò che dunque rileva in tema di residenza delle persone giuridiche è dato *in primis* dalle circostanze che connotano il caso concreto⁴⁰ per poi, eventualmente, dar rilievo ai profili formali afferenti la costituzione della società; tra queste, senz'altro, così come impresso dal modello OCSE, il primo criterio direttivo è dato dal *place of effective management*.

Sempre nell'ottica di sottolineare l'ineludibile onere probatorio gravante sul Fisco, nella storica casistica affrontata dalla giurisprudenza olandese, è imprescindibile tornare indietro negli anni fino a giungere ad una importante pronuncia della Hoge Raad der Nederlanden (Corte Suprema dei Paesi Bassi).⁴¹

Quest'ultima, chiamata a valutare se la sede svizzera di una società fosse o meno fittizia, ha negato ingresso alla tesi erariale sottolineando, in particolare, come l'Amministrazione finanziaria non aveva fornito la prova che la sede della direzione effettiva della società svizzera fosse localizzata nei Paesi Bassi nonostante i soggetti controllanti erano ivi residenti.

Anche questo rapido sguardo volto a comprendere quale sia, in

⁴⁰ Volgendo uno sguardo alla disciplina tributaria adottata in Olanda, ai sensi dell'art. 4 del General Taxes Act "la residenza delle persone giuridiche si determina in base alle circostanze".

⁴¹ Al riguardo v. Hoge Road, BNP, 1989/52, decisione del 27/04/1988.

linea generale, l'imprinting dato in altre giurisdizioni – in tal caso olandese – alle contestazioni mosse in tema di residenza fiscale delle persone giuridiche, conferma come sia essenziale che l'attività e la gestione della società incriminata possano rintracciarsi, quantomeno in maniera non irrilevante, nella sede estera.⁴²

4. Il certificato di residenza fiscale rilasciato dall'Autorità estera: focus sulla relativa valenza probatoria in ipotesi di contestata esterovestizione

Illustrate le questioni sottese alla disciplina nazionale e, di rimando, di stampo convenzionale in tema di dual residence, vi è un altro interessante elemento da cui si ritiene non possa prescindere laddove l'Amministrazione finanziaria contesti l'esterovestizione, vale a dire: il certificato di residenza fiscale.

Trattasi, infatti, di un documento ufficiale rilasciato dalle autorità fiscali di uno Stato estero con cui si attesta la residenza fiscale di un soggetto o di una società.

Compreso ciò, appare necessario inquadrare in che termini esso venga inquadrato dalla nostra disciplina domestica e, special modo, se vi sia una disciplina riservata con riguardo alla tematica di cui trattasi.

Orbene, partendo da un approccio normativo, il certificato estero viene richiamato nel nostro dettame normativo di stampo tributario in ben due occasioni:

- una prima volta, dalla disciplina sull'esenzione da ritenuta per

⁴² Per un distinguo chiaro dei 3 criteri delineati dall'art. 73 del T.u.i.r., in dottrina v. P. FORMICA - C. GUARNACCIA, *Esterovestizione: day to day management e corretta interpretazione delle dinamiche aziendali multinazionali*, in *Il Fisco*, n. 39, 2016, pp. 1-3740., in cui si afferma correttamente che in ordine alla:

- "sede legale, quale requisito di carattere formale che, facendo implicito riferimento all'art. 2328 c.c., prevede che la sede sociale debba essere indicata nell'atto costitutivo o nello statuto;

- sede dell'amministrazione, quale requisito di carattere sostanziale, inteso come luogo ove, genericamente, viene svolta l'attività di gestione (cfr. infra);

- oggetto esclusivo o principale sociale, quale requisito di carattere sostanziale, inteso quale attività essenziale posta in essere per realizzare gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto".

interessi e royalties “in uscita” di cui all’art. 26-*quater* del D.P.R. n. 600/1973;

- una seconda, dalla disciplina sull’esonero da tassazione per i dividendi incassati e pagati tra società italiane ed estere facenti parte del medesimo gruppo.

Come può chiaramente notarsi, non vi è alcun espresso riferimento all’impatto che il certificato di residenza fiscale possa assumere in tema di dual residence e, di converso, con riferimento al fenomeno “patologico” dell’esterovestizione.

Tuttavia, ciò non deve essere inteso come assenza di interesse da parte delle Autorità fiscali, tutt’altro.

Invero, proprio al fine di colmare questa sorta di “*vulnus*” normativo ed al contempo stimolarne un intervento, si è mossa l’AIDC⁴³ partendo proprio dalla legittimità della presunzione di cui all’art. 73, co. 5-*bis*, T.u.i.r.

Difatti, sostenendo che tale previsione normativa risultasse in contrasto con i principi comunitari di libertà di stabilimento, proporzionalità e non discriminazione, ha sollecitato l’intervento della Commissione europea.

Quest’ultima, investita della questione, ha così richiesto all’Amministrazione finanziaria di chiarire taluni aspetti; il tutto, implementando il c.d. procedimento EU Pilot/2010/777 TAXU.⁴⁴

⁴³ Le principali argomentazioni dell’AIDC sono compendabili nei seguenti termini, così come evidenziato da autorevole dottrina v. Sacchetto, *L’esterovestizione societaria*, Torino, 2013, secondo cui:

l’art. 73, co. 5-*bis*, del T.u.i.r., impedirebbe, a parità di condizioni, la scelta del management maggiormente adatto per amministrare la società, introducendo una penalizzazione per i prestatori d’opera residenti in Italia;

la norma in questione non ammetterebbe la verifica, in via preventiva, della idoneità della prova contraria, conseguendone inevitabilmente la lesione del principio di certezza del diritto e, specularmente, attribuendosi eccessivo potere discrezionale a favore del Fisco;

il contribuente sarebbe obbligato ad adempiere all’onere di fornire mezzi di prova diversi ed ulteriori rispetto al certificato rilasciato dall’Autorità estera attestante l’effettiva residenza fiscale nello Stato in cui quest’ultima è stata posta e l’assoggettabilità all’imposta sui redditi locale.

⁴⁴ Per un’approfondita disamina del tema v. *Il Commercialista Veneto*, Inserto: *La residenza fiscale delle società*, n. 236, marzo/aprile 2017, in cui si riporta che:

Più precisamente:

- ❖ In quale modo l'A.F. valuta i requisiti della residenza della maggioranza dei soci o degli amministratori ai fini della presunzione della residenza;

- ❖ Come il contribuente possa fornire la prova contraria ammessa dalla normativa;

- ❖ La predisposizione di una statistica in ordine la localizzazione in altri Stati della UE o dello Spazio economico europeo di società o di enti la cui residenza effettiva è stata considerata sistematicamente riconducibile in Italia;

- ❖ Le conseguenze pratiche derivanti dall'applicazione della normativa sulle esterovestizioni, ad esempio, in termini di sanzioni;

- ❖ L'efficacia probatoria del rilascio da parte delle autorità fiscali estere del certificato di residenza fiscale per contrastare e superare la presunzione di esterovestizione;

- ❖ La possibilità di avvalersi di strumenti di supporto allo scopo di accertare l'effettiva residenza di un soggetto estero che si taccia di essere esterovestito.

Con Note prot. n. 2010/39678 del 19.03.2010 e prot. 2010/157346 del 20.12.2010, l'Agenzia delle Entrate si è così espressa: *“il certificato di residenza fiscale o altra certificazione (rilasciata dalle autorità dello Stato Membro) attestante l'assoggettabilità a imposizione nello Stato membro di stabilimento della società rilevano significativamente ai fini della prova dell'insussistenza di un attendibile collegamento con l'Italia. Tuttavia, si tratta di prova*

«A seguito di formale denuncia presentata dall'Associazione Italiana Dottori Commercialisti (Aidc), concernente i profili di illegittimità comunitaria della presunzione legale di residenza fiscale prevista dall'articolo 73, comma 5-bis, T.u.i.r., per presunta violazione dei generali principi comunitari di proporzionalità, libero stabilimento e non discriminazione, la Commissione europea ha avviato il procedimento EU Pilot/2010/777.TAXU. Nell'ambito di tale procedimento, l'Agenzia delle Entrate ha fornito opportuni chiarimenti e linee guida di comportamento da adottare in caso di accertamento in materia di esterovestizione, soffermandosi, in particolar modo, sulla 'prova contraria' finalizzata a dimostrare l'effettiva residenza all'estero di una società e fornendo talune precisazioni anche sulla valenza probatoria dei certificati fiscali esteri».

necessaria e valida, ma non sufficiente per rigettare la presunzione in questione... Ciò comporta che il certificato di residenza fiscale rilasciato dall'autorità fiscale dei predetti Stati certamente configura un elemento rilevante ai fini della prova della non-residenza in Italia del contribuente, ma necessita di ulteriori elementi di prova, di natura fattuale, che dimostrino che il soggetto è effettivamente amministrato al di fuori del territorio italiano”.

In sostanza, se da un lato il Fisco riconosce l'importanza probatoria di tale documentazione, al contempo esclude che sia da sé idonea per superare la citata presunzione di esterovestizione.

La dottrina, innanzi a tale presa di posizione, non è stata di certo inerme, tutt'altro.⁴⁵

Ad ogni modo, preso atto delle risposte rese dall'A.F., la Commissione europea ha ritenuto pienamente conforme al diritto comunitario la normativa italiana sulla esterovestizione.

Nello specifico, in considerazione del fatto che, come precisato dalla stessa A.F., i riscontri degli organi verificatori devono basarsi su un'analisi globale della situazione dell'impresa che non può esser condizionata, almeno in linea teorica, da una valutazione che si palesi acritica rispetto alle specificità del caso in esame, risultando così legata soltanto all'operatività di detta presunzione.

Rispetto a quanto detto, aggiungasi che la medesima A.F. si è prodigata nell'indicare quale documentazione assuma rilevanza ai fini probatori.

Nel dettaglio, si è ritenuto che per dimostrare l'effettiva residenza all'estero di una società è significativo e, perché no decisivo, valutare:

- il regolare e periodico svolgimento delle riunioni del C.D.A., di cui si potrebbe fornire la relativa documentazione a documentazione unitamente all'evidenza che le riunioni sono tenute all'estero presso la sede sociale con la partecipazione dei diversi consiglieri (ad

⁴⁵ In particolare, una critica significativa a tale interpretazione è stata mossa da M. Piazza, D. Del Frate, *Quando il Fisco presume che una società estera risieda fiscalmente in uno Stato terzo*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n.1/2013.

esempio mediante delibere del C.D.A. assunte all'estero, biglietti dei viaggi, ricevute di alberghi che attestano gli spostamenti dei consiglieri dall'Italia);

- l'effettività della gestione sociale da parte dei membri del C.D.A., nel qual caso la predetta documentazione potrebbe essere rappresentata da progetti ed interventi diretti degli amministratori, volti a migliorare la performance della società estera.

