

## INTERPOSIZIONE FITTIZIA

### ART. 37, TERZO COMMA, DEL D.P.R. N. 600/1973, DRIVER NEL CONTRASTO ALL'EVASIONE INTERNAZIONALE: STRUTTURE "LEGGERE", CONDUIT, TRUST "NULLI" E REGOLARIZZAZIONI DA VOLUNTARY-II.

SOMMARIO: 1. *Interposizione fittizia* – 2. *Il riparto probatorio nella norma dissuasiva dell'art. 37, terzo comma, del D.P.R. n. 600/1973* – 3. *Voluntary disclosure II: destrutturazione dei trust interposti fittizi o nulli.*

#### 1. *Interposizione fittizia*

L'interposizione personale fittizia ex art. 37, quarto comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, è un fenomeno di dissimulazione soggettiva relativa della titolarità della fonte reddituale (condotte simulatorie danti luogo a fenomeni di tipo evasivo e non di elusione) (1): il reddito viene *ex se* dichiarato da un soggetto (apparente) diverso dal suo titolare effettivo (*beneficial owner*): una divergenza fra il possessore reale del reddito e quello apparente, e occultare artificiosamente la titolarità della fonte reddituale per opacizzare, ad esempio, il patrimonio personale dei soci e lucrare le minori aliquote proporzionali IRES o ancora per minimizzare il carico fiscale nella transnazionalità dei flussi cedolari attraverso strutture finanziarie passanti, le entità "leggere" prive di sostanza economica, utilizzate dai fondi esteri sull'*exit* dall'investimento in operazione di LBO. Il riferimento è a colui che risiede in uno Stato terzo privo di Trattato col nostro Stato fonte: la percezione di un dividendo e/o interesse da parte di questo contribuente attraverso una struttura dell'Unione europea, *conduit company* intermedia, "coperta" da Trattato, posta in essere per trasferire i redditi, consentirà l'azzeramento delle ritenute in "uscita", ved. gli esoneri di cui agli artt. 26, comma 3-ter, e 27-bis del D.P.R. n. 600/1973, sui dividendi *outbound intra* UE: il temporaneo trasferimento dei titoli *cum* cedola e successiva retrocessione delle medesime azioni *ex* cedola per fruire attraverso l'interposizione reale di società comunitarie delle "riduzioni" d'imposta. Un'applicazione abusiva e combinata delle disposizioni nazionali convenzionali e/o comunitarie, c.d. euro-ritenuta, o ancora fenomeni di *treaty shopping*, che consentirà di rimpatriare, ad esempio, una plusvalenza realizzata in

(1) Sulla non equiparazione dell'interposizione fittizia o reale all'abuso di diritto ved. RIZZARDI, *Sentenza Dolce e Gabbana: chiarimenti su elusione e funzione di direzione coordinamento*, in *Corr. trib.*, 2016, 108 ss., il quale osserva che l'elusione o abuso sono tali solo in presenza della finalità di conseguire un indebito vantaggio mediante costruzione artificiosa, con il riparto dell'onere della prova previsto dal nono comma dell'art. 10-bis; diverso è il caso dell'interposizione fittizia: già l'attributo di questa situazione evidenzia la costruzione artificiosa e se anche si potessero ipotizzare ragioni extrafiscali non vengono meno le conseguenze stabilite dalla norma, con la possibilità di recuperare le imposte pagate dal soggetto interposto, in misura non superiore a quelle che pagherà il soggetto interponente.

Italia da veicoli formalmente radicati all'estero, ved. art. 23, primo comma, lett. f), del TUIR, attraverso un dividendo esente. Defiscalizzare e riallocare in giurisdizioni "coperte" da trattato i componenti (dividendi e *plus*) imputati a veicoli formale ivi radicati e beneficiare dei regimi di esonero, ved. Direttiva 2003/49/CE (interessi e canoni). In questo "scorrimento" dei flussi reddituali attraverso livelli intermedi emergono problemi di interposizione, di mancata corrispondenza tra la forma giuridica dell'operazione e la sua sostanza economica (non conformità) di abuso delle forme endosocietarie (interposizione nelle costruzioni di puro artificio). L'art. 37, terzo comma, del D.P.R. n. 600/1973, e la nozione di beneficiario effettivo all'interno degli artt. 10, 11 e 12 del Modello OCSE sono i rimedi per contrastare queste fattispecie di utilizzo di società *conduit* e altre forme di utilizzo *treaty shopping*.