Al contrario, risulterebbe alquanto penalizzante ai fini difensivi la domiciliazione della società estera - oggetto di verifica - presso società di servizi e studi legali (ad ex con sede in Inghilterra, Andorra) in quanto potrebbe costituire un indice di esterovestizione;

- l'effettivo svolgimento all'estero della gestione operativa della società, nel qual caso la documentazione probatoria, atta a dimostrare il grado di autonomia funzionale della società dal punto di vista organizzativo, amministrativo e contabile, potrebbe essere formata anche da:

- direttive interne; contratti di natura commerciale o finanziaria;
- corrispondenza ed altri documenti che integrano le trattative commerciali cui è orientata la strategia aziendale;
- documentazione comprovante il corretto adempimento degli obblighi fiscali nello Stato estero;
- qualsiasi altro documento che provi che gli atti di gestione e l'attività negoziale sono stati posti in essere a livello locale e che i dirigenti locali godono di autonomia nell'organizzazione del personale, nelle decisioni di spesa e nella stipula dei contratti.

A ben vedere, la documentazione esemplificativa stilata dall'A.F. può essere inquadrata come un vero e proprio vademecum⁴⁶ che può essere letto in duplice prospettiva:

- da un lato, una utile guida che le società estere sono invitate ad osservare per non incorrere nella presunzione di esterovestizione di cui al citato art. 73 del T.u.i.r. ma,

⁴⁶ Sul tema, per autorevole dottrina v. M. FURLAN, *Esterovestizione. Il vademecum dell'Agenzia*, in *Fiscalità Int.*, 2012, p. 30.

- dall'altro, un ottimo strumento di difesa da poter impiegare ove l'A.F. contesti l'efficacia probatoria della documentazione prodotta dal contribuente in sede di accertamento.

E dunque, pur apprezzando lo sforzo di *"orienteeering"* da parte dei più alti rappresentanti dell'Amministrazione finanziaria, ciò non toglie che privare il certificato di residenza rilasciato dall'Autorità di uno Stato UE la valenza intrinseca che gli è propria, non può lasciare indifferenti; tanto più in ragione dell'orientamento già proprio della C.G.U.E., sebbene concernente l'aspetto del rimborso IVA, per cui le attestazioni di residenza rilasciata da un'autorità fiscale comunitaria lasciano presumere che l'interessato vi risieda effettivamente.⁴⁷

Ad ogni buon conto, che il certificato di residenza fiscale rilasciato dall'Autorità di uno Stato estero assuma senz'altro valore agli occhi del Fisco italiano, lo conferma anche una sua Prassi ufficiale, sebbene concernente il trattamento fiscale dei dividendi in uscita dall'Italia verso uno Stato UE.⁴⁸

⁴⁷ Al riguardo v. C.G.U.R., Causa C-73/06, Planzer Luxembourg Sàrl contro Bundeszentralamt für Steuern, del 28/06/2007, per cui *"Gli artt. 3, lett. b), e 9, secondo comma, dell'ottava direttiva del Consiglio 6 dicembre 1979, 79/1072/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Modalità per il rimborso dell'imposta sul valore aggiunto ai soggetti passivi non residenti all'interno del paese - vanno interpretati nel senso che l'attestazione conforme al modello di cui all'allegato B della direttiva stessa permette, in via di principio, di presumere che l'interessato sia non soltanto soggetto passivo dell'imposta sul valore aggiunto nello Stato membro cui fa capo l'amministrazione tributaria che gliel'ha rilasciata, ma anche che esso sia residente in tale Stato membro"*.

Questo principio è anche sancito nella relazione governativa al D.lgs. n. 136/1993, in base alla quale «l'individuazione della residenza fiscale della società può essere risolta in via procedimentale sulla base di un certificato delle competenti autorità dello Stato comunitario che attesti il possesso del requisito in parola».

⁴⁸ Sulla rilevanza probatoria del certificato di residenza estero, incombenza sul contribuente, v. circ. n. 32/E del giorno 08/07/2011, "2.2.3 Onere della prova e meccanismi di imputazione", per cui in base alle regole generali del diritto interno, l'onere di dimostrare la sussistenza dei presupposti per ottenere un rimborso di imposta grava sul contribuente che lo richiede. Tale regola trova necessariamente applicazione anche per le istanze di rimborso in esame. Analogamente a quanto prescritto dall'art. 27-bis, comma 2, del D.P.R. n. 600 del 1973 per i rimborsi a favore di società "madri", anche i rimborsi in questione saranno subordinati alla dimostrazione da parte delle società interessate, tramite certificazione del proprio Stato di residenza, di essere soggetti passivi nel proprio

Per quanto sin qui illustrato, ciò che appare alquanto evidente attiene al fatto che la valenza probatoria del certificato di residenza fiscale estero, lungi dal rappresentare una tematica statica e ben definita, è invece una tema di forte discussione che non può che esser destinato a svilupparsi su un “terreno” ove per sua natura si staglia la contrapposizione tra visioni differenti, vale a dire quella giudiziale.

Orbene, come sovente accade per questioni che sono tutt’altro che assodate, è dato registrarsi una sostanziale dicotomia nelle decisioni assunte dai Giudici tributari.

Ma vediamo in quali termini.

La linea di confine sta propria nella vincolatività o meno della suddetta documentazione sul piano probatorio, vale a dire: se da un lato si rintracciano decisioni che attribuiscono un valore quasi pregnante al certificato di residenza fiscale estero, dall’altro ve ne sono altre che invece richiedono che sia fornita la prova dell’effettiva residenza fiscale in uno Stato estero, relegando il primo dato alle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni hanno valenza probatoria vincolante.

Di rincalzo, anche per la dottrina già interessatasi della questione, non poteva escludersi a priori la rilevanza probatoria di tale documentazione.

In contrapposizione a tale linea “garantista”, le posizioni assunte da altra parte della giurisprudenza di merito mirano verso tutt’altra direzione.

In sostanza, per il secondo orientamento giurisprudenziale, l’attestazione riportata nel certificato di residenza fiscale estera non esime comunque il contribuente dal dimostrare in maniera compiuta e convincente l’effettività di quanto formalmente rappresentato.

Stato di residenza di una imposta sul reddito delle società analoga all’IRES tale che l’applicazione della ritenuta italiana in misura piena darebbe luogo ad un’imposizione discriminatoria rispetto all’analoga situazione interna all’ordinamento italiano. La verifica delle certificazioni che le società interessate produrranno potrà avvenire, come già ricordato, avvalendosi delle regole di collaborazione fiscale transfrontaliera previste dalla Direttiva 77/799/CEE, o di analoghe regole previste da convenzioni bilaterali».

Un'esemplificazione di ciò, può rinvenirsi nelle più recenti pronunce assunte dalla giurisprudenza di seconde cure in cui si evince come tale attestazione non assurgerebbe altro che a dato formale e, come tale, inidoneo a dimostrare in maniera decisiva l'effettiva residenza fiscale nello Stato interessato.

Invero, il criterio oramai universalmente adottato dal Modello OCSE oltre che dalle convenzioni contro le doppie imposizioni, per individuare la residenza fiscale delle persone giuridiche è quello del *place of effective management*.

5. Considerazioni finali

E dunque, volendo dare una chiosa agli spunti normativi ed interpretativi sviluppati in tal sede, non si può prescindere da un punto cardine.

Ad oggi, è oramai manifesto come la tematica domestica dell'esterovestizione, ancor più di altre che parimenti risentono dell'influsso "internazionale", non può non raffrontarsi con la regolamentazione predisposta in sede pattizia tra i vari Stati; di rimando, con riguardo alla disciplina approntata, da ultimo, con la nuova versione del Modello OCSE.

Quel che è chiaro, così come emerge dal percorso interpretativo tracciato, che il modello da privilegiare in ipotesi di dual residence è quello del c.d. case to case, così da appurare ove collocare la residenza fiscale di una persona giuridica.

Lo sforzo interpretativo, special modo offerto dalla giurisprudenza, sia interna (legittimità e di merito) oltre che unionale, è risultato senz'altro notevole.

A tal riguardo, quello che si ritiene di poter inquadrare come un vero e proprio "*revirement*", senz'altro di impatto innovativo con riguardo alla tematica dell'esterovestizione, è dato dal principio di diritto emanato nella nota vicenda Dolce&Gabbana sul concetto del "*wholly artificial arrangement*".

Affermato sotto l'egida della Suprema Corte, sino ad arrivare alle

più recenti pronunce quivi richiamate, ad oggi assume una valenza importante sul versante tributario.

Unitamente a ciò, risentendo inevitabilmente del modello apportato dall'OCSE, il criterio principe assunto per dirimere le contestazioni in tema di dual residence non può che riposare su quello dettato dal *place of effective management*, vale a dire il luogo della direzione effettiva.

Invero, grazie al contributo offerto sul versante internazionale dal Commentario al Modello OCSE, mentre su quello prettamente nazionale dalla Prassi dell'A.F. e dalle più autorevoli decisioni assunte sul punto, la ricerca del c.d. PoEM pare acquisire sempre più un denominatore comune, e cioè: concentrarsi nel luogo in cui vengono assunte le determinazioni sociali più rilevanti, in cui è posta la direzione dell'ente oltre che di convocazione delle assemblee e di accentramento dei propri organi anche in relazione ai rapporti instaurati con terzi.

Indubbiamente, se al pari di qualsivoglia altra contestazione in cui il ruolo di attore principale deve essere assolto dal Fisco, stesso dicasi, ma ad osare si potrebbe arguire anche a maggior ragione, in tema di esterovestizione ove, sul versante probatorio, è il Fisco che deve provare la sussistenza dei presupposti costitutivi della fattispecie contestata.

Cionondimeno, considerato l'approccio sostanziale che oramai viene assunto in sede giudiziale, e ferme restando le eccezioni che possono essere mosse dalla difesa in punto di diritto, non può ritenersi che il contribuente sia *ex sé* esentato dal sottoporre al vaglio dei Giudici tributari materiale documentale e probante atto a dimostrare l'effettività della società sita in un altro Stato e correlativamente l'infondatezza della tesi erariale.