Dunque l'interposizione fittizia *de qua* oblitera una fattispecie plurisoggettiva, multilaterale, prevedendo attraverso plurimi filtri, veicoli societari ibridi intermedi e trasparenti, una maggiore verticalizzazione dei flussi reddituali, ved. *royalties*, interessi e dividendi, appunto dirottati dal titolare effettivo in uno o più rapporti endosocietari simulati, per ragioni solo fiscali: veicoli fittiziamente residenti all'estero, con flebili elementi di extraterritorialità. Il giudizio di disvalore, ved. art. 37, terzo comma, del D.P.R. n. 600/1973, dello strumento societario generato fittiziamente declina in "inutilità economica", negazione della società stessa (*id est* incasso dei redditi senza la mediazione di veicoli interposti). Irragionevolezza degli schemi negoziali adottati – si verifica *inter alia* nel caso di strutture "leggere" – è l'elemento costitutivo della fattispecie quesita: inopponibilità al fisco di questi schemi negoziali – applicazioni ritenute piene – il quale contrasta il prefato fenomeno di interposizione nel pieno rispetto delle libertà fondamentali (2). Valido patrimonio di prassi, cui *infra* si rinvia, in relazione al tema core della c.d. "trasparenza economica" e "trasparenza fiscale" è rappresentato da alcuni documenti (3).

(2) Ved. circ. 29 marzo 2001, n. 32/E, in *Boll. Trib.*, 2001, 529, sulla definizione di costruzione di puro artificio, attraverso disposizioni antielusive, specifiche o generali, domestiche, comunitarie o convenzionali.

(3) Ris. 17 gennaio 2006, n. 17/E, in *Boll. Trib.*, 2006, 411; ris. 21 aprile 2008, n. 167/E, in *Boll. Trib. On-line*; e, da ultimo, circ. 3 giugno 2015, n. 21/E, in *Boll. Trib.*, 2015, 828.

Una triangolazione nonché multilateralità nel possesso appunto mediato dei redditi: allungare la verticalizzazione del loro incasso “canalizzato”, al fine di conseguire ad esempio i benefici convenzionali, prima illustrati. Vedremo i recenti enunciati dell’Agenzia delle entrate (4) sul disconoscimento, azzeramento delle strutture intermedie e ibride, ad esempio *holding* (5), che svolgono attività statiche di mera detenzione di partecipazioni, prive di sostanza economica, con obblighi di ritrasferimento dei dividendi incassati ai propri soci, *final recipient*, senza dunque disporne liberamente. La società *de facto* non ha il possesso, l’uso e il controllo del flusso cedolare, non potendone governare la destinazione: strumentalizzazione della libertà di stabilimento. Lo stesso dicasi – disconoscimento della personalità giuridica dei veicoli trasparenti – sul riversamento agli investitori esteri dei flussi reddituali da *exit* dall’investimento in operazioni di LBO, ben potendo l’Amministrazione finanziaria contestare l’assenza di “beneficiario effettivo” o la natura di interposto in capo alle strutture intermedie implementate: quest’ultime utilizzate dai fondi esteri per rimuovere la fiscalità sul rendimento dell’investimento, combinando disposizioni di origine comunitaria e/o convenzionale. I *benefit* fiscali possono essere disconosciuti, neutralizzati attraverso l’azzeramento delle strutture intermedie prive di sostanza economica, *recte*: trasparenti, applicando il regime ordinariamente previsto per il fondo nell’ipotesi di investimento diretto. Difatti la presenza di accordi parasociali che prevedono *ex se* questa retrocessione periodica dei dividendi/interessi incassati svalutano l’effettività e l’autonomia giuridica di tale società interposta (struttura leggera, trasparente, fungendo da mera *conduit*) non destinataria finale degli stessi: segue la riallocazione e imputazione dei dividendi/interessi incassati ai propri soci, con approccio di *look through*. Quest’ultimi vengono considerati beneficiari effettivi, titolari sostanziali attraverso la clausola antiabuso dell’art. 37, terzo comma, del D.P.R. n. 600/1973. Viene *infranto* il velo della personalità giuridica, con tassazione degli *shareholders* in luogo della società da essi partecipata, la cui personalità giuridica viene *de facto* negata. Lo stesso dicasi ai fini IVA (effetto riallocativo): il riferimento è alla negazione della soggettività imprenditoriale, ved. la citata circolare n. 6/E/2016, verificato il possesso statico delle partecipazioni societarie in capo alla *holding* (6), senza

(4) Ved. circ. 30 marzo 2016, n. 6/E, in *Boll. Trib.*, 2016, 616.