Laddove invece si disquisisca di esterovestizione a fronte di un controllo societario esercitato dalla holding italiana sulla propria controllata di diritto estero, l'*onus probandi* richiesto al Fisco non può essere meno rigoroso, tutt'altro.

Invero, è bene non lasciarsi trasportare dall'idea che la mera presenza di impulsi gestionali e/o direttive promananti da casa-madre, e ciò non potrebbe esser diversamente visto il ruolo e la responsabilità che la prima naturalmente va ad assumere, come previsto anche dall'art. 2497 C.c., postuli l'automatismo di ritenere che la seconda debba ritenersi senz'altro esterovestita; una siffatta equiparazione non può e non deve essere accolta tout court senza obiezioni, eventualmente spendibili nella sede ove è massima la difesa del contribuente, vale a dire innanzi ai Giudici tributari. Meramente formale e come tale privo di forza vincolante ai fini del superamento dell'esterovestizione.

Prendendo le mosse dal primo dei due orientamenti giurisprudenziali cui si è poc'anzi accennato, è forse d'obbligo rammentare come la Suprema Corte, sebbene con una pronuncia risalente, ha attribuito valenza probatoria al certificato rilasciato dall'Autorità estera in quanto si attestava la residenza fiscale della società in Olanda.⁴⁹

⁴⁹ Per tale decisione cfr. Cass., Sez. V, sent. n. 1553 del 03/02/2012, a mente della quale *“Alla luce della chiara lettera di tale normativa, il giudice d'appello ha rilevato che era provata la residenza olandese con la dichiarazione rilasciata dall'Autorità (Balastingdlenst/Grote ordenemingen Rotterdam) di quel Paese, nella quale «si attesta che Mill Hill Investments è residente in Olanda ai sensi dell'art. 4 della convenzione bilaterale sulle doppie imposizioni tra l'Italia e i Paesi Bassi»; ha rilevato cane l'assoggettamento ad imposte era documentato con una unofficial translation attestante la corresponsione in Olanda, per il 2000, corrispondente al periodo d'imposta in relazione al quale si controverte, della vennochsapsabelastin, che è l'imposta sulle società; ha quindi richiamato, segnatamente, il D.lgs. n. 544 del 1992, art. 1 («soggetti... residenti in Stati diversi della Comunità») e l'art. 3, lettera b), della stessa direttiva 90/434/CEE (la quale «chiarisce che le società interessate alla delibera sono quelle che, secondo la legislazione fiscale di uno Stato membro, sono considerate cane aventi il domicilio fiscale in tale Stato»), rilevando come nella specie era provato che l'Autorità olandese considerò Mill Hill Investments fiscalmente domiciliata a Rotterdam;*

Il giudice d'appello, facendo corretta applicazione delle regole dettate dal D.lgs. n. 544 del 1992, artt. 1 e 2, di attuazione della direttiva del Consiglio 90/434/CEE, letta alla luce dei criteri fissati dall'art. 3 della direttiva stessa, ha individuato i criteri applicabili, ed alla loro stregua ha qualificato la Mill Hill Investments BV cane soggetto residente in altro stato membro della Genuinità, vale a dire nei Paesi Bassi, sulla base degli elementi acquisiti, con valutazione esaustiva e priva di vizi logici”.

Al di là di tale sentenza resa in sede di legittimità, a parere di chi scrive tale linea interpretativa ha preso maggiormente il largo sul piano della giurisprudenza di merito; non è un caso che anche la pronuncia in commento, sebbene tra le righe, abbia ribadito che sembra rintracciarsi tra i Giudici tributari un maggiore e convincente convincimento circa la sufficienza probatoria del certificato di residenza fiscale estera.

Oltre alle varie decisioni rese in tal senso dalla più autorevole giurisprudenza di seconde cure,⁵⁰ riveste particolare interesse quella pronunciata da una Corte Provinciale Milanese che, sulla scorta di altre rese sempre in sede di merito, con sentenza del 27.11.2017 ha stabilito che in presenza di contestazioni sull'esterovestizione di una società, i certificati rilasciati dalle autorità fiscali estere in ragione dello scambio automatico di informazioni e delle convenzioni internazionali.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

COMM. TRIB. REG. PER LA TOSCANA

QUINTA SEZIONE/COLLEGIO

Svolgimento del processo

Con sentenza deliberata il 9.11.2015 e depositata il 1.2.2016, n. 89

⁵⁰ Tra le varie sentenze che hanno accordato forza vincolante al certificato estero ai fini del superamento della contestazione di esterovestizione, v. C.T.R. Campania Napoli, Sez. XLVII, sent. n. 10249 del 18/11/2015, per cui "Ancora il Collegio rileva che la T. è stata costituita nel 1949 ed è stato ampiamente dimostrato dalla stessa, anche producendo diverse e recenti certificazioni dell'autorità fiscale inglese a cui occorre dare necessariamente valore inconfutabile di prova, di aver sempre mantenuto invariata la sede legale, la sede amministrativa intesa come sede in cui vengono assunte le decisioni strategiche di gestione dell'impresa (c.d. Place Effective Management), il proprio oggetto sociale nel Regno Unito, come tra l'altro richiesto dalle disposizioni normative di cui agli artt. 73, terzo comma del t.u.i.r., in tema di residenza fiscale in Italia dei soggetti con personalità giuridica ed art. 4 della Convenzione contro la doppia imposizione tra l'Italia e la Gran Bretagna".

(estensore: Francesco Terrusi), la Commissione tributaria provinciale di Lucca respinse il ricorso proposto dalla omissis, società con sede legale nel G. di L., avverso avvisi di accertamento per Ires e Irap 2007, 2008, 2009 e 2010.

A sostegno della decisione la Commissione di primo grado osservò, per quanto, ancora, interessa:

a) che la prima difesa della Società ricorrente, secondo la quale l'Ufficio non aveva provato il presupposto degli accertamenti impugnati (ovvero che la omissis, appartenente al gruppo di società delle quali era azionista di controllo la persona fisica di F.P., residente in V., fosse esterovestita, in quanto avente sede effettiva in V., ove, secondo l'Ufficio, F.P. svolgeva le funzioni di 'amministratore di fatto'), era infondata, "dal momento che la prova dell'essere il luogo di direzione e coordinamento della società... in V. (Via C.) si - desumeva - da quanto emergente alle pp. 4 e ss. dell'avviso, giacché in quel luogo (Viareggio) sono stati rinvenuti i documenti sociali afferenti, i dati informatici e taluni significativi documenti contabili. La circostanza, d'altronde - era - confermata dalle dichiarazioni rese da F.P. alla Guardia di finanza (puntualmente menzionate nell'avviso di accertamento). E.P. è pacificamente l'amministratore di fatto della società ricorrente, tanto da avere egli proposto l'opposizione giudiziale in tale qualità per conto della società accertata";

b) che la doglianza della società ricorrente, secondo la quale l'Ufficio non si era attenuto ai principi volti a impedire la doppia imposizione, era, poi, inammissibile, in quanto "del tutto generica, neppure essendo dedotto quali sarebbero, in concreto, i suddetti profili";

c) che era, inoltre, infondata l'affermazione della ricorrente secondo la quale le operazioni esaminate dall'Ufficio non avevano, in ogni caso, prodotto reddito imponibile: anche in tal caso, infatti, la censura della ricorrente non era, secondo il primo giudice, sufficientemente specifica e non superava, comunque, "i condivisibili rilievi dell'amministrazione, puntualmente spiegati alle pp. 9 e sgg.

dell'avviso, oltre che nel verbale della guardia di finanza, dal momento che è pacifica l'esterovestizione della società (in base a quanto detto al superiore punto I), e dal momento che questa è stata contestata in relazione al regime fiscale più favorevole applicato all'estero. Donde l'applicazione delle imposte secondo il regime nazionale, cui la società intendeva sottrarsi a mezzo della fittizia localizzazione all'estero della residenza fiscale, è una conseguenza logica di quanto accertato in relazione alla sede effettiva. A tal riguardo risultano dimostrati, in base alle risultanze documentali di cui al verbale della guardia di finanza e al conseguente avviso di accertamento, l'esercizio di attività gestoria della contribuente, a mezzo di partecipazioni societarie, e la rilevanza di tale attività ai fini del prospetto dei redditi assoggettati a tassazione, con le relative variazioni... Ulteriore profilo di censura attiene al regime dei dividendi. La censura suppone che la rappresentazione contabile abbia avuto a base operazioni non determinative di dividendi imponibili, essendosi trattato di proventi non rivelatori di sostanza economica effettiva. La censura non merita seguito, essendo pacifico che il dato contabile è stato riscontrato in base alle movimentazioni finanziarie esposte dalla stessa società nelle scritture contabili. Dire che si trattava di 'provento' non rivelatore di sostanza economica è del tutto assertorio, così come apodittica e priva di riscontro documentale è l'ulteriore affermazione della ricorrente secondo cui si sarebbe trattato di dividendo inserito in un complesso di operazioni concepite per lo specifico scopo di avere una holding italiana alla direzione del gruppo e, nel contempo, di far emergere all'esterno una certa solidità patrimoniale. Può difatti osservarsi che l'allegazione implicherebbe la prova - mai data in verità - di un disegno esaurito sul piano della sola apparenza contabile. Il che, anche a voler prescindere da tale considerazione (dalla considerazione cioè che niente è dato di apprezzare in merito), comunque non servirebbe, non essendo consentito vanificare la opposta rilevanza del dato contabile, che, com'è noto, fa piena prova contro l'imprenditore della cui

contabilità si tratta (art. 2709 c.c.). Decisivo in senso contrario all'assunto della parte ricorrente è quindi l'univoco significato della rilevazione contabile così come riscontrata dagli organi accertatori...";

d) che era parimenti infondata, infine, la censura (subordinata) concernente l'applicazione delle sanzioni, posto che non si ravvisava alcuna, "oggettiva incertezza della normativa tributaria di diritto interno, attinente alla controversia".