(5) Sugli elementi segnaletici dell’esistenza di un insediamento reale cfr. ANTONINI - PAPOTTI, *Luci e ombre dei chiarimenti dell’Agenzia sulle operazioni di leveraged buy out*, in *Corr. trib.*, 2016, 1541 ss., i quali osservano che con riferimento alle *holding* di partecipazioni si ritiene che la struttura di cui valutare l’eventuale artificiosità non sia tanto da intendersi in senso materiale quanto in ottica anche personale: andrebbe quindi misurata l’adeguatezza professionale dei soggetti chiave della società estera, in rapporto alla complessità delle operazioni gestite. Peraltro l’accertamento della struttura organizzativa in capo alla *holding* di partecipazione non residente - ove effettuato unicamente sotto il profilo della relativa presenza fisica - configurerebbe una disparità di trattamento con la SPV residente, la cui vitalità è invece riconosciuta dall’Agenzia delle entrate a prescindere da ogni indagine sulla relativa sostanza economica.

(6) Sulla soggettività passiva delle società *holding* gestorie in base al percorso ermeneutico argomentativo sviluppato di recente (Corte Giust. UE, sez. II, 16 luglio 2015, cau-

il compimento di operazioni ulteriori e soggette a IVA (ved. coordinamento e ingerenza nelle partecipate). Non potendosi configurare la soggettività *de qua* (ved. l’art. 9 della Direttiva n. 112/2006, così come recepito dall’art. 4 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633), la detrazione IVA per questi veicoli ibridi statici resterà preclusa. Nella circolare *de qua* si invoca una destrutturazione di questi veicoli *conduit*, non effettivi, privi di sostanza economica, per cui l’incasso del dividendo deve non configurare un’attività economicamente rilevante. Sull’ampiezza del diritto alla detrazione delle società *holding* “gestorie” sono ben noti gli enunciati della Corte di Giustizia europea che a più riprese ha affermato che il possesso delle partecipazioni va considerato come parte dell’attività economica e non un’attività non economica laddove sia integrato da un’attività di interferenza diretta e indiretta nella gestione delle partecipate non essendo sufficiente che la società svolga un ruolo di direzione unitaria del gruppo.

## 2. Il riparto probatorio nella norma dissuasiva dell’art. 37, terzo comma, del D.P.R. n. 600/1973

La norma *de qua* è dissuasiva e diretta a contrastare il “dirottamento” degli utili, per neutralizzare questi fenomeni di volontaria “distrazione” della fonte reddituale nonostante la diversa apparenza ed evidenza negoziale. Punisce gli atti dispositivi della fonte reddituale: dequalificazione e destrutturazione delle strutture finanziarie estere (formale radicamento all’estero, prive di sostanza economica) impiegate e abusate, ad esempio, in fenomeni di *treaty shopping*, retro illustrati, al fine di defiscalizzare e riallocare altrove i flussi (dividendi e *plus*). Pertanto l’art. 37, terzo comma, del D.P.R. n. 600/1973, punisce ogni uso improprio o ingiustificato di strumenti giuridici quando lo scopo è l’evasione dell’imposta dovuta (occultamento della fonte reddituale attraverso operazioni simulate, inopponibilità dei veicoli e veicoli – *trust* – intermedi). Diffusamente osserveremo *infra* sull’accostamento in alcune sentenze fra elusione/abuso e l’interposizione fittizia (7). L’accertamento che invoca

se riunite C-108/14 e C-109/14, in *Boll. Trib. On-line*) ved. ALBANO, *La soggettività passiva iva delle società holding e l’accesso al regime dell’iva di gruppo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. trib.*, 2015, IV, 90 ss., il quale osserva che è pertanto fondamentale, affinché una società *holding* possa acquisire lo *status* di soggetto passivo IVA che essa svolga un’attività di interferenza diretta e indiretta nella gestione delle società partecipate, concetto introdotto dalla Corte di Giustizia a partire dalla sentenza 27 settembre 2001, causa C-16/00, *Cibo Participations SA*, e maggiormente chiarito in Corte Giust. CE, sez. I, 14 novembre 2000, causa C-142/99, *Floridienne e Berginvest*, entrambe in *Boll. Trib. On-line*.