Con atto depositato il 12 luglio 2016 la omissis, in persona dei suoi legali rappresentanti nonché, per quanto potesse occorrere, in persona di F.P., "quale amministratore di fatto asserito tale dell'Agenzia delle entrate... negli avvisi di accertamento impugnati nonché dalla Guardia di Finanza... nel processo verbale di costatazione del 25 settembre 2012", si dolse di tale pronuncia proponendo i seguenti motivi di appello:

1) erroneamente, il primo giudice aveva ritenuto esterovestita la società ricorrente: era, anzitutto, privo di ogni rilevanza probatoria, in proposito, il fatto che il ricorso fosse stato proposto anche da F.P. in persona: ciò, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, non implicava di certo che F.P. ammettesse, con ciò, di essere amministratore di fatto della società ricorrente, in quanto era stato specificato, nello stesso ricorso, che F.P. rappresentava la società ricorrente "solo ai fini del presente atto e solo in quanto designato come presunto amministratore di fatto della stessa società dall'avviso di accertamento impugnato nonché nel processo verbale di costatazione del 25 settembre 2012..."; osservato poi che, sul merito della questione della individuazione della sede fiscale della società, doveva applicarsi la disciplina speciale recata dalla convenzione italo-lussemburghese del 3 giugno 1981, resa esecutiva con L. 14 agosto 1982, n. 747, in quanto prevalente su quella generale di cui all'articolo 75 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, e che, dunque, occorreva verificare se realmente ricorressero le condizioni per l'individuazione della propria sede effettiva in Italia, l'appellante, esaminate le condizioni di fatto emergenti dagli atti, concluse per

l'esclusione dell'esistenza di tali condizioni, anche alla luce della propria natura di semplice holding statica, in riferimento alla quale il dominus, F.P., si era limitato a un'attività di coordinamento e di controllo che non poteva essere confusa con quella di amministrazione e gestione: mentre, infatti, la figura dell'amministratore di fatto di una società corrispondeva, secondo l'appellante (che richiamò sul punto Cass. 11 marzo 2016, numero 4045), a quella di chi esercita sulla società stessa un'ingerenza che, "lungi dall'esaurirsi nel compimento di atti eterogenei od occasionali, riveli carattere di sistematicità e completezza", F.P. si era limitato, in sostanza, ad esercitare, sulla Società ora appellante, così come sulle altre società del suo gruppo, la stessa attività di coordinamento e controllo che, conformemente all'espressa previsione dell'articolo 167 del T.u.i.r., avrebbe esercitato, se fosse esistita, una ipotetica holding posta a capo del gruppo P.; "D'altro canto - osservò ancora l'appellante - non ci sarebbe stata alcuna ragione per esterovestire società nate, non con lo scopo di evadere il fisco italiano, ma, come è stato acclarato in sede penale, per ragioni familiari e con funzioni protettive del Gruppo (si veda sul punto quanto illustrato dal teste G., doc. 2). Anche in occasione della operazione straordinaria, che pure rispondeva ad interessi superiori del Gruppo, gli organi sociali hanno realmente esercitato le loro prerogative giungendo a deliberare in modo consapevole, dopo avere autonomamente disposto di munirsi di un adeguato supporto peritale, oltre a quelli già ottenuti dal Gruppo in Italia, a sostegno della congruità dei valori. In particolare, è puramente suggestiva la vicenda delle bozze predisposte in Italia per la verbalizzazione dei consigli relativi alle delibere sull'operazione straordinaria. Si trattava di verbali la cui forma espositiva e redazionale era particolarmente importante per la comunicazione in Italia alle banche; a queste, oltre che ai clienti del C., era infatti rivolto l'obbiettivo di rappresentare il reale valore della P.N., che doveva garantire praticamente da sola il pesantissimo indebitamento del gruppo. Niente di strano, pertanto, che delle bozze siano partite

dall'Italia. Quel che rileva è invece che anche su questi aspetti gli amministratori delle società abbiano realmente svolto le loro funzioni, verbalizzando in termini aderenti alla determinazione assunta e quindi non coincidenti con le bozze, fatte proprie dagli organi amministrativi solo come traccia della verbalizzazione, non subite come espressione di una volontà già presa altrove e imm modificabile. Per il resto, la documentazione citata dalla Guardia di Finanza dimostra solo che F.P. disponeva di informazioni sulla struttura del Gruppo e sul suo andamento economico e finanziario, cosa del tutto naturale, essendone il dominus e cosa affatto diversa dal compimento degli atti di gestione delle varie società dello stesso. Di atti gestori compiuti da F.P. non è stata trovata nessuna evidenza...”;

2) erroneamente, il primo giudice aveva ommesso di considerare che, anche ipotizzando, contro il vero, che la sede effettiva dell'appellante fosse in Italia, “l'evasione ugualmente non sussisterebbe: questo perché le plusvalenze e gli altri componenti positivi di reddito apparentemente prodotti dall'operazione di rivalutazione del C. non risulterebbero comunque tassabili, in quanto espressione di operazioni meramente cartolari, tutte interne al Gruppo e che non hanno comportato alcun effettivo spostamento di ricchezza al di fuori di esso né, tantomeno, sottrazione alla tassazione di ricchezza prodotta dalle società. Quanto, in particolare, alla pretesa di tassare le plusvalenze derivanti dalla rivalutazione conseguita con l'operazione ma non effettivamente realizzate, la stessa prassi dell'Amministrazione finanziaria è nel senso di contrastare le illegittime rivalutazioni fiscali, non tassando le plusvalenze nominali da rivalutazione ma disconoscendo la rilevanza della rivalutazione stessa e, quindi, il maggiore costo fiscale indebitamente ottenuto, per poi tassare pienamente le plusvalenze effettive, realizzate con la cessione finale a terzi (si vedano gli atti di adesione degli Uffici di Milano e di Prato, doc. 4). Soluzione, questa, che giova anzitutto agli interessi del Fisco, oltre a rispettare basilari principi di imposizione solo sulla ricchezza effettiva. Infatti, il Fisco è così in grado di colpire

la plusvalenza che si intendeva sottrarre al prelievo quando e nella misura in cui viene realmente prodotta dalla vendita del bene, anche se l'Amministrazione non è intervenuta, e risulterebbe decaduta dal potere di accertamento, nel precedente periodo di imposta in cui si è consumata la illegittima rivalutazione ... Si aggiunga che nessun beneficio fiscale, derivante dalle incriminate operazioni, è stato in concreto goduto dalle società estere. Lo stesso Consulente tecnico della Procura riconosce che il beneficio fiscale conseguibile con la rivalutazione del C. era solo potenziale, essendo legato alla sua futura vendita che, peraltro, come è risultato nel dibattimento penale, in particolare, dalla deposizione di F.S. (doc. 5), da quella del Signor G. (pagina 31 del verbale di udienza del 16 gennaio 2016, doc. 2) e dalla email di un dirigente di U. in cui, testualmente, si legge che "M. ed altre banche di affari o fondi visitano in continuazione per fare offerte di rilevare o collocare la P.N., ma P. non ne vuole sapere" (doc. 6), non c'è mai stata perché era addirittura esclusa nella volontà di F.P. Inoltre, in sede di controesame (doc. 7), il Consulente tecnico ha dato atto che:

a) le somme erogate dal sistema finanziario per consentire le operazioni straordinarie non erano rimaste, neppure in parte, nella disponibilità delle società, trattandosi di operazioni puramente circolari;

b) il maggior valore fiscale della partecipazione, derivante dalla rivalutazione, non ha generato costi deducibili; la duplicazione della cessione delle partecipazioni e delle plusvalenze che si assumano tassabili non risponde ad alcuna logica di risparmio fiscale;

c) gli imponibili prodotti all'estero da tutte le società del Gruppo, una volta depurati dei risultati dell'operazione straordinaria, ammontano a circa 500.000 Euro dal 2005 al 2010 e l'unico concreto beneficio fiscale si è avuto da parte della società italiana ed è generato dalla deduzione degli interessi passivi con un risparmio di imposta di Euro 2.300.163;

d) la molla dell'indagine penale fu l'ipotesi di corrispettivi non

dichiarati derivanti dalla vendita delle imbarcazioni, ma dopo tutte le attività svolte non è emersa “alcuna traccia contabile di questo”, né altro genere di prova né, tantomeno, di indizio.

Il solo marginale risvolto di favore dell'intera operazione è quindi consistito nella deduzione degli interessi passivi da parte della società italiana. Peraltro, benché ne avesse tutto il tempo e fosse perfettamente a conoscenza dei risultati delle indagini penali (che ha infatti impiegato per gli avvisi di accertamento notificati alle società estere), l'Amministrazione finanziaria non ha contestato questo aspetto. Sicché la deducibilità degli interessi passivi in capo alla società italiana risulta oggi definitivamente accertata come legittima ... Chiudiamo sintetizzando il quadro della realtà. La natura dei beni venduti dal C., gli importi delle transazioni commerciali e la presenza di società estere hanno destato nella Procura il terribile sospetto che all'estero si celassero prove e profitti di evasione, ma l'indagine penale ha accertato il contrario: non un Euro di evasione in decine e decine di operazioni per volumi di centinaia di milioni di Euro prodotti in quegli anni. Si è così ripiegato su una esterovestizione che sarebbe stata rivolta ad elidere i tributi sulla eventuale vendita del C. Ma F.P. aveva addirittura reso noto che non lo avrebbe ceduto, e così è stato. Il gruppo P., eccetto il C., produceva purtroppo rilevantissime perdite pari a circa 23 milioni nel periodo dal 2005 al 2010 e segnava un ingentissimo indebitamento con il nostro sistema bancario, che ha raggiunto il picco nel 2009 con una somma di oltre 230 milioni di Euro. Di qui la necessità di rivalutare il C. per sostenere le richieste di nuova finanza e di moratoria rivolte al sistema. Di qui l'ovvia constatazione che, se si fosse invece cercato una pur legittima pianificazione fiscale, la cosa più semplice da fare era rimpatriare le società estere - operazione che non avrebbe comportato oneri fiscali - per poi consolidarne le perdite con gli utili prodotti dal C. Si sarebbe così lecitamente azzerata la incidenza della tassazione in Italia e, invece, il C. in questi anni ha pagato imposte sui redditi per circa 14 milioni di Euro. dunque di assoluta evidenza che, in chiave con il suo

esemplare profilo di imprenditore onesto, legato al bene delle aziende e non al tornaconto personale, F.P. non ha mai pensato al risparmio fiscale. Era piuttosto preoccupatissimo del complessivo andamento negativo del Gruppo e delle tensioni con il sistema bancario per via dei livelli altissimi raggiunti dal debito. Perciò, si è rivolto a professionisti che gli assicurassero, non di evadere imposte, né allora né nel futuro, ma di riuscire a rappresentare a clienti e banche il reale valore del C.

Si trattava: di non perdere acquirenti esposti con acconti milionari per la costruzione delle loro imbarcazioni ma garantiti solo dal nome di F.P. e dalla consistenza dell'azienda, la quale non poteva ottenere dalle banche fidejussioni da offrire ai clienti stante l'indebitamento del Gruppo; di rassicurare le banche, proprio in relazione a tale indebitamento. La rivalutazione del C., come ha illustrato il Consulente tecnico di F.P. in sede penale (doc. 8), era perseguibile senza tassazione anche con operazioni totalmente italiane, quali conferimenti e scissioni in neutralità di imposta. Dunque, la scelta per una operazione transnazionale non deriva dalla intenzione di evitare imposte domestiche ma, fondandosi sulla giusta convinzione della effettiva natura estera delle società coinvolte, risulta dettata da esigenze di rapidità e maggiore snellezza burocratica. In conclusione: non sussiste la esterovestizione ma, anche assumendo il contrario, tuttavia non vi sarebbe l'evasione contestata per la natura solo cartolare delle operazioni condotte al fine di far emergere in bilancio il valore reale del C. e per l'assenza, comunque, di alcun concreto beneficio fiscale goduto dalle società estere”;

3) erroneamente (in subordine), il primo giudice aveva negato l'obiettivo incertezza della disciplina fiscale che veniva in campo in materia di esterovestizione.

Costituitasi in giudizio l'Agenzia delle entrate di Lucca contrastò l'appello avversario in fatto e in diritto, chiedendone il rigetto; a tal proposito l'Agenzia delle entrate rilevò, anzitutto, che i settori economici del Gruppo P., ovvero i settori navale, immobiliare,

cartario, meccanico e biomedico, articolati, a loro volta, in diverse società operative, facevano capo, per lo più, a holding statiche aventi sede legale in L.; il settore navale, composto da società di diritto italiano dedite alla progettazione ed alla realizzazione di barche da riporto (P.N. Spa, P.N.G. Spa, C.B. Spa) faceva capo, in particolare, alle holding statiche di diritto lussemburghese M.F. SA, N.F. SA e omissis, aventi come oggetto sociale la gestione di partecipazioni (al settore immobiliare erano, poi, riconducibili sia società di diritto italiano, come la F. Spa, che di diritto lussemburghese come la S. SA e la P. SA; il settore cartario del Gruppo faceva capo a due società di diritto lussemburghese: la C. SA e la U. T. SA; il settore meccanico aveva al vertice la F.G. Spa e la L. SA, entrambe controllate dalla C. H. SA; le società del Gruppo P. riconducibili al settore biomedico erano, una, di diritto italiano, la C. Spa, e due di diritto lussemburghese, la C.I. SA e la sua controllante M. SA; vi erano, inoltre, la T. SA e la C.S. SA, entrambe società di diritto lussemburghese, non riconducibili ad un settore in particolare); l'Agenzia delle entrate osservò altresì che, ai vertici del gruppo, erano posti trust dei quali F.P. era, formalmente, il disponente (ma era stata rinvenuta una lettera inviata da F.P. all'amministratore di un trust con la quale il medesimo F.P. manifestava la volontà di essere preventivamente informato di qualunque decisione e comunicava altresì che, dopo la sua morte, le decisioni dovevano essere comunicate preventivamente al guardiano); in ogni caso, secondo l'Agenzia delle entrate, F.P., dalle sedi legali di V. della P.N.G. Spa e della F.G. Spa, poste in Via M.C., amministrava, di fatto, anche le holding lussemburghesi, tra le quali, appunto, per quanto qui interessa, la G. SA; a tale riguardo l'Agenzia delle entrate ricordò la gran mole di documenti societari, concernenti le holding lussemburghesi, rinvenute al predetto indirizzo (tra tali documenti: bilanci, contabilità, certificati, dossier contabili, piani finanziari "redatti per monitorare costantemente la situazione monetaria del Gruppo", appunti che, "in numero considerevole", attestavano "la gestione straordinaria (operazioni di riorganizzazione,

fusione, scissione, incorporazione, cessazione, istituzione etc.) delle società lussemburghesi del gruppo P.”; documenti extra-tributari, procure rilasciate dagli amministratori lussemburghesi a persone fisiche italiane per la partecipazione alle assemblee delle società di diritto italiano, documenti bancari che provavano il rilascio, da parte di F.P., di fidejussioni a favore delle società lussemburghesi del suo gruppo; “corrispondenza di vario genere predisposta in Italia, firmata dai soggetti formalmente amministratori delle società lussemburghesi, e così rispedita in Italia”; inoltre numerosi documenti informatici, tra i quali i “verbali del Cda delle società lussemburghesi, concernenti le operazioni di gestione straordinaria, palesemente redatti (predisposti e modificati) in Italia” nonché documenti dimostrativi di operazioni di finanziamento avvenute fra le diverse società del Gruppo P.; a sostegno della tesi che F.P. fosse, in realtà, l'amministratore di fatto della G. SA (così come delle altre holding lussemburghesi) l'Agenzia delle entrate ricordò inoltre quanto dichiarato alla Guardia di Finanza dai responsabili finanziari del gruppo, G.V. e G.M., le dichiarazioni rese da F.S., nonché quelle dello stesso F.P. (“...sicuramente il luogo di comando, ovvero le direzioni, il controllo e la gestione avviene da Viareggio ... io non sapevo chi amministrava le società lussemburghesi a me riconducibili e quali compiti svolgessero...”); l'Agenzia delle entrate eccepì, inoltre, nelle sue controdeduzioni, l'inammissibilità, per novità, degli argomenti dell'appellante, non formulati in primo grado, volti a distinguere tra coordinamento e controllo del gruppo, da una parte, e vera e propria gestione delle società, dall'altra; tali argomenti erano, comunque, anche infondati nel merito, considerata, tra l'altro, l'irrilevanza delle risultanze del processo penale, che la controparte aveva cercato di introdurre nel presente giudizio; erano poi infondate, secondo l'Agenzia delle entrate, le tesi dell'attuale appellante in base alle quali la plusvalenza derivante dalla rivalutazione del C. non sarebbe stata, comunque, tassabile, non avendo comportato alcun effettivo spostamento di ricchezza: l'Amministrazione sostenne, infatti, in

proposito, che il reddito imponibile fosse stato determinato considerando i bilanci prodotti dalla società medesima e applicandovi le variazioni previste dalla normativa italiana; per quanto concerneva i dividendi era stata la stessa appellante ad averli inseriti nel proprio bilancio e dunque ad averli considerati come un elemento positivo; era vero che sarebbe stato possibile scegliere tra diverse modalità di effettuazione dell'operazione complessiva di cui si tratta ma solo la modalità effettivamente prescelta dalla attuale appellante aveva permesso alla stessa “di ottenere molteplici effetti sul piano contabile, finanziario e fiscale, ossia: evidenziare, nell'attivo patrimoniale della P.N.G. Spa, i plusvalori latenti relativi alle partecipazioni acquisite, mediante indebitamento (con il conseguente pagamento di interessi passivi), nonché rilevare una plusvalenza in capo alla società cedente (N.F.), in modo tale da generare un utile poi distribuibile sotto forma di dividendo (come effettivamente è avvenuto, a favore della società G.)”; negare l'effettività economica dell'operazione sarebbe equivalso, secondo l'Agenzia delle entrate, a considerare mendaci i bilanci che tali valutazioni avevano recepito: “anche la semplice rivalutazione di un cespite genera base imponibile, pur non dando vita a uno scambio con terze economie”; e, in ogni caso: “anche quando le operazioni effettuate generassero un impatto finanziario nullo sul conto corrente, non si possono considerare quali mai avvenute o avvenute soltanto dal punto di vista formale, in quanto, comunque, ognuno di essi ha comportato una variazione istantanea del saldo disponibile e ha pertanto inciso sulla determinazione del saldo finale del conto corrente”; infondato era infine, secondo l'Agenzia delle entrate, il motivo d'appello teso alla disapplicazione delle sanzioni, per la quale mancavano certamente le condizioni di legge.

Nel corso del presente giudizio d'appello entrambe le parti depositarono memorie illustrative nonché ulteriori documenti, fra i quali hanno particolare rilevanza la sentenza penale della Corte d'appello di Firenze 11 v 2018, n. XXX, con la quale, in riforma della

sentenza impugnata del Tribunale di Lucca, F.P., con tutti i coimputati, era stato assolto, "perché i fatti non sussistono", da tutti i reati - pertinenti alla stessa materia fiscale che è oggetto del presente giudizio - che erano stati loro ascritti e la sentenza della Corte di cassazione, 6 v 2019, n. XXX, che aveva dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto, contro la predetta sentenza d'appello, dal Procuratore generale presso la Corte d'appello di Firenze. Proc. n. 585/2018 Con sentenza deliberata il 20.6.2017 e depositata il 26.7.2017, n. 349 (estensore: Antonio Del Forno), la Commissione tributaria provinciale di Lucca respinse i ricorsi proposti dalla G. SA e da F.P. avverso gli avvisi di intimazione che l'Agenzia delle entrate di Lucca aveva emesso, in conseguenza della sentenza di rigetto della Commissione tributaria provinciale di Lucca 1.2.2016, n. 89 (oggetto di appello nel proc. n. 1814/2016), per Ires e Irap 2007, 2008, 2009 e 2010.