(7) Sull’accostamento elusione/abuso e interposizione fittizia ved. ESCALAR, *Nuovo delitto di infedele dichiarazione e irrilevanza penale dell’elusione*, in *Corr. trib.*, 2016, 1215 ss., il quale aggiunge che l’Agenzia delle entrate ha sostenuto che danno luogo a ipotesi di illecito commesso dal contribuente nella forma dell’abuso di forme giuridiche tanto fenomeni di interposizione reale realizzati attraverso insediamenti (società *conduit*) che si configurano nel caso in cui lo stabilimento in un altro Stato dell’Unione europea della società titolare delle partecipazioni nella società italiana sia connotato dall’assenza di un’effettiva attività e di una reale struttura quanto quelle transazioni (operazioni *conduit*) che si configurano tramite operazioni di trasferimento temporaneo consistenti nell’acquisto delle azioni *cum* cedola e nella successiva retrocessione delle medesime

l'interposizione fittizia, anche quando il soggetto interposto sia realmente esistente e le operazioni realizzate siano effettivamente realizzate (8). La sentenza n. 15830 del 2016 a cui ci riferiamo oblitera un orientamento – ben noto – del superiore giudice di legittimità, secondo il quale l'art. 37 citato trova ingresso senza che sia necessario distinguere tra interposizione fittizia e reale ogni volta che l'imposizione avviene su un soggetto differente da colui cui imputarsi effettivamente la fonte reddituale (reale percettore del reddito), ben potendo attuarsi lo scopo elusivo mediante operazioni effettive e reali (9).

In relazione alle regole sulla ripartizione dell'onere probatorio gravante sull'Amministrazione finanziaria – ved. la necessaria vincolatività e pregiudizialità del beneficio fiscale che si vuole riassorbire – si osserva che su di essa grava anche la dimostrazione dell'accordo trilatero interposto-interponente e terzo ossia la necessaria connivenza fra questi soggetti. Difatti l'accordo simulatorio sulla riallocazione della fonte reddituale non provato impedisce l'ingresso della norma *de qua*: il terzo ovvero colui che paga le *royalties* ad esempio dev'essere consapevole del fatto che gli effetti del negozio si producono nei riguardi del soggetto interponente, non nei riguardi del soggetto interposto (profilo dimostrativo dell'accordo simulatorio grava sull'Amministrazione finanziaria). In relazione al profilo dimostrativo del vantaggio fiscale, conseguito attraverso l'abuso dello strumento endosocietario, il suo utilizzo abnorme e deviante non normale in quanto eccedente i limiti interni consentiti dall'ordinamento tributario grava sempre sull'Amministrazione. Il tutto nell'art. 37, terzo comma, dev'esser dunque governato da una causa madre, sovrastante la riallocazione *de qua*, ossia il necessario vantaggio fiscale. Sul riassorbimento di questo vantaggio fiscale da interposizione personale fittizia o reale si osserva che l'Agenzia delle entrate ha contribuito di recente a ingenerare dubbi sulla sua qualificazione – ipotesi di evasione ovvero elusione. Il riferimento è alla citata circolare n. 32/E/2011, in cui s'invoca la disciplina dell'abuso del diritto, con il portato che le relative contestazioni debbano inquadrarsi nella relativa disciplina. Si vuole dire che troveranno ingresso le esimenti penali del nuovo abuso di diritto di cui all'art. 10-bis, comma 13, della legge 27 luglio 2000, n. 212 (*Statuto dei diritti del contribuente*).

Invero la dequalificazione destrutturazione del veicolo *ex cedola*.

(8) Cfr. la recente Cass., sez. trib., 29 luglio 2016, n. 15830, in *Boll. Trib. On-line* (non solo fittizietà e frodolenzia).