A sostegno della decisione il primo giudice osservò che l'eccezione sollevata dai ricorrenti, secondo la quale la notifica degli atti era avvenuta in un luogo (Via M.C., XX., V.) e a persona (F.P.) privi di attinenza con la società G., destinataria degli avvisi stessi, era infondata, in quanto la citata sentenza della Commissione tributaria di Lucca n. 89/2016 aveva riconosciuto che la Società G. aveva sede effettiva in V., alla Via C., XX, e che F.P. doveva considerarsi amministratore di fatto della società stessa; il concetto di inesistenza della notificazione, invocato dai ricorrenti, doveva, del resto, considerarsi superato alla luce della più recente giurisprudenza della suprema corte. Con atto depositato il 23 marzo 2018 la G. SA, in persona del legale rappresentante nonché, per quanto potesse occorrere, in persona di F.P., "quale amministratore di fatto asserito tale dell'Agenzia delle entrate... nelle intimazioni di pagamento impugnate nonché dalla Guardia di Finanza... nel processo verbale di costatazione del 25 settembre 2012", si dolse di tale pronunzia proponendo i seguenti motivi di appello:

1) erroneamente, il primo giudice aveva ritenuto di poter fondare il

giudizio di regolarità delle notificazioni degli avvisi di intimazione dei quali si trattava su un presupposto ancora sub judice, in quanto risultante, non già da una sentenza passata in giudicato, bensì da una sentenza contro la quale era stato proposto appello: in tale situazione il primo giudice avrebbe dovuto, al più, sospendere il giudizio ai sensi dell'articolo 295 del codice di procedura civile in attesa del passaggio in giudicato della sentenza in questione;

2) né la G. era, in realtà, una società esterovestita né F.P. ne era il suo amministratore di fatto;

3) le notificazioni in discorso non potevano, comunque, ritenersi "ex lege eseguite", secondo la formula utilizzata dalla sentenza delle sezioni unite della suprema corte n. 14.917/2016, in quanto, in realtà, la società G. non aveva mai ricevuto la raccomandata informativa prevista dall'articolo 60, I comma, lettera b-bis, del D.P.R. n. 600 del 1973 né quella prevista dalla L. n. 890 del 1982.

Costituitasi in giudizio l'Agenzia delle entrate di Lucca contrastò l'appello avversario in fatto e in diritto, chiedendone il rigetto.

I procedimenti riuniti

All'udienza del 13.01.2020 la Commissione, riuniti i due procedimenti e udite le parti, ha deliberato la presente sentenza.

Motivi della decisione

1) I procedimenti riuniti dei quali si tratta vanno definiti alla luce delle seguenti considerazioni:

a) è opportuno, anzitutto, considerare la sentenza penale, già ricordata in narrativa, 11 v 2018, n. XXX, della Corte d'appello di Firenze, passata in giudicato, con la quale F.P. è stato assolto, "perché i fatti non sussistono", da accuse penali sostanzialmente coincidenti con i rilievi tributari dei quali si tratta nei presenti giudizi; la Corte d'appello, in particolare, è pervenuta alla decisione assolutoria sulla base delle seguenti motivazioni: "Gli appelli sono fondati, per un profilo oggettivo che appare assorbente rispetto ad ogni altra considerazione soggettiva: non risulta cioè provata la

cosiddetta esterovestizione, cioè la costituzione di società formalmente lussemburghesi ma con sede effettiva in Italia, al fine di evadere le imposte. In effetti, la sentenza impugnata, pur se articolata e complessa, sembra non avere considerato adeguatamente tale fondamentale aspetto. In primo luogo, i principi interpretativi in materia sono ormai univoci, chiari e consolidati. Di primaria rilevanza, in tale prospettiva, è la sentenza della Corte di Cassazione n. 43809 del 2014 (c.d. sentenza Dolce e Gabbana), che, pur giudicando su una situazione di fatto non completamente sovrapponibile a quella in esame, ha definito alcuni principi che devono essere considerati anche in questa sede. In particolare, la Suprema Corte ha affermato che deve essere accertato secondo le regole probatorie del processo penale (e non con le presunzioni applicabili solo nel procedimento tributario) se il domicilio fiscale estero sia una costruzione di puro artificio o, invece, corrisponda a una entità reale che svolge effettivamente la propria attività in conformità al proprio atto costitutivo o statuto. In tale prospettiva, la circostanza che una società venga creata in uno stato europeo per fruire di una legislazione fiscale più vantaggiosa non costituisce abuso della libertà di stabilimento, né può ritenersi sussistente, per ciò solo, una presunzione generale di frode fiscale. In effetti, la costituzione di società aventi sede all'estero, nell'ambito di un gruppo societario complesso e di notevole consistenza, può avere anche la finalità di adeguare la struttura societaria a nuove esigenze strategico-operative. Tale operazione, pur garantendo vantaggi fiscali ingenti, appare del tutto lecita. Inoltre, la strategia di mercato dei gruppi di imprese non può essere valutata in modo analogo a quella dell'imprenditore singolo, che finalizza l'attività al conseguimento di redditività in tempi brevi: dovrà invece svolgersi un'indagine analitica inerente l'esistenza di ragioni organizzative, strutturali e funzionali". Anche la Corte di giustizia europea ha più volte evidenziato che, "a un soggetto passivo che ha la scelta tra due operazioni, la sesta direttiva non impone di scegliere quella che implica una maggiore imposta". Al

contrario, il soggetto passivo ha il diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che gli permette di limitare la sua contribuzione fiscale. E ancora: "il vantaggio fiscale non è un indebito solo perché l'imprenditore sfrutta le opportunità offerte dal mercato o da una più conveniente legislazione fiscale, diviene tale solo ove lo ottenga attraverso situazione di puro artificio" (sent. B.G., C.F.I.). I criteri interpretativi sopra delineati diventano di ancora più delicata applicazione nel caso - come quello qui giudicato - delle cosiddette holding statiche, cioè di soggetti giuridici che non operano (a differenza delle holding miste) alcuna attività di direzione e coordinamento e non sono dotate di una significativa struttura organizzativa. A tale riguardo, la sentenza della Cass. civ., V Sez., n. 27113 del 2016, ha ribadito con forza la necessità di considerare adeguatamente la peculiare natura di tali società, affermando che, di per sé stessa, una struttura quale la holding statica non può rappresentare un limite all'esercizio del diritto comunitario di stabilimento, e quindi al riconoscimento della qualifica di beneficiario effettivo. Tale limite sembra tra l'altro superato dalla stessa prassi dell'amministrazione finanziaria, che, con la Circolare n. 40/E del 26 settembre 2016 (recante disposizioni in materia di nuovo consolidato fiscale), ha confermato la genuinità di strutture holding (residenti in Stati membri o in Paesi aderenti allo Spazio economico europeo) che svolgono un'effettiva attività economica, rinnovando il precedente orientamento riportato dalla Circolare n. 32/E dell'8 luglio 2011, che definiva invece le holding statiche come "holding che si limitano a detenere partecipazioni e ad incassare i relativi frutti, senza svolgere attività alcuna ... ed il cui stabilimento nell'altro Stato membro potrà essere considerato come una costruzione di puro artificio". In definitiva, è fisiologico che una holding statica non presenti indicatori di operatività (in termini di struttura organizzativa, costi gestionali, crediti da attività operativa o fatturazione per servizi gestionali prestati a favore della controllata), mentre una corretta valutazione dovrebbe tenere in considerazione natura e funzioni proprie di una

holding statica, con specifico riguardo alla padronanza e autonomia della stessa in relazione alla “adozione delle decisioni di governo e indirizzo delle partecipazioni detenute” ed al “trattamento e impiego dei dividendi percepiti”. Nel caso esaminato dalla decisione sopra richiamata, i giudici tributari di prime cure avevano considerato la società estera una mera scatola vuota, priva di sostanza economica, costituita al solo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali, tenuto conto che la stessa non possedeva alcuna struttura materiale in termini di uomini, mezzi e attrezzature.

La Suprema Corte, cassando l’orientamento espresso da parte dei giudici di merito, non ha accolto tale ricostruzione in quanto, in caso di holding o sub-holding statiche, la carenza di una struttura materiale, normalmente presente in una società operativa, non appare significativa. Per le holding statiche, ciò che rileva è infatti l’attività tipica svolta dalle stesse normalmente riconducibile alle attività di mero indirizzo e direzione unitaria, alla partecipazione alle assemblee delle controllate e alla riscossione dei dividendi. Sotto il profilo della residenza fiscale, con riferimento al requisito della direzione effettiva (articolo 73, comma 3, T.u.i.r.), secondo i supremi giudici non si può parlare di fittizietà della sede estera (in quel caso francese), in quanto la stessa società aveva sede legale e amministrativa in Francia, era assoggettata a imposizione in quel paese, gli amministratori persone fisiche risedevano in Francia e nello Stato francese venivano prese le fondamentali decisioni concernenti la società. In conclusione, ciò che è necessario verificare è il luogo di effettiva adozione delle decisioni e delle direttive amministrative e di coordinamento delle partecipazioni possedute dalla società madre percipiente, secondo l’attività tipica di holding da quest’ultima esercitata. La pronuncia della Cassazione si inserisce quindi in un ormai consolidato panorama giurisprudenziale che dà sempre maggiore risalto alla sufficienza probatoria del certificato fiscale di residenza fiscale esibito dalla holding estera che percepisce i flussi, nel pieno rispetto del principio comunitario della libertà di

stabilimento. Applicando dunque tali principi interpretativi alla vicenda in esame, si impone con evidenza la circostanza che le società lussemburghesi erano state costituite già molti anni prima rispetto ai fatti contestati nelle imputazioni. quindi ben possibile, ed anzi verosimile, che tali società fossero state costituite, non al solo fine di evasione fiscale, ma nell'ambito di una scelta organizzativa riguardante il gruppo nel suo complesso: in tale prospettiva, il conseguimento (anche) di benefici fiscali non poteva integrare i reati contestati...”;

b) riguardo alla motivazione della sentenza penale che si è, in gran parte, trascritta sub a e riguardo, segnatamente, all'ultimo periodo di tale testo, ove si legge: “quindi ben possibile, ed anzi verosimile, che tali società fossero state costituite, non al solo fine di evasione fiscale...”, è ovvio, a parere della Commissione, che, contrariamente a quanto si legge negli atti difensivi depositati dall'Agenzia delle entrate nel presente giudizio, la Corte non abbia affatto, con le parole in questione, inteso ammettere - o dare per scontato - che le holding lussemburghesi in questione fossero state costituite anche al fine di evasione fiscale ma abbia, solo e semplicemente, voluto escludere che la tesi erariale, riassunta, appunto, in quella formula (ovvero nell'affermazione che “tali società fossero state costituite... al solo fine di evasione fiscale”), fosse corretta, posto che, invece, secondo la Corte stessa, l'imputato F.P. era stato mosso a quella scelta da ragioni organizzative nel cui ambito “il conseguimento (anche) di benefici fiscali” (e non certo il conseguimento dell'evasione) non poteva ritenersi illecito;

c) la giurisprudenza fa, unanimemente, derivare dal combinato disposto degli articoli 654 del codice di procedura penale (a tenore del quale “la sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo... purché i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e purché la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva

controversa”) e 20 del D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (che pone la c.d. “regola del doppio binario”), l'impossibilità di far valere nei modi tipici e assoluti dell'articolo 2909 del codice civile il giudicato penale nel processo tributario avente ad oggetto gli stessi fatti; va rilevato, tuttavia, che, pur dovendosi, quindi, escludere, in tali frangenti, il riconoscimento di un'efficacia, per così dire, automatica, nel giudizio tributario, alla res judicata penale di assoluzione dal reato tributario, la giurisprudenza le riconosce però una non irrilevante valenza, costituita dall'obbligo, per il giudice tributario, di prendere in esame la sentenza penale passata in giudicato per vagliarne le affermazioni, discostandosene solo per motivate ragioni, ovvero, in sostanza, nei casi nei quali l'atto impositivo emesso nei confronti dell'imputato, poi assolto (anche con formula piena) in sede penale (ovvero emesso nei confronti del soggetto rappresentato dal predetto imputato), risulti fondato “su validi indizi, insufficienti per un giudizio di responsabilità penale, ma adeguati, fino a prova contraria, nel giudizio tributario” (così leggesi, ad esempio, in Cassazione civile, sez. VI, 28/06/2017, n. 16262; cfr. anche, da ultimo, Cassazione civile, sez. trib., 27/6/2019, n. 17258, con la quale la suprema corte accolse il corrispondente motivo di ricorso proposto dal contribuente (con conseguente cassazione della sentenza impugnata) semplicemente rilevando, sul punto, che “la CTR emiliana era... tenuta a valutare specificamente, ancorché al fine della formazione del proprio ‘libero convincimento’, la sentenza penale assolutoria degli amministratori delle società del ‘gruppo T.’, mentre ne ha totalmente omesso l'esame”; v. anche Cass. 5/7/2018 n. 17619, ove leggesi tra l'altro: “... stante l'evidenziata autonomia del giudizio tributario rispetto a quello penale, il giudice tributario non può limitarsi a rilevare l'esistenza di una sentenza penale definitiva in materia di reati fiscali, recependone acriticamente le conclusioni assolutorie ma, nell'esercizio dei propri poteri di valutazione della condotta delle parti e del materiale probatorio acquisito agli atti (art. 116 c.p.c.), deve procedere ad un suo apprezzamento del contenuto della decisione, ponendolo a

confronto con gli altri elementi di prova acquisiti nel giudizio...”);

d) è necessario, dunque, al fine di procedere correttamente alla definizione del presente giudizio tributario, individuare preliminarmente in concreto e con precisione il contenuto della res judicata penale - avente, nel giudizio tributario, la valenza sopradescritta - recata dalla sentenza della Corte d'appello di Firenze; a tale riguardo va, anzitutto, osservato, che la predetta sentenza è passata in giudicato a seguito della pronuncia di inammissibilità del ricorso per cassazione - ritenuto affetto da vizio processuale intrinseco - proposto, contro di essa, dal Procuratore generale presso la Corte d'appello di Firenze; discende, da ciò, che le considerazioni critiche, che si leggono nella sentenza di cassazione, riferite alla motivazione della sentenza di cui trattasi, oggetto del ricorso per cassazione (considerazioni che, per la verità, sembrano frutto di un fraintendimento) costituiscono obiter dicta i quali, secondo i principi generali valevoli in subjecta materia, sono, come tali, del tutto irrilevanti ai fini della determinazione della res judicata stessa (che ciò costituisca un principio valevole anche nell'ambito penale è, in giurisprudenza, pacifico: vedi, per esempio, da ultimo, Cassazione penale sez. II, 11/4/2019, n. 26011, ove si legge tra l'altro: "... In altri termini, lungi dal costituire un obiter irrilevante, la frase con cui si conclude la scheda relativa ai MU. delimita con incontrovertibile chiarezza l'ambito delle condotte di detenzione e spaccio per cui, ad avviso del Gup, è stata ritenuta provata la responsabilità degli imputati ...”; quanto al principio generale, valevole in ogni ramo del diritto, dell'irrilevanza degli obiter dicta ai fini dell'individuazione della res judicata, cfr, ex plurimis, Cassazione civile, sez. II, 8/2/2012, n. 1815: “Il giudicato si forma, oltre che sull'affermazione o negazione del bene della vita controverso, sugli accertamenti logicamente preliminari e indispensabili ai fini del deciso, quelli cioè che si presentano come la premessa indefettibile della pronuncia, mentre non comprende le enunciazioni puramente incidentali e in genere le considerazioni estranee alla controversia e prive di relazione causale

col deciso. L'autorità del giudicato è circoscritta oggettivamente in conformità alla funzione della pronuncia giudiziale, diretta a dirimere la lite nei limiti delle domande proposte, sicché ogni affermazione eccedente la necessità logico-giuridica della decisione deve considerarsi un obiter dictum, come tale non vincolante”);

e) in riferimento alla pronuncia penale di cui si tratta, della Corte d'appello di Firenze, la Commissione rileva, preliminarmente, che essa risulta, in concreto, fondata su elementi probatori i quali hanno senz'altro, per loro natura, piena cittadinanza anche nei giudizi tributari; di converso non risulta che, in concreto, la vicenda in esame presenti spunti di presunzioni semplici non potute utilizzare dal giudice penale ma utilizzabili, invece, in sede di giudizio tributario;

f) la Commissione condivide, in concreto, le considerazioni svolte e le conclusioni tratte dalla citata sentenza penale della Corte d'appello di Firenze, passata in giudicato: a tal proposito va subito rilevato che non possono essere condivise le osservazioni della difesa erariale secondo le quali i principi affermati nella sentenza penale “Dolce e Gabbana”, richiamata dalla Corte d'appello a sostegno della propria decisione (Cass. pen., sez. III, 24 x 2014, n. 43809), non sarebbero invocabili nel presente giudizio data la diversità delle fattispecie: è vero che nel caso “Dolce e Gabbana” le questioni avevano ad oggetto una holding capo-gruppo avente sede all'estero, mentre qui si tratta di un gruppo, organizzato in holding statiche di settore, facente capo a una persona fisica residente in Italia: la diversità della situazione di fatto non consente, però, a parere della Commissione, di considerare concettualmente estranei alla presente fattispecie i principi generali affermati in quella occasione dal supremo collegio; fra tali principi rileva qui, tra l'altro, quello per il quale “la sede amministrativa dei soggetti diversi dalle persone fisiche rilevante ai fini della individuazione del ‘domicilio fiscale’ ai sensi dell'art. 59, comma 1, D.P.R. n. 600 del 1973, si identifica nel centro effettivo di direzione e di svolgimento della sua attività, ove cioè risiedono gli amministratori, sia convocata e riunita l'assemblea sociale, si trovino coloro che

hanno il potere di rappresentare la società, il luogo deputato o stabilmente utilizzato per l'accentramento dei rapporti interni e con i terzi in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente e nel quale, dunque hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente ed ove operano i suoi organi amministrativi o i suoi dipendenti"; la stessa sentenza ha, inoltre, condivisibilmente affermato che, "in caso di società con sede legale estera controllata ai sensi dell'art. 2359, comma 1, c.c., non può costituire criterio esclusivo di accertamento della sede della direzione effettiva l'individuazione del luogo dal quale partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative ove esso si identifichi con la sede (legale o amministrativa) della società controllante italiana. In tal caso è necessario accertare anche che la società controllata estera non sia una costruzione di puro artificio, ma corrisponda ad un'entità reale che svolge effettivamente la propria attività in conformità al proprio atto costitutivo o allo statuto": il fatto che, nel presente caso, il soggetto controllante non sia costituito da una società, come nelle ipotesi (richiamate nella massima) di cui all'articolo 2359 del codice civile, ma si identifichi in una persona fisica, non fa venir meno, secondo la Commissione, il valore del principio di diritto riguardante le caratteristiche che le società estere controllate da un soggetto italiano debbono avere per poter essere definite esterovestite;

g) le regulae juris sopra ricordate sono state confermate, in sede dei giudizi tributari aventi ad oggetto gli stessi fatti, da Cassazione, sez. trib., 21 dicembre 2018, n. 33234 ("Per determinare il luogo della sede dell'attività economica di una società occorre prendere in considerazione un complesso di fattori, al primo posto dei quali figurano la sede statutaria, il luogo dell'amministrazione centrale, il luogo di riunione dei dirigenti societari e quello, abitualmente identico, in cui si adotta la politica generale di tale società; possono essere presi in considerazione, tuttavia, anche altri elementi, quali il domicilio dei principali dirigenti, il luogo di riunione delle assemblee

generalmente, di tenuta dei documenti amministrativi e contabili e di svolgimento della maggior parte delle attività finanziarie, in particolare bancarie. Nel caso, poi, di società con sede legale estera controllata da società con sede nel territorio nazionale, non è criterio esclusivo di accertamento della sede della direzione effettiva l'individuazione del luogo dal quale partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative qualora esso si identifichi con la sede della società controllante italiana, atteso che è necessario accertare anche che la società controllata estera non sia costituzione di puro artificio, ma corrisponda ad una entità reale che svolga effettivamente la propria attività in conformità al proprio atto costitutivo ed al proprio statuto” e da Cassazione civile, sez. trib., 21/12/2018, n. 33235 (“... una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa soltanto se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato...; perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale...; quel che rileva, ai fini della configurazione di un abuso del diritto di stabilimento, non è accertare la sussistenza o meno di ragioni economiche diverse da quelle relative alla convenienza fiscale, ma accertare se il trasferimento in realtà vi è stato o meno, se, cioè, l'operazione sia meramente artificiosa (wholly artificial arrangement), consistendo nella creazione di una forma giuridica che non riproduce una corrispondente e genuina realtà economica ... Viene altresì in rilievo la Convenzione tra Italia e Lussemburgo intesa a evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio ed a prevenire la frode e l'evasione fiscali, firmata il 3 giugno 1981 e ratificata e resa esecutiva con la L. 14 agosto 1982, n. 747 ... Le due discipline, quella interna e quella pattizia, a ben vedere, sono sostanzialmente equivalenti... La

nozione di “sede dell'amministrazione”..., in quanto contrapposta alla “sede legale”, si deve ritenere coincidente con quella di “sede effettiva” (di matrice civilistica), intesa come il 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 l'accentramento - nei rapporti interni e con i terzi - degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e dell'impulso dell'attività dell'ente; laddove il criterio calibrato sull'oggetto principale identifica il luogo in cui si concretizzano gli atti produttivi e negoziali dell'ente nonché i rapporti economici che esso intrattiene con i terzi... In applicazione di questi principi, con riferimento al versante penale della medesima vicenda in esame, la terza sezione penale di questa Corte (con sentenza 24 ottobre 2014, n. 43809) ha stabilito, in generale, che, in caso di società con sede legale estera controllata ai sensi dell'art. 2359 c.c., comma 1, non può costituire criterio esclusivo di accertamento della sede della direzione effettiva l'individuazione del luogo dal quale partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative qualora esso s'identifichi con la sede (legale o amministrativa) della società controllante italiana, precisando che in tal caso è necessario accertare anche che la società controllata estera non sia costruzione di puro artificio, ma corrisponda a un'entità reale che svolge effettivamente la propria attività in conformità al proprio atto costitutivo o allo statuto...”);

h) l'applicazione alla fattispecie oggetto del presente giudizio dei principi affermati dalla S.C. nella sentenza penale e nelle sentenze tributarie sopra richiamate, condivisi in toto dalla Commissione, porta, de plano, ad escludere che la G. SA possa considerarsi società esterovestita: infatti:

l) gli organi statuari della Società in questione hanno, sempre, regolarmente provveduto a svolgere, nella sede deputata, le attività amministrative e di gestione della Società stessa, come risulta dai numerosi verbali depositati dalla attuale appellante: è escluso, quindi,

che la G. SA sia una “costruzione di puro artificio”;