(9) Ancora sulle distinzioni fra le patologie da evasione e quelle da abuso/elusione, ved. MARCHESELLI - COSTANZO, *L'elusione fiscale nello specchio del giusto processo: l'abuso tra il diritto europeo e lo Statuto*, in *Corr. trib.*, 2017, 897 ss., il quale osserva che la specificità strutturale della fattispecie dell'abuso valga a distinguerla nettamente tanto dall'evasione *tout court* quanto dal lecito risparmio fiscale. Sotto il primo aspetto si osserva come solo il fenomeno abusivo debba iscriversi nell'ambito delle condotte lecite e non occulte che consentono di conseguire il risultato finale previsto rispettando la legalità formale dell'ordinamento. L'evasione si configura laddove emerge la violazione di specifiche disposizioni tributarie.

lo/vincolo interposto simulato, ved. *trust*, non passa attraverso lo strumento dell'abuso ed elusione d'imposta nella nuova definizione unificata dell'abuso e dell'elusione che non ha conseguenze penali, ma attraverso la norma antievasione sull'occultamento della fonte reddituale di cui al citato art. 37, terzo comma, del D.P.R. n. 600/1973, per la quale non vi sono esimenti penali. Difatti la norma *de qua* non è una disposizione antielusiva sul disconoscimento fiscale di attività negoziali vantaggiose, ma neutralizza fattispecie di vera evasione *tout court*, cui segue la riallocazione (interponente) della fonte reddituale altrove dichiarata. Dunque, sullo sfondo di essa troviamo condotte occulte con violazioni di specifiche disposizioni tributarie.

Ancora sul riparto probatorio nelle rettifiche di cui all'art. 37, terzo comma, del D.P.R. n. 600/1973, si osserva che la norma *de qua* non è "coperta" da una presunzione legale relativa. Si vuole dire che grava sempre sull'Amministrazione finanziaria la prova dell'intestazione formale ovvero non effettiva della fonte reddituale ai fini della sua riallocazione sull'interponente cui *de facto* imputarsi i flussi reddituali: l'azzeramento delle strutture estere intermedie solo laddove fosse dimostrata la loro artificiosità, la fittizietà (flessibili elementi di extraterritorialità ed effettività, *de facto* prive di sostanza economica). Un atteggiamento diffidente, fluttuante del nostro legislatore rispetto a quelle entità di investimento (ad esempio i fondi), il cui impiego postula che i proventi sono percepiti da investitori residenti per il tramite di *partnership* (interposte), al fine di lucrare e cumulare plurimi vantaggi fiscali. Il riferimento è alle *partnership* europee organizzate come "fondi di fondi" per l'operare dell'esenzione di cui all'art. 73, comma 5-*quinquies*, del TUIR, e dell'esonero di cui all'art. 26-*quinquies*, quinto comma, del D.P.R. n. 600/1973.

È evidente che tale contribuente (interponente) potrà difendersi eccependo ragioni extrafiscali ovvero legali e finanziarie che impongono, ad esempio, la costituzione di veicoli intermedi al fine di segregare e perimetrare l'investimento effettuato ad esempio dal fondo estero, evitando azioni da parte di creditori di un investimento, i quali possono inquinare gli altri *assets* del fondo. Lo stesso potrà se del caso presentare interpello ordinario e non antiabuso esteso anche alle fattispecie di interposizione fittizia.

### 3. *Voluntary disclosure II: destrutturazione dei trust interposti fittizi o nulli*

La *voluntary disclosure II* è un'occasione madre per azzerare e destrutturare le entità fittizie e ibride al fine di ricondurre e imputare gli *assets* all'effettivo possessore. In *voluntary* ci si autodenuncia sulla fittizietà di questi veicoli, si sanano attraverso i prefati effetti riallocativi le violazioni reddituali e si riabilitano e rigenerano, in futuro, l'effettività nella proprietà di questi *assets*. A regime la fiscalità di questi patrimoni destrutturati, bonificati e riattribuiti all'interponente graverà su questi ultimi, i quali eviteranno attraverso la *disclosure* il disconoscimento delle strutture interposte e i gravosi riflessi sanzionatori fiscali ed extrafiscali ovvero penali.

**Avv. Fabio Ciani**  
Università Roma Tre