II) l'eccezione, proposta dalla Agenzia delle entrate nelle sue controdeduzioni, di inammissibilità, per novità, degli argomenti dell'appellante, non formulati in primo grado, volti a distinguere tra coordinamento e controllo del gruppo, da una parte, e vera e propria gestione delle società, dall'altra, è manifestamente infondata, posto che le difese in questione fanno leva su qualificazioni giuridiche che il giudice può sempre, anche d'ufficio, attribuire (e la parte, quindi, sollecitare), e non poggiano per nulla su fatti nuovi (ciò che, solo, ne avrebbe determinato l'inammissibilità); ugualmente infondato è poi l'argomento della difesa erariale secondo il quale la proposizione dell'originario ricorso, e poi dell'appello, da parte di F.P. “in qualità di amministratore di fatto” della G. implicava il riconoscimento di tale qualità da parte del medesimo F.P.: basti dire, sul punto, che F.P. ha specificato, in entrambi gli atti de quibus, che la qualifica in questione era, semplicemente, asserita dalla Agenzia delle entrate (oltre che dalla Guardia di Finanza): dunque non vi è mai stata alcuna ammissione in tal senso (fermo restando che F.P. avrebbe avuto legittimazione a impugnare gli atti dei quali si tratta anche personalmente, essendo pacifico, in giurisprudenza, “l'interesse di colui che nell'atto impositivo sia stato indicato come rappresentante della società a far valere l'illegittimità dell'atto, in quanto tale indicazione può risultare a lui pregiudizievole”: così, da ultimo, Cassazione civile, sez. VI, 9/7/2014, n. 15742);

III) la predisposizione in V. di alcune deliberazioni non costituisce, in concreto, valido argomento a favore della tesi della esterovestizione, posto che quelle deliberazioni erano, di fatto, volte alla realizzazione di una finalità (dare ossigeno finanziario all'intero Gruppo P. attraverso la valorizzazione del C.) che trascendeva la vita ordinaria delle singole società del Gruppo; esse dovevano, quindi, necessariamente coordinarsi tra loro nell'ambito di una strategia complessiva riguardante l'intero Gruppo; tale strategia, in mancanza di una holding di gruppo, era ovvio che dovesse far capo,

personalmente, a F.P., quale socio di maggioranza delle società del Gruppo stesso;

IV) di là delle parole usate da F.P. nella dichiarazione da lui resa alla Guardia di Finanza (parole che non possono costituire una - giuridicamente impossibile - confessione in jure), non risulta, obiettivamente, che il medesimo abbia mai posto in essere, riguardo alla G. SA, attività giuridicamente inquadrabili nelle categorie della amministrazione o della gestione, avendo, invece, svolto attività certamente pertinenti al coordinamento e al controllo dell'intero Gruppo, inquadrabili, in astratto, non nella categoria delle attività tipiche dell'amministratore di una società bensì, in ipotesi, nell'attività tipica di una holding di gruppo (figura, in concreto, inesistente nel Gruppo P.); il fatto che F.P. sia stato colto nel possesso di una "gran mole" di documenti societari concernenti le holding lussemburghesi (tra tali documenti: bilanci, contabilità, certificati, dossier contabili, piani finanziari "redatti per monitorare costantemente la situazione monetaria del Gruppo" e altri documenti riguardanti "la gestione straordinaria (operazioni di riorganizzazione, fusione, scissione, incorporazione, cessazione, istituzione etc.) delle società lussemburghesi del gruppo P."), dimostra solo che F.P. esercitava effettivamente il coordinamento e il controllo delle sue società, ma non che le amministrasse; né è indicativo di un'attività propriamente amministrativa il possesso, da parte di F.P., di procure rilasciate dagli amministratori lussemburghesi a persone fisiche italiane per la partecipazione alle assemblee delle società di diritto italiano e, men che meno, il possesso dei documenti relativi al rilascio, da parte sua, di fidejussioni a favore delle società lussemburghesi del suo gruppo; attiene, ancora, alla funzione di coordinamento del gruppo, e non a quella di amministrazione delle singole società, il possesso della documentazione relativa a una serie di operazioni eccedenti la sfera di ogni singola società e manifestamente riconducibili alla strategia complessiva del gruppo stesso;

V) lo svolgimento, da parte di F.P., delle funzioni di amministratore

di fatto in riferimento a tutte le sue società lussemburghesi, tra le quali la G. SA, non solo difetta di qualunque, specifica prova, ma è anche, già sul piano astratto, un'attribuzione impossibile, non essendo predicabile che una sola persona abbia la capacità di amministrare, da sola, così tante società;

VI) il fatto, richiamato dall'Agenzia delle entrate nelle sue controdeduzioni, che, in relazione ai trust istituiti da F.P. e dal medesimo posti ai vertici del Gruppo, F.P., formalmente solo disponente, esercitasse di fatto poteri eccedenti la sua veste formale appare del tutto irrilevante ai fini probatori perseguiti dall'Amministrazione;

i) adunque, esclusa l'esterovestizione della G., il primo motivo dell'appello proposto nel proc. n. 1814/2016 risulta, conseguentemente, fondato: assorbiti, di conseguenza, gli ulteriori motivi d'appello, l'appello stesso deve, quindi, essere accolto, con conseguente accoglimento del ricorso e conseguente annullamento degli avvisi di accertamento impugnati;

l) poiché l'emissione della cartella relativa al pagamento delle somme dovute ex art. 68, I co., del D.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, non presuppone la definizione irrevocabile della controversia di merito ma solo l'emissione della sentenza di I grado che abbia, in tutto o in parte, respinto il ricorso del contribuente, è escluso che il giudizio di cui al proc. n. 1814/2016 possa essere definito pregiudiziale rispetto al proc. n. 585/2018 (cfr., in termini, ex multis, Cassazione civile, Sez. trib., 29/11/2017, n. 28595); tuttavia è anche vero che l'accoglimento del ricorso proposto, nel merito del rapporto tributario, dalla parte contribuente determina, ai sensi del II comma del citato art. 68 (norma pacificamente applicabile, per l'eadem ratio, anche alle sentenze di accoglimento delle Commissioni regionali: v., sul punto, inter alia, la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 49/E, del 1 ottobre 2010), l'obbligo restitutorio dell'Amministrazione e, a fortiori, in caso di non ancora avvenuto pagamento, la paralisi del credito tributario dell'Amministrazione; dunque, a seguito

dell'accoglimento dell'appello riguardante il merito del rapporto, viene meno il credito recato dalle cartelle de quibus dovendo, il rapporto inter partes, essere regolato, per facta superventa, sulla base dell'apposita norma di legge sopra richiamata, che inabilita l'Amministrazione ad ulteriori riscossioni e, anzi, la obbliga alle eventuali, conseguenti restituzioni;

m) è necessario, tuttavia, ai fini delle spese riguardanti il proc. n. 585/2018, esaminare il punto della soccombenza virtuale: essa va, certamente, attribuita all'Amministrazione, considerato che la cartella in questione era stata notificata a F.P. quale amministratore di fatto della G., mentre, in realtà, non solo F.P., come sopra accertato, non possedeva tale qualità, ma, inoltre, la notificazione in questione sarebbe stata nulla perfino nell'ipotesi in cui F.P. fosse stato realmente amministratore di fatto della predetta società, non comportando, tale qualità, alcuna rappresentanza sociale, in presenza di amministratori della G. SA individuabili secondo la legge civile (cfr., sul punto, fra le ultime, Cassazione civile, sez. VI, 9/7/2014, n. 15742: "In materia societaria, l'art. 145 c.p.c. e l'art. 60 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, prevedono che la notifica alle persone giuridiche avvenga mediante consegna alla persona che rappresenta l'ente (ovvero ad altri soggetti legittimati indicati dalle norme), per cui l'avviso di accertamento nei confronti di una società di capitali non può essere notificato all'amministratore di fatto, che non rappresenta la società, ancorché (eventualmente) la gestisca, trovando tale soluzione conferma nell'art. 62 del citato D.P.R. n. 600 del 1973, secondo cui solo ove la rappresentanza dei soggetti diversi dalle persone fisiche non sia determinabile secondo la legge civile essa è attribuita, ai fini tributari, alle persone che ne hanno l'amministrazione anche di fatto").

2) In definitiva, dunque, entrambi gli appelli riuniti vanno accolti, con conseguente annullamento degli avvisi di accertamento e delle intimazioni di pagamento impugnati.

3) Le spese dei due gradi di giudizio relative a entrambi i

procedimenti riuniti, spese che si liquidano come in dispositivo, seguono la soccombenza dell'Amministrazione.

P.Q.M.

la Commissione tributaria regionale di Firenze, V Sezione, accoglie gli appelli riuniti e, per l'effetto, annulla gli avvisi di accertamento e le intimazioni di pagamento; condanna l'Ufficio al rimborso delle spese di entrambi i gradi di giudizio, liquidate in complessivi Euro 7000, oltre iva e accessori.

Così deciso in Firenze, il 13 gennaio 2020.